

LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA-Padre en representación de hijo aunque no invocó como vulnerados los derechos de éste

Para la Corte es claro que el actor como representante legal de su hijo recién nacido está legitimado por activa para interponer acciones de tutela en defensa de los derechos fundamentales del menor de edad. Esto de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 10° del Decreto 2591 de 1991. Ahora bien, el problema se presenta cuando el padre ejerce la acción de tutela a nombre propio, no siendo ello procedente por tratarse de derechos legales, en este caso a la licencia remunerada de paternidad, y no a nombre de su hijo menor, el beneficiario directo de la licencia de paternidad. En tal situación, en concepto de la Corte, el juez de tutela debe analizar la posible vulneración de los derechos fundamentales del menor, así ellos no hayan sido invocados. Ello en virtud de que el artículo 18 del Decreto 2591 de 1991 autoriza al juez que conozca de la solicitud para tutelar el derecho, “prescindiendo de cualquier consideración formal y sin ninguna averiguación previa, siempre y cuando el fallo se funde en un medio de prueba del cual se pueda deducir una grave e inminente violación o amenaza del derecho.” (Se subraya fuera de texto). Como lo ha expuesto recientemente esta Corporación, “el principio de informalidad también impone al juez el deber de interpretar la demanda de tutela, protegiendo todos aquellos derechos fundamentales que el demandante o su abogado no identificaron adecuadamente, o cuya vulneración no fue técnicamente sustentada.”

LICENCIA DE PATERNIDAD-Aunque es de rango legal es el mecanismo para realizar derechos fundamentales del menor

MENOR RECIEN NACIDO-Es sujeto de especial protección

El menor recién nacido es sujeto de especial protección dado el grado de dependencia e indefensión en el que se encuentra, a diferencia de menores de edad que ya gozan de un desarrollo físico, psicológico y emocional que les permita adoptar autónomamente algunas de sus decisiones sin la anuencia necesaria de sus padres. Los obligados de los mencionados derechos son diversas personas, entre ellas, la familia (en especial los padres), la sociedad y el Estado. En efecto, el artículo 44 inciso 2 de la Constitución establece que los mencionados “tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e

integral y el ejercicio pleno de sus derechos". Así las cosas, una obligación constitucional compartida entre familia, sociedad y Estado de garantizar y realizar efectivamente los derechos de los menores.

LICENCIA DE PATERNIDAD-EPS debe asumir carga del reconocimiento

El legislador consideró que la sociedad, por vía de las Empresas Prestadoras de Salud que hacen parte del Sistema General de Seguridad Social en Salud establecido en la Constitución y desarrollado por la Ley 100 de 1993 y decretos reglamentarios, eran las entidades llamadas a asumir la carga del reconocimiento de la licencia de paternidad.

DERECHOS FUNDAMENTALES-Progresividad y exigibilidad de las prestaciones necesarias para el goce efectivo/LEY MARIA-Pago por la EPS

El desarrollo progresivo de un derecho no puede ser argumento general válido para oponerse a su exigibilidad. Esto porque el principio de inmunidad de los derechos fundamentales impide que su realización acabe dependiendo de la simple mayoría legislativa. La Corte encuentra que dictada la Ley 755 de 2002 por el Congreso de la República, precisamente para dar desarrollo al artículo 44 de la Constitución y garantizar, por vía del reconocimiento del derecho a la licencia remunerada de paternidad en los casos y bajo las condiciones establecidos en dicha normatividad, los compromisos constitucionales, de carácter prestacional, han adquirido la concreción suficiente para gozar de plena efectividad. Ello porque los elementos del derecho fundamental del menor (artículo 44 de la Constitución), desarrollado mediante el reconocimiento legal de un derecho paterno a ser licenciado durante varios días hábiles sin pérdida de su remuneración con el fin de prodigar el cuidado y el amor que el recién nacido requiere, han sido suficientemente precisados para hacerse judicialmente exigibles, a saber las entidades obligadas -las empresas prestadoras de salud a la que se encuentren afiliados los titulares del derecho a la licencia- y por el monto de la obligación (cuatro u ocho días hábiles de remuneración) en caso de que se cumplan las condiciones establecidas en la ley. El argumento de la demandada, en el sentido de que la referida obligación no es exigible hasta tanto no se reglamente la Ley María, en particular hasta tanto no se presupuesten los recursos necesarios para cancelar la licencia legal, no es atendible. El desequilibrio económico de la E.P.S por el pago de la licencia remunerada de paternidad con cargo a sus propios recursos, en caso de presentarse, así como la

