

T-517-13

Sentencia T-517/13

AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA-Abuela en representación de menor

(i) Ante la ausencia de los padres - la madre fallecida y el padre no respondió a sus obligaciones y sin lugar conocido de residencia - (ii) al no existir una persona en condiciones para reclamar la protección de los derechos fundamentales del niño, la peticionaria se encuentra legitimada por activa para promover el amparo constitucional a nombre de su nieto.

DERECHO A LA SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL DE NIÑOS Y NIÑAS-Fundamental

La protección especial que el Estado debe prodigar a los niños y a las niñas con el fin de preservar sus derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social, debe estar fundada en sus intereses prevalentes y en un trato equitativo que lo proteja de manera especial de abusos y arbitrariedades.

DERECHO A LA SALUD DE MENOR DE UN AÑO-Atención gratuita hasta tanto ingrese a los regímenes de salud

En ningún caso el hecho de no poder incluir al menor nieto de un cotizante e hijo de un beneficiario del régimen contributivo, puede ser excusa por parte de las EPS para negar la atención en salud de los niños y las niñas, a la cual tienen derecho de acuerdo con los mandatos superiores, en especial cuando se trata de menores de un año, respecto de los cuales, la Constitución ha previsto expresamente la atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado, hasta tanto ingrese a uno de los regímenes de salud anteriormente indicado.

LICENCIA DE MATERNIDAD-Alcance y objetivo

La licencia de maternidad tiene como fin principal la protección integral de la mujer trabajadora en estado de embarazo - antes y después del parto -, al igual que garantizar la protección del niño los primeros meses de vida. La garantía de la licencia de maternidad tiene una doble finalidad, por una parte, la de proteger a las mujeres trabajadoras en

estado de gravidez, durante la época del embarazo y luego del parto - protección que se extiende, en lo pertinente, a los hombres trabajadores sin cónyuge o compañera permanente -; y por otra, la de asegurar la protección de la niñez.

DERECHO A LA SALUD DEL RECIEN NACIDO-Caso en que abuela solicita a EPS licencia de maternidad para atender el programa de mamá canguro que requiere el bebé quien nació prematuro 3 días antes del fallecimiento de su progenitora

RECIEN NACIDO-Afiliación adicional al grupo familiar en calidad de cotizante dependiente/DERECHO A LA SALUD DEL RECIEN NACIDO-Tienen derecho a ser integrados al sistema de salud como dependientes de sus abuelos, sin exigirle el pago de una cuota adicional cuando se demuestre incapacidad económica

Esta Sala considera apropiada y garantista la inclusión de los niños bajo la figura del cotizante dependiente en tanto la abuela se encuentre afiliada al mismo como cotizante. Sin embargo, la afiliación de los a la Nueva EPS, se encuentra sujeta a los pagos varias veces mencionados y respecto de los cuales, la peticionaria afirma no contar con los recursos suficientes para asumirlos, afirmación que de acuerdo con los principios generales en materia probatoria, no ha sido desvirtuada en el proceso y por ende, se entiende suficientemente acreditada.

LICENCIA DE MATERNIDAD-No se reconoce a abuela de nieto prematuro, pues solo cubija a padres biológicos y adoptantes

DERECHO A LA SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL DE NIÑOS Y NIÑAS-Orden a EPS afiliar a nietos en calidad de cotizantes dependientes de abuela sin exigir pagos, los cuales serán asumidos por el Fosyga

DERECHO A LA SALUD DEL RECIEN NACIDO-Orden a EPS y médicos tratantes expedir incapacidades a abuela de bebé prematuro para atender tratamiento de madre canguro

Referencia: expediente T-3.864.713

Acción de tutela presentada a través de apoderado por Águeda Geisel Salazar Torres, contra la Nueva EPS.

Derechos fundamentales invocados: A la igualdad, a la vida, a la salud, a la seguridad social y a la dignidad humana.

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., primero (1) de agosto de dos mil trece (2013)

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub - quien la preside -, Alberto Rojas Ríos y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión del fallo de tutela adoptado por el Juzgado Trece de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá, del 8 de enero de 2013, quien negó el amparo de los derechos fundamentales de la actora, y confirmado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 22 de febrero de 2013.

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección Número Cuatro (4) de la Corte Constitucional, mediante Auto del veinticuatro (24) de abril de dos mil trece (2013) escogió, para efectos de revisión, la acción de tutela de la referencia.

1. ANTECEDENTES

La señora Águeda Geisel Salazar Torres, a través de apoderado presentó solicitud de tutela contra la Nueva EPS en representación de su nieto neonato Juan Sebastián Romero Salazar, invocando la protección de los derechos fundamentales de los niños, a la igualdad, a la vida, a la salud, a la seguridad social y a la dignidad humana, los cuales considera vulnerados por la entidad demandada al no reconocerle la calidad de progenitora hasta tanto allegue una sentencia de adopción y por lo tanto no le permite la afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud como su beneficiario.

1.1 HECHOS

1.1.1 El apoderado manifiesta que la señora Águeda Geisel Salazar Torres cuenta con 44 años de edad, tuvo cinco hijos, de los cuales los dos mayores trabajan y son independientes del hogar materno, su hija menor es estudiante y se encuentra a su cargo, y sus otras dos hijas fallecieron, una en el año 2005 y la otra en el 2012.

1.1.3 Asegura, que el padre de los niños nunca los reconoció y por el contrario se ausentó y a la fecha no se ha tenido noticias de él. Por esta razón, la accionante en su calidad de abuela, se hizo cargo de los niños con todos los inconvenientes económicos y legales que ello acarrea.

1.1.4 Indica que el niño Juan Sebastián nació prematuro en el Hospital MÉDERI, hospital universitario de la Nueva EPS, y se encuentra interno en la sala de neonatos desde el día de su nacimiento con un cuadro clínico muy delicado hasta el punto de ser operado del corazón, y actualmente se recupera satisfactoriamente.

1.1.5 Sostiene que el niño está en el proceso de entrar al plan canguro, indispensable para garantizar su desarrollo y su supervivencia.

1.1.6 Dice, que como quiera que el Bienestar Familiar le expidió una resolución del 30 de octubre de 2012, donde se le otorgaba el cuidado y la custodia del niño, solicitó a la Nueva EPS acceder al plan canguro y de esa manera obtener la licencia de maternidad, para proveer a su nieto de los cuidados especiales que requiere y que son indispensables para su supervivencia.

1.1.7 Refiere, que la Nueva EPS exigió a la señora Águeda Geisel Salazar Torres, una sentencia de adopción a favor de ella frente al niño, como requisito para acceder al plan canguro. Además, indica que debe afiliarse en salud a su nieto a la seguridad social ya que no pertenece a su núcleo familiar y por esa razón no es beneficiario suyo.

1.1.8 El apoderado asegura que la accionante se encuentra en una situación de impotencia e indefensión, para lograr salvar la vida del niño por cuanto una sentencia de adopción sería un proceso largo y dispendioso tanto en el tiempo como en lo económico, que resultaría inocuo al momento de la decisión por cuanto los cuidados del plan canguro

los requiere actualmente.

1.1.9 Agrega, que la actora tiene a su cargo una hija que se encuentra cursando estudios de bachillerato, a su nieto José Manuel y al recién nacido. Razón por la cual, debe trabajar tiempo completo, sin que le sean autorizados los permisos para asistir, en especial, a Juan Sebastián quien permanece en el Hospital. Por ello se encuentra obligada a disponer de sus horas de descanso para brindar la atención que el niño requiere, dejando que su hija le colabore con el nieto mayor en sus horas libres.

1.1.10 Dice que la accionante se encuentra atravesando una situación muy dramática, ya que no ha podido asumir el duelo de su hija fallecida, por lidiar con los obstáculos jurídicos que le imponen a fin de que se le reconozcan los derechos que le corresponde como abuela, y no solo tener en cuenta las obligaciones que como tal, la ley le exige.

1.1.11 Asegura, que la actora ha asumido todas las obligaciones de ley para la atención de su nieto Juan Sebastián, pero por no ser su representante legal, la Nueva EPS se niega a reconocer los derechos que tendría como progenitora, entre otros, obtener licencia de maternidad para atender el programa de madre canguro indispensable para la vida y desarrollo integral del niño, y a que se le cancelen los derechos hospitalarios del menor como beneficiario.