constitucionalidad y legalidad de la decisión legislativa de distribuir las cargas sociales en la forma que se determinó en el artículo 1 de la Ley 755 de 2002, son cuestiones que las entidades obligadas tendrán que debatir ante las instancias correspondientes, y por los procedimientos disponibles, sin que su desacuerdo con la decisión legislativa pueda ser tomado en cuenta como argumento válido y suficiente para oponerse al reconocimiento efectivo de la tantas veces mencionada licencia de paternidad.

LICENCIA DE PATERNIDAD-Procede la tutela como mecanismo transitorio ante el no pago por la EPS

LICENCIA DE PATERNIDAD-No pago por la EPS conlleva vulneración de los derechos fundamentales del menor/DERECHOS DEL RECIEN NACIDO AL CUIDADO Y AL AMOR-Protección por tutela

La renuencia de la demandada a cancelar la licencia remunerada de paternidad vulnera los derechos fundamentales a tener una familia, a no ser separado de ella, al cuidado y al amor del menor, hijo del peticionario. Esto porque la carencia de medios económicos adicionales que permitieran al padre financiarse el goce de la licencia laboral dentro del año siguiente al nacimiento de su hijo, dificulta en grado extremo la realización de los mencionados derechos fundamentales, hasta el punto de que pasados varios meses el padre del menor no ha disfrutado plenamente de tal licencia. No resulta razonable que por tener el padre que acudir a la justicia ordinaria para el cobro de la remuneración a la que tiene derecho en virtud de la Ley María, el recién nacido se vea privado de la presencia de su progenitor y el goce de sus derechos fundamentales a tener una familia, a no ser separado de ella, al cuidado y al amor se vea aplazado hasta la conclusión de la controversia económica subyacente. La Sala encuentra acreditadas la vulneración de los derechos fundamentales a tener una familia, a no ser separado de ella, al cuidado y al amor del hijo del actor, así como la existencia de un perjuicio irremediable derivado de la negativa de la demandada a reconocer al accionante el derecho a la licencia remunerada de paternidad, por lo que procederá a conceder la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales del hijo del petente.

LICENCIA DE PATERNIDAD-Requisitos consagrados en la Ley para su reconocimiento

El accionante reúne los requisitos previstos en el artículo 1° de la Ley 755 de 2002 para tener

derecho a la licencia remunerada de paternidad, a saber: (i) se encuentra afiliado a Salud Total E.P.S. desde el 2 de febrero de 2000, por lo que cumple con el mínimo de 100 semanas exigidas por la norma; (ii) su compañera, se encuentra afiliada a Cajanal E.P.S., por lo tanto la licencia de paternidad deberá ser de ocho días hábiles remunerados; (iii) solicitó a la E.P.S. accionada el reconocimiento de la licencia de paternidad el día 12 de noviembre de 2002, es decir, 6 días después del nacimiento de su hijo, con lo cual observó el término de 30 días previsto en la norma; y (iv) allegó a Salud Total E.P.S. copia del Registro Civil de Nacimiento del menor. Por lo anterior, la Sala ordenará a Salud Total E.P.S. el reconocimiento de la licencia remunerada de paternidad para proteger el derecho fundamental al cuidado y al amor del menor.

SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD-Orden para adoptar medidas para hacer efectiva protección de derechos fundamentales de menores desarrollados en la Ley 755/02

Referencia: expediente T-727696

Acción de tutela instaurada por William Quintero Alvarado contra Salud Total E.P.S.

Magistrado Ponente:

Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Bogotá, D.C., seis (6) de agosto de dos mil tres (2003).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en el proceso de revisión del fallo proferido por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Valledupar dentro del proceso de tutela instaurado por William Quintero Alvarado contra Salud Total E.P.S..

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

1.1. William Quintero Alvarado interpuso acción de tutela contra Salud Total E.P.S. el dieciséis (16) de diciembre de 2002 con el propósito de que se le protegieran sus derechos fundamentales a la seguridad social, a la dignidad humana, de petición y a la igualdad. Sostiene que desde 1998 convive con Carmen Cecilia González Sánchez, quien se encuentra afiliada a Cajanal E.P.S. desde 1995 y con quien tuvo un hijo el 7 de noviembre de 2002, razón por la cual solicitó a Salud Total E.P.S., primero oralmente y luego en forma escrita, por medio de un derecho de petición, que le expidiera la licencia de paternidad a la que hace referencia la Ley 755 de 2002. No obstante, dicha E.P.S. se negó a concedérsela con base en que dicha ley no ha sido reglamentada aún por el Gobierno Nacional. Solicita que se le reconozca la licencia de paternidad por 8 días hábiles, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 1° de la Ley 755 de 2002 y que se le dé respuesta a los derechos de petición interpuestos ante Salud Total E.P.S..

Anexa tres cartas dirigidas a Salud Total E.P.S. los días 12 de noviembre, 19 de noviembre y 11 de diciembre de 2002, en las cuales pide que se le reconozca la licencia de paternidad. Anexa también una sola carta de respuesta por parte de la accionada, fechada el día 13 de noviembre de 2002, en la cual se informa que Salud Total “no reconocerá ninguna licencia de paternidad de la Ley María por cuanto aun el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud no ha reglamentado ni presupuestado los recursos con los cuales será pagada dicha licencia y, a pesar de que la Ley entró en vigencia el 25 de julio de 2001, necesita ser reglamentada porque regula un derecho “prestacional” económico, que requiere de la asignación de recursos para su efectividad”¹.

1.2. La accionada no contestó la tutela de la referencia.

2. Decisiones de instancia

2.1 Correspondió al Juzgado Cuarto Civil Municipal de Valledupar conocer en primera instancia del proceso. En fallo proferido el veintitrés (23) de enero de dos mil tres, el a quo negó la tutela que se revisa en consideración a que la acción de tutela sólo procede para la protección de los derechos fundamentales y a que la controversia entre un afiliado y la E.P.S. a la que pertenece por la negativa de esta última de reconocer la licencia de paternidad, no es un asunto que deba ser del conocimiento de un juez constitucional.

2.2 El apoderado del accionante impugnó el fallo proferido por el a quo. Sostuvo que el Juez

Cuarto Civil Municipal de Valledupar no tuvo en cuenta que la decisión de la E.P.S. le genera un claro perjuicio irremediable, lo cual se pone de presente con que sólo una indemnización podría compensar la pérdida que le significaría no poder hacer uso de su licencia de paternidad en el momento actual y tener que esperar el resultado de un proceso laboral para que le sea reconocida.

2.3 Correspondió al Juzgado Primero Civil del Circuito de Valledupar conocer en segunda instancia de la tutela de la referencia. En fallo proferido el diez (10) de marzo del 2003, el ad quem confirmó el fallo del a quo. Señaló que la licencia de paternidad no tiene el carácter de derecho fundamental.

2.4 Por medio de auto del 25 de abril de 2003, la Sala Número Cuatro de Selección decidió seleccionar el presente proceso para su revisión por la Corte Constitucional y repartirlo a la Sala Tercera de Revisión de esta Corporación.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

La Corte Constitucional, a través de esta Sala, es competente para revisar las providencias proferidas por los jueces de instancia dentro del proceso de la referencia, en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política, y de conformidad con los artículos 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Aclaración previa