1.1.12 Por último, manifiesta que la vida del niño de dos meses de nacido se encuentra en peligro si no se toman las medidas correspondientes frente al programa de madre canguro ordenado por el hospital y permitirle a la abuela materna para que le asista a tal fin, hasta tanto una autoridad judicial tome la decisión de otorgarle la adopción si fuera procedente.

1.2 SOLICITUD

Con fundamento en los hechos narrados, el apoderado de la accionante solicitó el amparo de sus derechos fundamentales a la salud, a la vida y a la seguridad social del niño Juan Sebastián Romero Salazar, y se ordene a la Nueva EPS, (i) que proceda a afiliarlo al Sistema Nacional de Salud como beneficiario de su abuela, (ii) que vincule a la señora Águeda Geisel Salazar Torres al programa de madre canguro para que asista al nieto en su desarrollo

integral, y (iii) que le reconozca a la accionante la incapacidad por maternidad para que pueda asistir al programa citado.

1.2.1. Pruebas allegadas al proceso

1.2.1.1. Copia de la cédula de la señora Águeda Geisel Salazar Torres (folio 44).

1.2.1.3. Registro de nacimiento del niño José Manuel Romero Salazar (folio 47).

1.2.1.4. Registro de defunción de la señora Nazly Lizeth Romero Salazar (folio 49).

1.2.1.5. Copia de la Resolución No. 904 de 2012 expedida por el Instituto de Bienestar Familiar a favor de la señora Águeda Geisel Salazar Torres, donde se le asigna la custodia y cuidado personal de su nieto Juan Sebastián Romero Salazar (folios 50 al 52).

1.2.1.6. Copia del oficio del programa Madre Canguro Hospital Universitario Mayor MEDERI de fecha 2 de noviembre de 2012, donde consta que el niño Juan Sebastián nació el 27 de octubre de 2012 con 25 semanas de gestación con diagnóstico PAEG Extremo, y reconoce a la señora Águeda Geisel Salazar Torres, como la persona de red de apoyo para el desarrollo del menor quien realiza todas las funciones del cuidado del recién nacido (folio 53).

1.2.1.7. Formato de afiliación a la Nueva EPS (folio 54).

1.2.1.8. Constancia de hospitalización del niño Juan Sebastián expedida por el Hospital Universitario Mayor MEDERI (folio 55).

1.2.1.9. Solicitud de autorización del Hospital Universitario Mayor MEDERI para el programa especial de madres canguro, dirigido a la Nueva EPS, de fecha 2 de noviembre de 2012 (folio 56).

1.2.1.10. Copia del oficio de fecha 13 de diciembre de 2012, que remitió la señora Águeda Geisel Salazar Torres al Instituto de Bienestar Familiar para que se inicie el proceso de adopción y curaduría de los niños Juan Sebastián y José Manuel Romero Salazar (folio

57).

1.2.1.11. Copia del resumen de la historia clínica del niño Juan Sebastián Romero Salazar (folios 70 al 73).

1.3 ACTUACIÓN PROCESAL

El Juzgado Trece de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá, admitió la tutela el 24 de diciembre de 2012 y solicitó a la Nueva EPS, para que se pronunciara sobre los hechos expuestos por la señora Águeda Geisel Salazar Torres.

1.3.1 Decisión de primera instancia

1.3.1.1 Mediante fallo de primera instancia del 8 de enero de 2013, el Juzgado Trece de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá, negó el amparo solicitado, al determinar que la entidad accionada no vulneró los derechos fundamentales del niño, ni se evidencia que éste se encuentra en estado de desprotección dado que está siendo atendido por el Hospital Universitario Mayor MEDERI. Para llegar a la anterior decisión tuvo en cuenta las siguientes consideraciones:

1.3.1.1.1 “... que si bien el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF le reconoció a la señora ÁGUEDA GEISEL SALAZAR TORRES la custodia y cuidado personal del menor JUAN SEBASTIÁN ROMERO SALAZAR, dicha calidad no significa la pérdida de la patria potestad ni del vínculo familiar de sangre, como tampoco exime a los padres biológicos de sus obligaciones como tales; (...) en caso de que “apareciera” el padre del menor JUAN SEBASTIÁN ROMERO SALAZAR a exigir sus derechos y a cumplir con sus obligaciones como padre de éste”.

1.3.1.1.2 “... como lo sugiere la entidad accionada, a la señora ÁGUEDA GEISEL SALAZAR TORRES le asiste la posibilidad de continuar con el trámite de adopción respecto a su nieto JUAN SEBASTIÁN ROMERO SALAZAR, para que una vez agote la etapa administrativa ante el Instituto Colombiano de Bienestar familiar ICBF y luego la etapa judicial le sean reconocidos sus derechos, ahí si pueda optar por afiliar al menor ...”

1.3.1.1.3 “... en lo que hace referencia a la solicitud de reconocimiento de incapacidad por maternidad a favor de la señora ÁGUEDA GEISEL SALAZAR TORRES; esta

etapa judicial vislumbra que no hay razón jurídica para reconocer dicho derecho; de una parte porque no se probó que la señora NAZLY LIZETH ROMERO SALAZAR (progenitora de JUAN SEBASTIÁN ROMERO SALAZAR) estuviera aportando como cotizante al Sistema General de Seguridad Social en Salud, y de otra parte porque si bien la licencia de maternidad si es heredable, su cobro por el tiempo que faltara por disfrutar le corresponde al progenitor sobreviviente del menor nacido (para el caso el padre de JUAN SEBASTIÁN) más no a los abuelos u otro familiar”.

1.3.1.1.4 “En lo que respecta a la posibilidad que tiene la señora ÁGUEDA GEISEL SALAZAR TORRES de asistir al programa canguro para asistir a su menor nieto JUAN SEBASTIÁN ROMERO SALAZAR, según constancia emitida el 2 de noviembre de 2012 por el Hospital Universitario Mayor MEDERI, se tiene que éste ya goza de dicho programa de madre canguro, que para el caso se encuentra a cargo de su abuela (hoy accionante) “la cual es la red de apoyo del menor y realiza todas las funciones del cuidado del recién nacido””.

1.3.2 Impugnación

Mediante escrito del 16 de enero de 2013, la accionante a través de apoderado manifestó su inconformidad con la decisión y consideró que el a-quo no tuvo en cuenta el sufrimiento de la abuela que se encuentra a merced de la desigualdad jurídica de familia frente los derechos y obligaciones de los abuelos respecto a sus descendientes.

Insiste, que el artículo 411 del Código Civil establece qué personas tienen obligación de alimentos, entre ellos están los ascendientes, es decir los abuelos para con sus nietos, de manera que pueden ser denunciados por inasistencia alimentaria cuando los menores están bajo su cuidado y custodia. Pero no sucede igual respecto a los derechos, ya que existen una serie de trabas administrativas y judiciales, que, como el caso de la accionante, no cuenta con el tiempo para prodigar el cuidado que su nieto requiere para mejorar su estado de salud; y tampoco puede dejar de trabajar para dedicarse a su cuidado, porque no cuenta con los recursos económicos para responder a sus necesidades.

1.3.3 Decisión de segunda instancia

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal, mediante fallo del 22 de febrero de 2013, confirmó la decisión del a-quo aduciendo las mismas consideraciones del fallo de primera instancia.

1.4 ACTUACIONES EN SEDE DE REVISIÓN

1.4.1 La Sala de Revisión, siendo las 08:50 de la mañana del día 22 de julio de 2013, se comunicó vía telefónica con la señora Águeda Geisel Salazar, quien a las preguntas formuladas contestó:

b) por su condición de niño prematuro se encuentra en delicado estado de salud, requiriendo terapias de oxígeno diarias para comer y dormir que le realizan los familiares en casa;

c) inicialmente el programa madre canguro fue asumido por ella en las horas libres de su trabajo, por cuanto la EPS no le autorizó la licencia de maternidad que solicitaba;

d) en su trabajo le colaboran por ratos cortos con los permisos para llevar el niño a consulta médica y las terapias, pero teme abusar de ello y la retiren del trabajo;

e) durante un tiempo le colaboraban con el programa de madre canguro, su mamá y su papá, quienes no pudieron continuar debido a que su padre presentó afecciones pulmonares para lo cual requirió de oxígeno, y por ello, necesitó de la atención permanente de su madre;

f) ante la angustia de no contar con una persona que le ayudara con el niño durante el tiempo que estuviera trabajando, el programa lo asumió temporalmente una vecina quien se ofreció voluntariamente hasta tanto alguien lo hiciera en forma permanente y culminara el programa;

g) que el programa continúa hasta el mes de enero de 2014;

h) que solicitó al Instituto de Bienestar Familiar la adopción de los nietos Juan Sebastián y José Manuel, y se encuentra actualmente reuniendo la documentación exigida por esa institución;

i) que su situación es difícil por cuanto gana solo el salario mínimo como empleada de servicios generales en la Aeronáutica Civil, a través de una empresa temporal. Además debe solicitar muchos permisos para atender las necesidades prioritarias de su nieto;

j) que vive en arriendo y no recibe otros ingresos, sumado al hecho que debe velar por su hija estudiante que actualmente cuenta con 15 años de edad, razón por la cual, afiliar a sus dos nietos como beneficiarios dependientes le generaría un gasto excesivo que no podría asumir;

k) y por último, solicita a la Nueva EPS que los pueda afiliar como beneficiarios de su grupo familiar.