De lo manifestado por el peticionario y los documentos que obran en el expediente de tutela, se desprende que éste no ha podido aun disfrutar de la licencia remunerada de paternidad (folio 2) debido a que la entidad demandada se niega a reconocer y pagar la suma dineraria correspondiente a la remuneración por 8 días hábiles de trabajo establecidos por la ley como monto de la licencia cuando se reúnen las condiciones de tiempo de convivencia mínimo con la esposa o compañera permanente y de afiliación a una E.P.S. de éstas últimas por un término determinado. En atención a que el dicho del accionante no fue desvirtuado en ningún momento por la demandada, sino que la accionada manifiesta que no reconocerá ni pagará la licencia de paternidad hasta tanto la ley sea reglamentada, el juez de tutela ha

debido tener por ciertos los hechos relatados por aquel según lo dispuesto por el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991.

Con fundamento en lo anterior, la Corte entra a determinar si la negativa de cancelar la licencia remunerada de paternidad al actor por parte de la entidad prestadora de salud, debido a que la Ley 755 de 2002 no ha sido aun reglamentada, vulnera los derechos fundamentales del actor o los de su hijo recién nacido. Para contestar a este punto, la Corte deberá resolver los siguientes problemas

3. Problemas jurídicos

Los jueces de instancia se equivocan al sostener que no se presenta una vulneración de los derechos fundamentales cuando se niega el reconocimiento de la licencia de paternidad por parte de la entidad llamada a otorgar esta prestación (E.P.S.), debiendo el interesado acudir a los jueces ordinarios para presentar las acciones que sean del caso ante el incumplimiento de las obligaciones de orden legal por parte de las entidades de salud renuentes. Si bien la presente controversia involucra un presunto incumplimiento en el pago de una prestación dineraria establecida en el régimen de seguridad social cuya resolución corresponde a los jueces ordinarios, lo cierto es que los derechos fundamentales a la familia y al cuidado y al amor (artículo 44 C.P.) pueden verse irremediablemente afectados si la licencia remunerada de paternidad no se goza en el momento oportuno. En consecuencia, la Corte Constitucional en sede de revisión, deberá absolver los siguientes interrogantes:

(i) ¿Debe el juez de tutela reconocer la legitimación por activa de un padre para interponer la acción de tutela a favor de su hijo menor cuando aquel no ha invocado como vulnerados los derechos fundamentales de su hijo?

(ii) ¿Vulnera los derechos constitucionales fundamentales del menor la negativa de una E.P.S. a reconocer la licencia de paternidad consagrada en la Ley 755 de 2002 aduciendo su falta de reglamentación?

(iii) ¿Procede la acción de tutela para exigir el reconocimiento de la licencia de paternidad a una E.P.S. que se niega a otorgarla aduciendo la falta de reglamentación?

Para responder los anteriores problemas jurídicos la Corte se referirá en su orden a los

siguientes temas: 4. La legitimación del padre para defender los derechos fundamentales de los hijos menores de edad; 5. Estructura de los derechos fundamentales del menor a tener una familia, a no ser separado de ella, al cuidado y al amor; 6. Progresividad y exigibilidad de derechos fundamentales prestacionales; 7. Procedencia de la acción de tutela frente al no reconocimiento de la licencia de paternidad consagrada en la Ley María y vulneración de los derechos fundamentales; 8. Ordenes a impartir.

4. La legitimación del padre para defender los derechos fundamentales de los hijos menores de edad

4.1 Para la Corte es claro que el actor como representante legal de su hijo recién nacido está legitimado por activa para interponer acciones de tutela en defensa de los derechos fundamentales del menor de edad. Esto de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 10° del Decreto 2591 de 1991. En sentencia T-1025 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil, la Corte expuso sobre el particular: “En efecto, la citada disposición del Decreto 2591 de 1991 determina que: “la acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante (...)”². En estos términos, la Corte en Sentencia T-531 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, determinó que una de las formas típicas de legitimación en la causa por activa en los procesos de tutela, consiste en: “... la de su ejercicio por medio de representantes legales (caso de los menores de edad, los incapaces absolutos, los interdictos y las personas jurídicas)...”³.⁴