La Sala requirió a la señora Águeda Geisel Salazar Torres para que remitiera vía fax, las certificaciones del programa de madre canguro expedidas por el médico tratante, así como la historia clínica del niño Juan Sebastián Romero Salazar.

1.4.2 El día 24 del mes de julio de 2013, se recibieron vía fax los siguientes documentos:

1. Certificación del 23 de junio de 2013, expedida por el médico pediatra tratante, la enfermera jefe y la trabajadora social del programa de madre canguro, donde consta que la señora Águeda Geisel Salazar Torres es la red de apoyo y quien tiene la custodia del niño Juan Sebastián Romero Salazar, y por lo tanto “es la encargada de asistirlo en todas las Consultas Médicas por Pediatría, Terapia Física (cada 8 días) (...) Nutrición, Oftalmología, Optometría y Trabajo Social, en total a la fecha continúa con Oxígeno (O2) para comer y dormir. (...) La atención de Juan Sebastián en el Programa Madre Canguro continúa hasta la fecha edad corregida, es decir el 31 de Enero de 2014.

2. Certificación del 2 de noviembre de 2012, expedida por el Programa Madre Canguro del Hospital Universitario Mayor MEDERI dirigida a la Nueva EPS, donde consta que la señora Águeda Geisel Salazar Torres es la red de apoyo del niño Juan Sebastián Romero Salazar, y realiza todas las funciones del cuidado del recién nacido.

2 CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

2.1 COMPETENCIA

Esta Corte es competente, de conformidad con los artículos 86 y 241 de la Constitución Política, y con el Decreto 2591 de 1991, para revisar el presente fallo de tutela.

2.2 PROBLEMA JURÍDICO

Una vez relacionados los antecedentes, la Sala de Revisión observa que el problema jurídico planteado que debe resolver hace referencia a dos situaciones distintas, en las que presuntamente la Nueva EPS vulnera los siguientes derechos: (i) los derechos fundamentales de los nietos de la señora Águeda Geisel Salazar, uno recién nacido y otro de 5 años de edad, a quienes la EPS les ha negado la afiliación al sistema como beneficiarios del grupo familiar al que ella pertenece; (ii) los derechos de la señora Águeda Geisel Salazar, al negarle la licencia de maternidad a fin de tener el tiempo necesario para atender el programa de mamá canguro que requiere el niño Juan Sebastián Romero Salazar en razón a su nacimiento prematuro.

Dado que el problema jurídico que se plantea ya ha sido objeto de otros pronunciamientos por parte de esta Corporación, esta Sala de Revisión reiterará lo dispuesto por la jurisprudencia sobre la materia, agrupándolos de la siguiente forma: primero, la prevalencia del derecho de los niños y las niñas; segundo, el carácter fundamental del derecho a la salud y a la seguridad social de los niños y de las niñas; tercero, la afiliación de los nietos al grupo familiar en el régimen contributivo de Seguridad Social en Salud; cuarto, el sentido y alcance legal de la licencia de maternidad; y por último, se analizará el caso concreto.

Como cuestión previa, la Sala reiterará la jurisprudencia constitucional relacionada con la agencia oficiosa con miras a determinar la procedibilidad de la presente acción de tutela.

2.2.1 La Agencia oficiosa en sede de tutela. Reiteración de la jurisprudencia

El artículo 86 de la Constitución Política, contempla el derecho constitucional de la agencia oficiosa. En ella se determina que cualquier persona que se encuentre dentro del territorio nacional o se encuentre fuera de él, pueda interponer acción de tutela directamente o por quien actúe en su nombre, mediante un procedimiento preferente, informal y sumario, cuando considere que se le han vulnerado sus derechos fundamentales.

En ese sentido, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, señala que la acción de tutela

puede ser promovida por la persona vulnerada o amenazada en sus derechos fundamentales, “quien actuará por sí misma o a través de representante”.

Igualmente, esta disposición contempla la posibilidad de agenciar derechos ajenos “cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa”. Sin embargo, tanto la citada norma como la jurisprudencia constitucional en la materia indican que existen algunos requisitos que se deben cumplir para hacer procedente la acción de tutela por parte de un agente oficioso. En ese sentido se pronunció la Corte en Sentencia T-294 de 2004[1] en la cual reiteró:

“La Corte ha señalado que dos de los elementos de la agencia oficiosa en materia de tutela son: (i) la necesidad de que el agente oficioso manifieste explícitamente que está actuando como tal, y (ii) que el titular de los derechos invocados no se encuentre en condiciones para instaurar la acción de tutela a nombre propio.”

Igualmente, esta Corporación ha estudiado casos especiales en los cuales la acción de tutela se interpone para procurar la protección de los derechos fundamentales de los niños y las niñas. En la sentencia T-1093 de 2007[2], manifestó expresamente:

“... la jurisprudencia de esta Corporación ha considerado necesario atenuar las exigencias formales para brindar una protección más vigorosa de los derechos de los niños y las niñas. Lo anterior, en desarrollo del inciso segundo del artículo 42 de la Carta de conformidad con el cual, cualquier persona puede exigir el cumplimiento del deber radicado en cabeza de la familia, la sociedad y el Estado, de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos.

En tal sentido, se ha dispensado a quienes interponen la acción de tutela como agentes oficiosos de un menor de señalarlo expresamente en su solicitud y de igual forma, se ha admitido que no se exprese que el niño o la niña a favor de quien se solicitó el amparo no está en condiciones de promoverlo por sí mismo (a) puesto que, los y las menores se encuentran por definición en una situación de indefensión que les impide demandar la protección de sus derechos.

Lo anterior, por cuanto “tratándose de la protección de los derechos fundamentales de los niños, la Constitución impone objetivamente la necesidad de su defensa, sin que interese

realmente una especial calificación del sujeto que la promueve.”[3] De forma tal que, cualquier persona puede hacerlo.[4]”

En el presente caso, la acción de tutela es promovida por la señora Agueda Geisel Salazar Torres en calidad de abuela, quien solicita el amparo constitucional a la salud y a la seguridad social del niño Juan Sebastián Romero Salazar, quien nació en forma prematura tres días antes del fallecimiento de su madre.

En este orden de ideas, (i) ante la ausencia de los padres - la madre fallecida y el padre no respondió a sus obligaciones y sin lugar conocido de residencia - (ii) al no existir una persona en condiciones para reclamar la protección de los derechos fundamentales del niño, la señora Agueda Geisel Salazar Torres se encuentra legitimada por activa para promover el amparo constitucional a nombre de su nieto Juan Sebastián Romero Salazar.

2.2.2 La prevalencia del derecho de los niños y las niñas

Sobre la prevalencia de los derechos de los niños y las niñas, la Carta Política establece un amplio marco para su protección. De esa manera, el artículo 44 Superior nos indica que “Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.”

De esa forma, la Constitución Política[5] reconoce plena validez a los tratados internacionales, en especial, las situaciones donde se encuentren involucrados los menores, para lo cual ha dicho que deben ser resueltas considerando el principio de interés superior del niño.

Respecto a este principio[6], el Comité de Derechos del Niño[7], ha señalado que “los órganos o instituciones legislativos, administrativos y judiciales han de aplicar el principio del interés superior del niño estudiando sistemáticamente cómo los derechos y los intereses del niño se ven afectados o se verán afectados por las decisiones y las medidas que

adopten; por ejemplo, una ley o una política propuestas o existentes, una medida administrativa o una decisión de los tribunales, incluyendo las que no se refieren directamente a los niños pero los afectan indirectamente”.