4.2 Ahora bien, el problema se presenta cuando el padre ejerce la acción de tutela a nombre propio, no siendo ello procedente por tratarse de derechos legales, en este caso a la licencia remunerada de paternidad, y no a nombre de su hijo menor, el beneficiario directo de la licencia de paternidad. En tal situación, en concepto de la Corte, el juez de tutela debe analizar la posible vulneración de los derechos fundamentales del menor, así ellos no hayan sido invocados. Ello en virtud de que el artículo 18 del Decreto 2591 de 1991 autoriza al juez que conozca de la solicitud para tutelar el derecho, “prescindiendo de cualquier consideración formal y sin ninguna averiguación previa, siempre y cuando el fallo se funde en un medio de prueba del cual se pueda deducir una grave e inminente violación o amenaza del derecho.” (Se subraya fuera de texto). Como lo ha expuesto recientemente esta Corporación, “el principio de informalidad también impone al juez el deber de interpretar la

demanda de tutela, protegiendo todos aquellos derechos fundamentales que el demandante o su abogado no identificaron adecuadamente, o cuya vulneración no fue técnicamente sustentada.”⁵

4.3 A la luz de la Constitución, la legislación y la jurisprudencia sobre la acción de tutela es deber del juez de tutela analizar si de los hechos relatados por el demandante se desprende una posible vulneración de los derechos fundamentales de un menor de edad así estos no hayan sido invocados y, en dado caso, reconocer la legitimación por activa de su representante legal. Así las cosas, los jueces de instancia no han debido simplemente denegar la acción de tutela presentada por el accionante, sino proceder a analizar oficiosamente, en el contexto de los hechos por él expuestos, si probablemente se presentaba una vulneración de los derechos fundamentales del hijo menor de edad del demandante.

4.4 En efecto, sorprende a la Corte la poca sensibilidad de los falladores de instancia al no percibir que el derecho a la licencia remunerada de paternidad, aunque de rango legal, es el mecanismo escogido por el legislador para realizar derechos fundamentales del menor, a saber los derechos a tener una familia y no ser separado de ella y al cuidado y al amor (artículo 44 de la Constitución), por lo que el no reconocimiento injustificado del derecho legal del padre afecta la realización de los derechos fundamentales del niño y puede constituir una vulneración de los mismos, lo cual es de relevancia en el procedimiento de protección judicial de los derechos fundamentales. Los jueces de instancia han debido, entonces, conocer el fondo del asunto sometido a su conocimiento, sin limitarse a aducir que el caso no era de relevancia constitucional.

5. Estructura de los derechos fundamentales a tener una familia, a no ser separado de ella, al cuidado y al amor

Los derechos fundamentales presuntamente vulnerados por la negativa de la E.P.S. demandada a reconocer la licencia de paternidad consagrada en el artículo 1 de la Ley 755 de 2002 o “Ley María”, son los derechos fundamentales a tener una familia, a no ser separado de ella, al cuidado y al amor, todos ellos consagrados en el artículo 44 de la Constitución Política.

5.1 Los titulares de estos derechos son todos los menores de 18 años (artículos 44 y 93 de la

Constitución, artículo 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño y artículo 165 del Código del Menor -D.2737 de 1989). En especial, el menor recién nacido es sujeto de especial protección dado el grado de dependencia e indefensión en el que se encuentra, a diferencia de menores de edad que ya gozan de un desarrollo físico, psicológico y emocional que les permita adoptar autónomamente algunas de sus decisiones sin la anuencia necesaria de sus padres.

5.2 Los obligados de los mencionados derechos son diversas personas, entre ellas, la familia (en especial los padres), la sociedad y el Estado. En efecto, el artículo 44 inciso 2 de la Constitución establece que los mencionados “tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos”. Así las cosas, una obligación constitucional compartida entre familia, sociedad y Estado de garantizar y realizar efectivamente los derechos de los menores.