En relación a lo anterior, esta Corporación ha reafirmado los lineamientos previstos tanto en la Constitución como en la normatividad internacional y los ha aplicado para resolver casos donde están de por medio los derechos de los niños y las niñas. En efecto, en sentencia T-1035 de 2006[8] la Corte manifestó que “Adicionalmente, de acuerdo con la Convención de los Derechos del Niño, los Estados Partes reconocen el derecho de los menores al disfrute del más alto nivel posible de salud. De este modo, los Estados Partes se comprometen a asegurar la plena aplicación de este derecho y a adoptar medidas apropiadas para asegurar la prestación de la asistencia sanitaria necesaria a todos los niños, especialmente el desarrollo de la atención primaria en salud”.

En este orden de ideas, existen en los tratados internacionales, la Carta Política, la jurisprudencia constitucional, un trato prevalente para los niños y las niñas en todas las situaciones, y en especial, aquellas concretas que involucren la afectación de sus derechos, como sujetos de especial protección.

2.2.3 El carácter fundamental del derecho a la salud y a la seguridad social de los niños y de las niñas

La Organización de Naciones Unidas (ONU) a través de la Organización Mundial de la Salud, establece que “la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades (...) el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social (...) considerada como una condición fundamental para lograr la paz y la seguridad.”[9]

Así mismo, la Declaración Universal de Derechos Humanos, dispone que “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios (...)”[10]

De esa manera, esa faceta prestacional de la salud guarda una clara relación con el derecho

a la seguridad social, y a su vez, éste se encuentra íntimamente conectado con el concepto de servicio público. En efecto, el artículo 48 de la Constitución Política, define la seguridad social como "... un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establezca la ley. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social (...)".

Ahora bien, como lo ha señalado la Corte en muchas ocasiones de conformidad con el artículo 49 Superior, la salud tiene una doble connotación: como derecho y como servicio público[11], precisando que todas las personas deben acceder a él, y que al Estado le corresponde organizar, dirigir, reglamentar y garantizar su prestación atendiendo los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.[12]

Es en virtud de ese mandato constitucional, que se expidió la Ley 100 de 1993, donde se reglamentó el Sistema General de Seguridad Social en Salud, sus fundamentos, organización y funcionamiento desde la perspectiva de una cobertura universal[13].

De esa forma, el literal b del artículo 2º de la ley 100 de 1993 - "Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones" - define la universalidad como "la garantía de protección para todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida". Lo que quiere decir, que el Estado debe garantizar de un lado, el ingreso de todas las personas al Sistema de Seguridad Social en forma integral y de otro, la adecuada prestación del servicio por parte de las empresas encargadas del mismo.

En ese contexto, con el principio de universalidad se previó la obligación de ingreso a todas las personas al Sistema de Seguridad Social en Salud[14]. Con el fin de garantizar esta cobertura, el Sistema fue organizado en dos regímenes, (i) contributivo y (ii) subsidiado[15].

Los primeros pertenecen las personas con un vínculo laboral en el sector público o privado, los pensionados y los trabajadores independientes con capacidad de pago y sus familias, y los segundos, se trata de la población afiliada sin posibilidades económicas para acceder al régimen contributivo. En ambos casos pueden acceder a ello como afiliados o vinculados.

En cuanto a los vinculados, son aquellas personas que por sus precarios recursos económicos no pueden ingresar al régimen subsidiado o contributivo, y por lo tanto reciben

los servicios de atención en salud a través de las instituciones públicas y privadas que tengan contrato con el Estado. Pero ésta modalidad se entiende transitoria respecto a la situación particular de la persona, mientras logra el ingreso a alguno de los dos regímenes.

Igualmente, el principio de universalidad se encuentra aplicado en el artículo 163 de la ley 100 de 1993, que permite el ingreso de personas dentro del régimen contributivo. Dice así:

“El plan de salud obligatorio de salud tendrá cobertura familiar. Para estos efectos, serán beneficiarios del sistema el (o la) cónyuge o el compañero o la compañera permanente del afiliado cuya unión sea superior a 2 años; los hijos menores de 18 años de cualquiera de los cónyuges, que haga parte del núcleo familiar y que dependan económicamente de éste; los hijos mayores de 18 años con incapacidad permanente o aquéllos que tengan menos de 25 años, sean estudiantes con dedicación exclusiva y dependan económicamente del afiliado. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, e hijos con derecho, la cobertura familiar podrá extenderse a los padres del afiliado no pensionados que dependan económicamente de éste.” (Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-521 de 2007)

De acuerdo con lo anterior, la cobertura del cotizante se extiende a su grupo familiar, en calidad de beneficiarios, la cual incluye el propósito adicional de proteger a los niños y las niñas en cumplimiento de los mandatos superiores. En efecto, el parágrafo segundo dispone:

“Todo niño que nazca después de la vigencia de la presente ley quedará automáticamente afiliado como beneficiario de la entidad promotora de salud a la que esté afiliada su madre. El sistema general de seguridad social en salud reconocerá a la entidad promotora de salud la unidad de pago por capitación correspondiente, de conformidad con lo previsto en el artículo 161 de la presente ley.”

Respecto con los derechos de los niños y de las niñas a la salud y a la seguridad social, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido amplia y reiterada, para lo cual ha reconocido el interés superior del menor que consiste “... en reconocer al niño una caracterización jurídica específica fundada en sus intereses prevalentes y en darle un trato

equivalente a esa prevalencia que lo proteja de manera especial, que lo guarde de abusos y arbitrariedades y que garantice “el desarrollo normal y sano” del menor desde los puntos de vista físico, psicológico, intelectual y moral y la correcta evolución de su personalidad[16]. Al respecto ha sostenido:

“Se trata de un concepto relacional [El interés superior del menor], que parte de la hipótesis de la existencia de intereses en conflicto, cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la prevalencia de los derechos de los niños. De esta manera, el interés superior del menor se erige como un principio de naturaleza constitucional que guía la interpretación y definición de otros derechos.

Es así como, según el artículo 20 del Decreto 2737 de 1989 - Código del Menor - las entidades públicas y privadas que desarrollan programas o tienen responsabilidades relacionadas con asuntos de menores - entre las que están incluidas las Empresas Promotoras de Salud E.P.S., las empresas de medicina prepagada y las instituciones médicas, bien sean públicas o privadas -, deben tener siempre presente, por encima de cualquier otra consideración, el interés superior del menor”[17].

De conformidad con las normas transcritas se concluye, que la protección especial que el Estado debe prodigar a los niños y a las niñas con el fin de preservar sus derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social, debe estar fundada en sus intereses prevalentes y en un trato equitativo que lo proteja de manera especial de abusos y arbitrariedades.

2.2.4 Afiliación de los nietos al grupo familiar en el régimen contributivo de Seguridad Social en Salud

Respecto a la afiliación a la seguridad social en salud de los niños y de las niñas, las normas citadas en el acápite anterior no eran claras respecto a los hijos cuyas madres pertenecían al régimen contributivo pero no en calidad de cotizante sino de beneficiaria. Con el fin de reglamentar esta situación, el artículo 40 del Decreto 806 de 1998 dispuso:

“Otros miembros dependientes. Cuando un afiliado cotizante tenga otras personas diferentes a las establecidas anteriormente, que dependan económicamente de él y que sean menores de 12 años o que tengan un parentesco hasta el tercer grado de

consanguinidad, podrán incluirlos en el grupo familiar, siempre y cuando pague un aporte adicional equivalente al valor de la Unidad de Pago por Capitación correspondiente según la edad y el género de la persona adicional inscrita en el grupo familiar, establecidas por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. En todo caso el afiliado cotizante deberá garantizar como mínimo un año de afiliación del miembro dependiente y en consecuencia la cancelación de la UPC correspondiente.

“Este afiliado se denominará cotizante dependiente y tiene derecho a los mismos servicios que los beneficiarios.

Sobre el tema, la Corte Constitucional en varias oportunidades ha estudiado el alcance de la norma sobre el acceso de los nietos como dependientes del cotizante al régimen contributivo. De esa forma, en sentencia T-953 de 2003[18] esta Corporación conoció de una tutela interpuesta por una menor, beneficiaria de su padrastro, por cuanto la EPS se negaba a prestarle los servicios médicos a su hijo bajo el argumento de que los hijos de los beneficiarios no integraban el grupo familiar del cotizante. En esa oportunidad sostuvo:

“...no puede decirse que la atención integral en salud del recién nacido pende de que éste pertenezca al grupo familiar del cotizante, como tampoco es dable afirmar que dicha atención se supedita al pago de un aporte adicional, por parte de aquel”.

(...)

“sin perjuicio, claro está, de que el régimen de afiliación cuente para determinar si la EPS asume los costos, con cargo a la unidad de pago por capitación -dada la pertenencia del recién nacido al grupo del cotizante, en los términos del artículo 34 del Decreto 806 de 1998-, o si la prestadora tiene derecho a revertir contra el Fondo de Solidaridad y Garantías en Salud”.

Y concluyó que:

“las entidades prestadoras, promotoras y administradoras de salud, en cuanto reciben aportes del Sistema de Seguridad Social son las primeramente obligadas a brindar asistencia médica a los recién nacidos, hijos de sus afiliadas -durante el primer año de vida -, salvo que a tiempo del alumbramiento la atención del pequeño haya sido asignada a otra

institución del Sistema y se encuentre por ende garantizada”.

En un caso similar, en la sentencia T-950 de 2005[19], la Corte estudió el caso del hijo de una beneficiaria menor de edad perteneciente al régimen contributivo, a quien la E.P.S. demandada vulneró los derechos a la salud y a la seguridad social por negarse a prestarle los servicios de salud, bajo el argumento de que su hijo no se encontraba dentro del grupo familiar de la cotizante. En ella, sobre la prestación del servicio de salud a niños menores de un año indicó:

“no puede atarse o depender de la afiliación o no directa del niño a una entidad prestadora del servicio de salud, pues justamente por su situación de indefensión y vulnerabilidad tienen derecho a una atención gratuita. Tal protección es aún más fuerte cuando la madre es adolescente -quien por mandato de la Constitución tiene derecho a la protección y a la formación integral-, no posee recursos económicos y no cuenta con el apoyo del padre del neonatal”.

De igual forma, en la sentencia T-1199 de 2005[20], la Corte estimó que una EPS vulneró los derechos fundamentales de un recién nacido, hijo de una menor de edad beneficiaria del régimen contributivo, por haber decidido negarle la atención en salud que éste requería a partir del segundo mes, por incurrir el cotizante en mora en el pago de la UPC adicional, que permitió en un principio la atención del neonato como afiliado en el grupo familiar de su abuela cotizante.

Según esta Corte, sin perjuicio de las regulaciones legales que excluyen como beneficiarios del régimen contributivo a nietos del cotizante principal, “tratándose de niños y, en particular, menores de un año, la aplicación de las normas referidas en casos específicos debe armonizarse con las regulaciones normativas de carácter superior que exigen dar plenas garantías a los niños para la satisfacción de sus necesidades básicas, deber reconocido en la propia Constitución Política, así como en diferentes instrumentos internacionales que obligan a Colombia”.

Posteriormente, esta Corporación en sentencia T-1035 de 2006[21] realizó algunas consideraciones importantes sobre las obligaciones de acompañamiento que tienen las EPS para con las madres gestantes beneficiarias, así como la atención que deben brindar a sus hijos menores. En dicha oportunidad señaló que:

“(a) un cuando los hijos de madres beneficiarias, a su vez nietos de los afiliados cotizantes, no se encuentran incluidos en el grupo familiar beneficiario de aquél, la EPS correspondiente debe (a) brindar acompañamiento a sus usuarias que consiste en informarlas sobre los servicios médicos cuya prestación no les corresponda a fin de adelantar en la etapa de gestación las diligencias pertinentes destinadas a obtener la asignación de la entidad prestadora de salud o administradora que asumirá la atención del hijo que está por nacer[22] y (b) si la criatura nace y no ha sido asignada la entidad que prestará el servicio de salud la EPS está obligada a cubrir la atención médica del menor, con cargo al Fondo de Solidaridad y Garantía.”

En ella la Corte consideró que el amparo sólo debería extenderse hasta cuando el menor ingresara a uno de los regímenes de seguridad social en salud, por medio de alguna de las siguientes modalidades:

“(i) como miembro dependiente de su abuelo o abuela, cuando la familia del menor cuente con capacidad económica para asumir el costo de la UPC adicional regulada en el art. 40 del Decreto 806 de 1998[23], (ii) como beneficiario de su mamá, cuando esta pueda acceder al Sistema como afiliada principal, (iii) como afiliado en el régimen subsidiado una vez sus padres ingresen al mismo.”

Por último, esta Corporación en sentencia T-1093 de 2007 estudió el caso de un niño nacido en forma prematura cuya madre adolescente se encontraba afiliada en salud como beneficiaria de su progenitora en el régimen contributivo. La EPS no aceptó al nuevo miembro de la familia en calidad de beneficiario del grupo familiar de la abuela y le exigió un pago adicional por el niño en calidad de beneficiario dependiente, suma que le era imposible de asumir. En este caso, la Corte estimó que la imposición de una cuota adicional para acceder al servicio de salud generaba un desconocimiento de los derechos a la salud y a la seguridad social del niño, y por lo tanto, ordenó afiliarse al menor como cotizante dependiente de su abuela e inaplicó las normas del caso que la obligaban a cancelar una cuota mensual por ello.

De lo anterior podemos resumir, que en ningún caso el hecho de no poder incluir al menor nieto de un cotizante e hijo de un beneficiario del régimen contributivo, puede ser excusa por parte de las EPS para negar la atención en salud de los niños y las niñas, a la cual tienen

derecho de acuerdo con los mandatos superiores, en especial cuando se trata de menores de un año, respecto de los cuales, la Constitución[24] ha previsto expresamente la atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado[25], hasta tanto ingrese a uno de los regímenes de salud anteriormente indicado.

2.2.5 Sentido y alcance legal de la licencia de maternidad. Reiteración de la jurisprudencia

La licencia de maternidad tiene como fin principal la protección integral de la mujer trabajadora en estado de embarazo - antes y después del parto -, al igual que garantizar la protección del niño los primeros meses de vida.

Esta protección a la mujer gestante se inició en junio de 1921, con la vigencia del Convenio No. 3 adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo[26]. De igual forma, este amparo de la mujer trabajadora en estado de gravidez ha tenido un papel importante en los Convenios Internacionales[27], donde no sólo establecen una cláusula general de protección de la mujer gestante durante el embarazo y después del parto, sino también, fijan obligaciones concretas[28] y establecen la obligatoriedad de los Estados, para que impulsen las políticas tendientes para asegurar que las mujeres puedan acceder efectivamente a la protección[29].

En nuestra legislación, esta protección a la mujer trabajadora en estado de embarazo y después del parto, se inició con la expedición de la Ley 53 de 1938 "Por la cual se protege la maternidad".[30] De esa manera, se dictaron normas posteriores tendientes a reforzar esa disposición hasta configurar el llamado fuero de maternidad, cuya presunción consiste en que si una mujer en estado de embarazo es despedida, sin que su empleador haya solicitado antes la aceptación de la inspección de trabajo, se entiende que ésta ha sido despedida por causa o con motivo de su embarazo[31].

En efecto, el Código Sustantivo del Trabajo mediante la Ley 141 de 1961, estableció por primera vez la licencia de maternidad remunerada de ocho semanas que tenía derecho toda mujer trabajadora y la prohibición de despido por motivos de lactancia o embarazo. Así mismo se estableció la obligación de indemnizar a la empleada que fuese despedida sin justa causa dentro de períodos de tres meses anteriores o posteriores al parto y se previó también, la licencia remunerada de dos a cuatro semanas en caso de aborto o parto

prematureo, según la prescripción médica.

Cabe resaltar que esta disposición solo cobijaba a la madre biológica, razón por la cual, se expidió la Ley 24 de 1986, que reformó el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo[32], en el sentido de extender todas las garantías a favor de la madre biológica, en lo que fuere procedente, a la madre adoptante del menor de 7 años de edad. De esa forma equiparó la fecha del parto, con la fecha de entrega oficial del menor adoptado. Posteriormente, la Ley 69 de 1988, extendió esa protección a la madre adoptante empleada en el sector público. Y la Ley 50 de 1990 incluyó como beneficiario de la licencia al padre trabajador adoptante sin cónyuge o compañera permanente.

Por su parte, la Constitución de 1991 contempló una amplia protección constitucional a favor de la mujer embarazada, de la madre trabajadora - antes y después del parto - así de los derechos de las niñas y de los niños. Por último, la Ley 755 de 2002[33], reconoció también la licencia de paternidad como institución con entidad propia.

La jurisprudencia constitucional siguiendo esa línea proteccionista, ha reiterado de modo constante la importancia que tiene la figura protectora de la licencia de maternidad en el ordenamiento jurídico. De esa forma, la Corte Constitucional en la sentencia T-1078 de 2003[34], determinó que esa misma garantía debía darse también a los padres biológicos puestos en las mismas circunstancias que los padres adoptantes sin cónyuge o compañero permanente[35].