Precisamente por tratarse de derechos fundamentales con multiplicidad de obligados se plantea una indeterminación en uno de los elementos de la estructura del derecho, a saber, de la cadena de obligados y su orden de prelación. La familia, la sociedad y el Estado son los llamados conjuntamente a cumplir con las obligaciones correlativas. Ya la concreción del alcance de las respectivas colocadas en cabeza de cada uno de los obligados es una decisión que corresponde al legislador, dentro del respeto del marco constitucional. La indeterminación del extremo de los obligados requiere entonces, en principio, la intervención del legislador, más aún cuando las prestaciones positivas necesarias para hacer efectiva la dimensión prestacional del derecho fundamental deben ser concretadas respetando los principios de solidaridad, igualdad y proporcionalidad de las cargas en la asignación de obligaciones para la realización de los derechos fundamentales.

Ahora bien, cuando el legislador delimita y precisa las obligaciones en cabeza de los constitucionalmente obligados a garantizar los derechos fundamentales del menor, se elimina el grado de indeterminación que, en principio, dificulta la exigibilidad judicial del derecho fundamental. La concreción de las referidas obligaciones ha tenido parcialmente lugar mediante la consagración de la licencia remunerada de paternidad, medio escogido por el Legislador para realizar progresivamente los derechos fundamentales a tener una familia, a no ser separado de ella, al cuidado y al amor del menor recién nacido. En efecto, el artículo 1 de la Ley 755 de 2002 dispuso lo siguiente:

“Artículo 1°. Modifícase el párrafo del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual quedará así:

La trabajadora que haga uso del descanso remunerado en la época del parto tomará las 12 semanas de licencia a que tiene derecho de acuerdo a la ley. El esposo o compañero permanente tendrá derecho a cuatro (4) días de licencia remunerada de paternidad, en el caso que sólo el padre esté cotizando al Sistema General de Seguridad Social en Salud. En el evento en que ambos padres estén cotizando al Sistema General de Seguridad Social en Salud, se concederán al padre ocho (8) días hábiles de licencia remunerada de paternidad.

Esta licencia remunerada es incompatible con la licencia de calamidad doméstica y en caso de haberse solicitado esta última por el nacimiento del hijo, estos días serán descontados de la licencia remunerada de paternidad.

La licencia remunerada de paternidad sólo opera para los hijos nacidos de la cónyuge o de la compañera permanente. En este último caso se requerirán dos (2) años de convivencia.

El único soporte válido para el otorgamiento de licencia remunerada de paternidad es el Registro Civil de Nacimiento, el cual deberá presentarse a la EPS a más tardar dentro de los 30 días siguientes a la fecha del nacimiento del menor.

La licencia remunerada de paternidad será a cargo de la EPS,⁶ para lo cual se requerirá que el padre haya estado cotizando efectivamente durante las cien (100) semanas previas al reconocimiento de la licencia remunerada de paternidad.

Se autorizará al Gobierno Nacional para que en el caso de los niños prematuros y adoptivos se aplique lo establecido en el presente párrafo.”

De esta forma, el legislador consideró que la sociedad, por vía de las Empresas Prestadoras de Salud que hacen parte del Sistema General de Seguridad Social en Salud establecido en la Constitución y desarrollado por la Ley 100 de 1993 y decretos reglamentarios, eran las entidades llamadas a asumir la carga del reconocimiento de la licencia de paternidad. Tal determinación fue acusada de inconstitucionalidad y declarada, con relación a los cargos de la demanda, exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-152 de 2003. Dijo la Corte en esta oportunidad:

“En la regulación del régimen de licencias por el nacimiento de un menor el legislador goza de una discrecionalidad que, no siendo absoluta dada su limitación por otras normas constitucionales, sí implica un margen suficiente de configuración de la política pública con miras a establecer la estructura, la organización y el funcionamiento del sistema de seguridad social, en especial la determinación de las personas o entidades encargadas del cubrimiento de una determinada prestación.”⁷

5.3 Finalmente, en lo que respecta al objeto de los referidos derechos (y de las obligaciones correlativas), al igual que la generalidad de los derechos, tales derechos tienen tanto una dimensión negativa como una positiva. Ello porque no sólo prohíben actuaciones que desconozcan la relación protegida por el derecho, por ejemplo la violencia, maltrato o el abandono, sino también omisiones que impliquen el desconocimiento de las obligaciones positivas correlativas, a saber, todas aquellas acciones necesarias para procurar la protección y el cuidado indispensables para el sano desarrollo físico, afectivo, intelectual y moral del menor.