Para concluir puede decirse a manera de síntesis, que la garantía de la licencia de maternidad tiene una doble finalidad, por una parte, la de proteger a las mujeres trabajadoras en estado de gravidez, durante la época del embarazo y luego del parto - protección que se extiende, en lo pertinente, a los hombres trabajadores sin cónyuge o compañera permanente -; y por otra, la de asegurar la protección de la niñez.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, esta Sala de revisión realizará el análisis del caso concreto.

2.3 SOLUCIÓN DEL CASO CONCRETO

Como se dijo anteriormente, el caso que se analiza se refiere a la posible vulneración de los

derechos fundamentales a la igualdad, a la vida, a la salud y a la seguridad social de la señora Águeda Geisel Salazar Torres y sus nietos por parte de la Nueva EPS, por un lado, (i) al negarle el derecho a la licencia de maternidad a fin de tener el tiempo necesario para atender el programa de mamá canguro que requiere el niño Juan Sebastián Romero Salazar en razón a su nacimiento prematuro; y por otro, (ii) al negarle a la posibilidad de afiliarse a sus nietos al Sistema de Seguridad Social en Salud como beneficiarios del grupo familiar al que ella pertenece.

Bajo ese entendido, en esta oportunidad se encuentran planteadas dos situaciones las cuales se analizarán de la siguiente manera:

2.3.1 En primer lugar, tenemos que la señora Águeda Geisel Salazar Torres actuando como agente oficiosa de su nieto Juan Sebastián, quien nació prematuro tres días antes del fallecimiento de su hija Nazly Lizeth a causa de una enfermedad terminal, y ante la ausencia indefinida del padre sin que se conozca su ubicación, solicitó a la nueva EPS que se le reconociera el derecho a la licencia de maternidad que le correspondería a su hija, con el fin de atender el programa de madre canguro y las necesidades del recién nacido, quien a la fecha de nacimiento contaba con 25 semanas de gestación con compromiso pulmonar crónico y con oxígeno dependencia.

De conformidad con el departamento de neonatos del Hospital Méderi, para la recuperación integral del niño se hace indispensable el programa de mamá canguro, el cual requiere de la mayor parte del tiempo de la abuela, toda vez que el mismo debe realizarse en el hospital donde se encuentra internado el menor.

Ante lo anterior, la señora Águeda Salazar ha manifestado que no puede dejar de trabajar y percibir su salario consistente en el mínimo toda vez que es el único ingreso económico de su hogar, razón por la cual realizó dicha solicitud a la Nueva EPS con el fin de contar con el tiempo suficiente para atender el programa de madre canguro y proporcionar a su nieto los cuidados maternos a falta de la progenitora, y a su vez percibir los ingresos económicos a fin de no afectar su mínimo vital, el de su hija y de sus nietos.

Finalmente la accionante aseguró que la Nueva EPS le manifestó -no se encuentra evidencia dentro del expediente de respuesta alguna por parte de la Nueva EPS a pesar de los requerimientos de los jueces constitucionales-, que la petición no era procedente toda vez

que la licencia de maternidad por ley era un beneficio solo aplicable a la madre biológica, al padre cuando falta la madre y a los padres adoptivos.

2.3.2 En segundo lugar, observa la Sala que la señora Águeda Geisel Salazar Torres, solicitó a la Nueva EPS la inclusión de sus nietos Juan Sebastián y José Manuel a la seguridad social en salud como beneficiarios de su grupo familiar, toda vez que al no existir una persona con mejor derecho para atender a los niños -se recuerda que el padre se encuentra ausente y se desconoce su ubicación-, la abuela debe velar por su bienestar y salud proveyéndoles de lo necesario para que tengan una vida en condiciones dignas.

De igual forma -no se encuentra respuesta por parte de la Nueva EPS a pesar de los requerimientos de las instancias judiciales-, la señora Águeda Geisel Salazar Torres manifestó que la accionada le respondió ante la solicitud de afiliar a sus nietos a la seguridad social en salud, que debe hacerlo como dependientes asumiendo ella el costo de un valor adicional por cada uno, o bien aportar el fallo judicial de adopción de los niños, con lo cual tendría derecho a la afiliación en calidad de beneficiarios del grupo familiar al que pertenece la abuela.

Sobre esto último, es preciso señalar que hace parte de las pruebas aportadas en el expediente un oficio de fecha 13 de diciembre de 2012 dirigido por la señora Águeda Geisel Salazar Torres al Instituto de Bienestar Familiar donde solicita que se inicie a su favor el proceso de adopción de sus nietos José Manuel y Juan Sebastián. Actualmente, según lo informa la accionante, se encuentra realizando la recopilación de los documentos que se le exigen y que debe aportar para dar inicio al proceso correspondiente.

Cabe recordar que la señora Águeda Salazar ha manifestado, y así se encuentra probado en el expediente, que además de Juan Sebastián tiene a su cargo el hermanito de éste, José Manuel quien cuenta con 5 años de edad, ambos hijos de su hija Nazly Lizeth fallecida el 30 de octubre de 2012. Igualmente, sostiene a su hija Yorly Mildre de 15 años quien aun se encuentra en el colegio.

Por lo tanto, ha insistido que cancelar una cuota adicional por la afiliación en salud de cada uno de sus nietos, la obligaría a asumir una obligación imposible de cumplir la cual desbordaría su capacidad económica en detrimento de la calidad de vida de su familia.

De conformidad con lo expuesto, la Sala aplicará la jurisprudencia constitucional pertinente e indicará las medidas que se adoptarán de acuerdo con las circunstancias del caso.

2.3.3 Procedencia de la acción de tutela

La Carta Política establece que la acción de tutela es un mecanismo subsidiario, el cual puede ser ejercido cuando no exista otro medio de defensa judicial de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados, o cuando existiendo otros, éstos no son eficaces para la protección de los mismos.

Igualmente indica que es obligación del Estado la protección de los derechos fundamentales en especial de los niños y niñas, al tratarse de una población que se encuentra en circunstancias de debilidad manifiesta y proclive a abusos o maltratos. De esa forma, se debe exigir a las entidades comprometidas con la seguridad social en salud, la de brindar a los niños y a las niñas toda la atención que requieran con el fin de asegurarles una existencia digna.

En el presente caso, el problema jurídico que observa la Sala tiene que ver con la garantía en la protección de los derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social de los niños José Manuel y Juan Sebastián, quienes se encuentran bajo el cuidado y la custodia de su abuela Águeda Geisel Salazar, y que, por tratarse de sujetos de especial protección, se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad toda vez que, al fallecer su madre y ante la ausencia indefinida del padre, no cuentan con la afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud.

En esa medida, la acción de tutela resulta procedente de forma inmediata para garantizar el goce efectivo de los derechos a la salud y la seguridad social de los niños José Manuel y Juan Sebastián Romero Salazar.

2.3.1 Examen de la vulneración de los derechos fundamentales de los niños Juan Sebastián y José Manuel Romero Salazar

Como ya se dijo en el acápite de las consideraciones, tanto los organismos internacionales como nuestra Carta Política han implementado un marco amplio en la protección de los derechos de los niños y de las niñas, dadas las condiciones de vulnerabilidad y la

necesidad de cuidado, que ellos requieren.

Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Constitucional[36] ha reiterado que los derechos a la salud y la seguridad social de los niños y de las niñas son prevalentes, y el hecho de no contar con los servicios médicos, constituye una vulneración de los mismos, independientemente a que requiera o no una prestación específica.

De conformidad con lo expuesto y de las pruebas aportadas en el expediente, el niño Juan Sebastián se encuentra recibiendo la atención integral[37] del servicio en salud del recién nacido por parte del Hospital Méderi, a través del Fondo de Garantías, la cual está garantizada hasta el mes de octubre de 2013, fecha en la cual cumplirá un año de edad. Cabe recordar, que por su condición de prematuro su estado de salud ha sido extremadamente delicado y actualmente recibe oxígeno al comer y al dormir, por lo tanto, estos controles superarían el primer año de vida, requiriendo urgentemente la necesidad de afiliarlo al Sistema de Seguridad Social en Salud y darle así continuidad a los mismos.

En igual condición se encuentra el niño José Manuel, quien cuenta con cinco años de edad, y actualmente no se encuentra vinculado a un régimen de salud determinado, razón por la cual se encuentra desprotegido y por ende, sus derechos fundamentales vulnerados.

Esta Sala considera que para garantizar el derecho a la salud y a la seguridad social de los niños Juan Sebastián y José Manuel, quienes se encuentran en circunstancias de desprotección, como consecuencia del fallecimiento de su progenitora, y el abandono del padre, no es suficiente prevenir a las entidades encargadas de los servicios de salud para que brinden tal atención sino que adicionalmente se requiere, establecer con claridad en qué calidad deben ser vinculados al Sistema de Seguridad Social en Salud, a quién corresponde tal vinculación y finalmente, quién debe hacerse cargo de los pagos que se generen por ella.

Como se dijo anteriormente, existen varias posibilidades para la vinculación del menor al sistema de seguridad social en salud. Acorde con este propósito, el régimen contributivo ha extendido la cobertura a personas que, pese a no poder considerarse incluidas en el grupo familiar definido por la ley, son cercanas o dependen de éste. Sin embargo, este sistema opera bajo un condicionamiento económico consistente en el pago de la Unidad de Pago por Capitación que corresponda en cada caso. De esa forma, es viable la vinculación de los

nietos al grupo familiar al que pertenecen sus abuelos como miembros dependientes cuando estos cuenten con capacidad económica para asumir el costo de la UPC adicional regulada en el artículo 40 del Decreto 806 de 1998.

En el caso presente, esta Sala considera más apropiada y garantista la inclusión de los niños bajo la figura del cotizante dependiente en tanto la abuela se encuentre afiliada al mismo como cotizante.

Sin embargo, la afiliación de los niños Juan Sebastián y José Manuel a la Nueva EPS, se encuentra sujeta a los pagos varias veces mencionados y respecto de los cuales, la peticionaria afirma no contar con los recursos suficientes para asumirlos, afirmación que de acuerdo con los principios generales en materia probatoria, no ha sido desvirtuada en el proceso y por ende, se entiende suficientemente acreditada.[38]

Sobre un caso similar, esta Corporación en sentencia T-1093 de 2007 estudió el caso de un niño nacido en forma prematura cuya madre adolescente se encontraba afiliada en salud como beneficiaria de su progenitora en el régimen contributivo. La EPS no aceptó al nuevo miembro de la familia en calidad de beneficiario del grupo familiar de la abuela y le exigió un pago adicional por el niño en calidad de beneficiario dependiente, suma que le era imposible de asumir. En este caso, la Corte estimó que la imposición de una cuota adicional para acceder al servicio de salud generaba un desconocimiento de los derechos a la salud y a la seguridad social del niño, y por lo tanto, ordenó afiliar al menor como cotizante dependiente de su abuela e inaplicó las normas del caso que la obligaban a cancelar una cuota mensual por ello.

Lo anterior, si se tiene en cuenta que la señora Águeda Geisel es una mujer trabajadora que devenga el salario mínimo legal, y madre cabeza de hogar que sostiene no solo a sus nietos sino también a su hija adolescente, es claro que la obligación del cuidado del nieto recién nacido con todos los cuidados especiales que ello implica, le generan una carga económica imposibles de asumir, la cual no se compadece con los ingresos que percibe.

Por tal motivo, esta Sala de Revisión, se acogerá al precedente dispuesto en la sentencia T-1093 de 2007 antes señalada e inaplicará las disposiciones de los artículos 40 del decreto 806 de 1998 y 2º del decreto 47 del 2000 y en consecuencia, ordenará a la Nueva EPS, afiliar a los niños Juan Sebastián y José Manuel Romero Salazar en calidad de cotizante

dependiente de la señora Águeda Geisel Salazar Torres, eximiéndola de los pagos y demás requisitos de orden económico que para el efecto han previsto las referidas normas, los cuales, quedarán a cargo de la subcuenta de solidaridad del FOSYGA, decisión que tendrá efectos hasta tanto obtenga el fallo de adopción judicial dentro del proceso solicitado al Instituto de Bienestar Familiar en el mes de noviembre de 2012.

2.3.2 Examen de la vulneración de los derechos fundamentales de la señora Águeda Geisel Salazar Torres

Respecto a la afectación grave y directa los derechos fundamentales de la accionante, respecto a la negativa de la Nueva EPS de concederle la licencia de maternidad que le correspondería a su hija fallecida, con el fin de asistir a su nieto recién nacido al programa de madre canguro ordenado por el Hospital, debido a su condición de nonato, para la Sala resulta improcedente la solicitud por lo siguiente:

En el caso concreto, la pretensión de la accionante es doble e integral. Es doble, por cuanto por un lado, se despliega respecto de la madre, en este caso respecto a la señora Águeda Geisel en su calidad de abuela quien siente impotencia ante la incertidumbre del manejo de una situación imprevista como es el cuidado y atención especial de su nieto nacido en forma prematura; y por otro, con relación al nieto quien recibe en forma permanente el cuidado y cariño de la persona que lo tiene bajo su custodia.

Es integral, toda vez que abarca un conjunto de prestaciones tanto económicas como afectivas encaminadas a asegurar que la señora Águeda Geisel como mujer trabajadora y su nieto recién nacido dispongan de un espacio propicio para iniciar las relaciones familiares en condiciones de calidad y de dignidad.

Pero es claro que las normas, como ya se dijo en el tema de las consideraciones, no contemplan este tipo de garantías de otorgar licencia de maternidad para los abuelos cuyos nietos se encuentren bajo su cuidado y protección, ya que solo se encuentra reservada para los padres biológicos y adoptantes.

De esa forma, la señora Águeda Geisel deberá continuar con los trámites de adopción ante el Instituto de Bienestar Familiar, para que una vez concedida la misma y registrada en la Nueva EPS, pueda obtener todas las garantías a que se refiere la Ley 24 de 1986, que

reformara el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, entre otras, la de obtener la licencia de maternidad cuando se realice la entrega oficial de los niños adoptados, y la afiliación de sus nietos como beneficiarios de su grupo familiar en calidad de progenitora cotizante.

Por ello la Sala considera que la solicitud de acceder a la licencia de maternidad en el presente caso en calidad de progenitora en este momento, no es procedente y así lo declarará en la presente providencia.

No obstante la improcedencia del reconocimiento y pago de la referida licencia de maternidad, esta Sala considera que existe un déficit de protección frente a este tipo de situaciones, en las cuales el recién nacido requiere de cuidados especiales que, por diversas circunstancias, no pueden ser cubiertas por su madre, ya sea por su ausencia o porque dichos cuidados exceden del tiempo de licencia concedido por las normas laborales.

Ello sucede en el caso bajo estudio, en el cual a la abuela trabajadora no le resulta posible ejercer el cuidado especial que su nieto prematuro requiere en el programa de mamá canguro. Pero esta misma situación puede ocurrir en otros eventos, como por ejemplo, madres a las que también el médico tratante ha ordenado al niño prematuro estos programas especiales que exceden el tiempo concedido por la licencia de maternidad.

En estos eventos, y teniendo en consideración la especial protección que el constituyente brinda a los niños y a las niñas, especialmente durante su primer año de vida, las entidades promotoras de salud -EPS- y los médicos tratantes, deben tener en cuenta que esta situación implica una imposibilidad laboral de aquellos responsables del cuidado de estos bebés prematuros, y por tanto, deberán conceder las incapacidades respectivas con las correspondientes prestaciones económicas. Esta incapacidad, será determinada por el médico tratante del niño atendiendo las especiales afecciones de salud que éste presente.

Las cargas económicas que generen estas incapacidades referidas en el párrafo anterior, no podrán exceder de los ciento ochenta (180) días.

De igual manera, los empleadores, en virtud del principio de solidaridad, deberán otorgar los permisos necesarios para desarrollar esta labor de cuidado, sin que sea admisible el

descuento económico de las horas no laboradas.

Por lo tanto, las EPS y los médicos tratantes, deberán expedir las correspondientes incapacidades a las madres trabajadoras o a quien tenga esa responsabilidad de cuidado del niño prematuro, de conformidad a lo dicho en precedente en casos similares.

En el caso concreto, aunque no se le concede la licencia de maternidad, se tiene en cuenta la especial situación por la que atraviesa la accionante respecto a los cuidados de su nieto, razón por la cual, la Sala concederá el derecho a las incapacidades que la Nueva EPS y el médico tratante consideren necesarias para la efectiva recuperación del niño.

En conclusión, teniendo en cuenta las circunstancias especiales del caso, esta Sala: (i) ordenará a la Nueva EPS, afiliar a los niños Juan Sebastián y José Manuel Romero Salazar en calidad de cotizante dependiente de la señora Águeda Geisel Salazar Torres, eximiéndola de los pagos y demás requisitos de orden económico que para el efecto han previsto las referidas normas, los cuales, quedarán a cargo de la subcuenta de solidaridad del FOSYGA, decisión que tendrá efectos hasta tanto obtenga el fallo de adopción judicial dentro del proceso solicitado al Instituto de Bienestar Familiar en el mes de noviembre de 2012. Para lo anterior, recomendar a la señora Águeda Geisel Salazar Torres, que debe adelantar todos los trámites tendientes a la obtención del citado fallo de adopción de su nieto, so pena de perder los beneficios aquí concedidos; y (ii) ordenará a la Nueva EPS y a los médicos tratantes del niño Juan Sebastián Romero Salazar, para que expidan las correspondientes incapacidades a la señora Águeda Geisel Salazar Torres, por el tiempo que consideren necesario para que adelante el tratamiento de madre canguro de su nieto.

3 DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR las sentencia proferida en el proceso de la referencia por el el fallo de tutela adoptado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 22 de febrero de 2013, que confirmó el fallo proferido por el Juzgado Trece de Ejecución de Penas y Medidas

de Seguridad de Bogotá, del 8 de enero de 2013, quien negó el amparo de los derechos fundamentales de la actora, por las consideraciones expuestas.

SEGUNDO: En consecuencia, CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales a la salud y la seguridad social de los niños Juan Sebastián y Juan Manuel Romero Salazar, por las consideraciones expuestas.

CUARTO: ORDENAR a la Nueva EPS y los médicos tratantes del niño Juan Sebastián Romero Salazar, para que expidan las correspondientes incapacidades a la señora Águeda Geisel Salazar Torres, para adelantar el tratamiento de madre canguro de su nieto, de conformidad a las consideraciones expuestas.

QUINTO: Por Secretaría líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[2] MP. Humberto Antonio Sierra Porto.

[3] Auto 006 de 1996.

[4] Sentencias T-462 de 1993, T-605 de 2005 y T-165 de 2006.

[5] El artículo 93 señala “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

“Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

“(…)”.

[6] Incorporado en el artículo 3 de la Convención de Derechos del Niño, adoptado en Colombia mediante Ley 12 de 1991.

[7] COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. “OBSERVACIÓN GENERAL Nº 5 (2003) Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44)” Distr. GENERAL CRC/GC/2003/5 27 de noviembre de 2003 ESPAÑOL. 34º período de sesiones 19 de septiembre a 3 de octubre de 2003.

[8] MP. Humberto Antonio Sierra Porto.

[9] Constitución de la Organización Mundial de la Salud.

[10] Art. 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

[11] Sentencias T-134 de 2002 MP. Álvaro Tafur Galvis y T-544 de 2002 MP. Eduardo Montealegre Lynett.

[12] Sentencias T-207 de 1995 MP. Alejandro Martínez Caballero; T- 409 de 1995 MP. Antonio Barrera Carbonell y C-577 de 1995 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[13] Artículo 152 de la Ley 100 de 1993.

[14] Artículo 153 Numeral 2º de la ley 100 de 1993.

[15] Artículo 157 de la ley 100 de 1993.

[16] Sentencias T-408 de 1995 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[17] Sentencia T-731 del 5 de agosto de 2004 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[18] MP. Álvaro Tafur Galvis.

[19] MP. Jaime Córdoba Triviño.

[20] MP. Rodrigo Escobar Gil.

[21] MP. Humberto Antonio Sierra Porto.

[22] Sentencia T-1199 de 2005

[23] Ver sentencias T- 1199 de 2005, T-953 de 2003, T-544 de 2002, T- 134 de 2002

[24] Artículo 50 de la C.P.

[25] Al respecto ver sentencia T-950 de 2005 MP. Jaime Córdoba Triviño..

[26] Legislación sometida a revisión en 1952. Cfr. Consejo de Estado. -Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda-, Santa fe de Bogotá, D. C., septiembre 27 de 1994.

[27] Así, por ejemplo, las Recomendaciones número 12 y 95 de la OIT resaltan la necesidad de proteger a las mujeres empleadas en la agricultura que se encuentran en estado de gravidez -antes y después del parto-. Entre los documentos internacionales que protegen la maternidad se encuentran, además, los Convenios 3º y 183 de la Organización Internacional del Trabajo; el artículo 10º del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer; el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, "Protocolo de San Salvador" y la Convención sobre los Derechos del Niño. Como lo recuerda la Vista Fiscal, los mencionados documentos, a la vez que prevén una cláusula genérica en relación con la referida protección, establecen obligaciones de tipo concreto sobre: "(i) el derecho a gozar de un descanso de por o menos catorce (14) semanas, de las cuales al menos seis (6) deben tomarse con posterioridad al parto; (ii) el derecho a percibir una prestación económica durante el periodo de licencia que garantice un nivel adecuado de

vida tanto a la madre como al niño, erogación que deberá financiarse mediante seguro social obligatorio con cargo a fondos públicos o directamente por el empleador cuando así lo prevean las norma internas anteriormente vigentes. Este ingreso no podrá ser inferior en ningún caso a las dos terceras partes del salario que percibía la trabajadora al momento de entrar a gozar del descanso”. Puestas de esta manera las cosas, las normas internacionales se encaminan a garantizar los derechos a la vida, a la salud, a la integridad física, a la seguridad social tanto de las mujeres gestantes como de los niños y de las niñas.

[28] En relación con: “(i) el derecho a gozar de un descanso de por lo menos catorce (14) semanas, de las cuales al menos seis (6) deben tomarse con posterioridad al parto; (ii) el derecho a percibir una prestación económica durante el periodo de licencia que garantice un nivel adecuado de vida tanto a la madre como al niño o a la niña; erogación que deberá financiarse mediante un seguro social obligatorio, con cargo a fondos públicos o directamente por el empleador cuando así lo prevean las normas internas anteriormente vigentes. Este ingreso no podrá ser inferior en ningún caso a las dos terceras partes del salario que percibía la trabajadora al momento de entrar a gozar del descanso”. Corte Constitucional. Sentencia T-127 de 2009.

[29] En tal sentido, “el Estado debe garantizar que la mayoría de las mujeres puedan cumplir con los requisitos exigidos para percibir la prestación económica durante la licencia de maternidad y en aquellos casos en los que no los cumplan, deberá proveer recursos adecuados con cargo a los fondos de asistencia social; (iii) la obligación estatal de proporcionar asistencia médica a la madre, antes, durante y después del parto; (iv) el derecho a gozar de un descanso remunerado para lactancia; (v) la prohibición de despido durante el embarazo y con posterioridad al alumbramiento y (vi) la protección especial en los casos de trabajadoras que desempeñen labores que puedan resultar perjudiciales durante el embarazo”. Corte Constitucional. Sentencia T-127 de 2009.

[30] “ARTÍCULO 1o. Toda mujer en estado de embarazo, que trabaje en oficinas o empresas, de carácter oficial o particular, tendrá derecho, en la época del parto, a una licencia remunerada de ocho semanas. // Esta licencia empezará a contarse desde el día indicado por el médico de la interesada”.

[31] Ver, Decreto 2350 de 1938; Decreto 13 de 1967; el Decreto 995 de 1968, las Leyes 73

de 1966; 27 de 1974; 50 de 1990 y en el Sector Público el Decreto Ley 3135 de 1968 y su Reglamentario 1848 de 1969.

[32] “Por la cual se adiciona el Artículo 236 del Capítulo V del Código Sustantivo del Trabajo”.

[33] Que reformó el párrafo del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo.

[34] MP. Alfredo Beltrán Sierra.

[35] En aquella ocasión la Corte Constitucional concedió el amparo solicitado por el padre biológico de una recién nacida (prematura) quien por motivo del fallecimiento de su cónyuge solicitaba se le hiciera extensiva a él la protección derivada de la licencia de maternidad, toda vez que se encontraba en la misma situación fáctica prevista por el artículo 34 de la Ley 50 de 1990 que modificó el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo.

[36] Sentencia T-1093 de 2007 MP. Humberto Antonio Sierra Porto.

[37] Artículo 50 de la Carta Política “... todo niño menor de un año que no esté cubierto de protección o de seguridad social, tendrá derecho a recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado.”

[38] Ver sentencia T-683 de 2003 MP. Eduardo Montealegre Lynett.