Al igual de lo que sucede con los múltiples obligados, el objeto de los derechos, en particular el alcance de las obligaciones correlativas de cuyo cumplimiento depende la efectividad del derecho, también “adolesce” de indeterminación que dificulta su exigibilidad. Es por ello que el legislador, como órgano de representación popular, al igual que con el orden de prelación de los obligados, debe precisar el alcance de las obligaciones asignadas a los diversos obligados, todo ello con miras a garantizar la realización del derecho. En el presente caso, tal indeterminación ha sido eliminada por el legislador al establecer en el artículo 1 de la Ley María al condicionar la licencia remunerada de paternidad a los siguiente:

- a) cotización del padre al Sistema General de Seguridad Social en Salud, caso en el cual la licencia remunerada de paternidad es de cuatro (4) días hábiles; o cotización de ambos padres, caso en el que de licencia remunerada de paternidad es de ocho (8) días hábiles;
- b) incompatibilidad de la licencia remunerada de paternidad con la licencia por calamidad doméstica;
- c) exclusividad de la licencia remunerada de paternidad para hijos nacidos de la cónyuge o

de la compañera permanente con la cual se ha convivido mínimo dos (2) años;

d) presentación del Registro Civil de Nacimiento como único soporte válido para el otorgamiento de licencia remunerada de paternidad

e) presentación de la solicitud de licencia remunerada de paternidad a la EPS a más tardar dentro de los 30 días siguientes a la fecha del nacimiento del menor;

f) cotización efectiva del padre durante las cien (100) semanas previas al reconocimiento de la licencia remunerada de paternidad.

De las anteriores condiciones establecidas por la ley para el reconocimiento de la licencia de paternidad, la primera (a) y la última (f) sirven a la delimitación del alcance de las obligaciones que contribuyen a la realización de los derechos fundamentales: si el padre ha cotizado al Sistema General de Seguridad Social en Salud durante las 100 semanas previas al nacimiento de su hijo tiene derecho a cuatro días de licencia remunerada, mientras que si la cónyuge o compañera también cotiza la licencia remunerada se extiende a ocho (8) días hábiles. Tal ha sido la decisión del legislador al distribuir las cargas resultantes de la determinación de las prestaciones positivas para la realización de los derechos fundamentales a tener una familia, a no ser separado de ella, al cuidado y al amor del recién nacido.

6. Progresividad y exigibilidad de las prestaciones necesarias para el goce efectivo de derechos fundamentales

6.1 Pese a lo anterior, la E.P.S. demandada –titular de la obligación asignada a tales entidades y delimitada en sus alcances por ley–, en contestación a la solicitud del petente se opuso al reconocimiento del derecho a la licencia remunerada de paternidad, con el consecuente aplazamiento del disfrute de derechos fundamentales, aduciendo que la mencionada Ley 755 de 2002 aun no ha sido reglamentada ni se han presupuestado los recursos con los cuales será pagada dicha licencia legal. De esta forma, la entidad demandada opone a la exigibilidad por vía de la justicia constitucional de la prestación a su cargo la presunta ausencia de reglamentación de la obligación legal a ella asignada, en especial la omisión legislativa en lo referente a la apropiación y destinación de los recursos necesarios para financiar tal prestación, ello pese a la exigencia de la cotización previa por

parte del titular del derecho de mínimo cien (100) semanas al Sistema General de Seguridad Social en Salud. Según la demandada, hasta tanto no estuvieran debidamente presupuestados los recursos dirigidos a costear el pago de la referida licencia de paternidad, el mencionado derecho a la licencia, así como los derechos constitucionales fundamentales que por su intermedio se realizan, no es exigible.

6.2 Corresponde entonces a la Corte Constitucional determinar si se vulneran los derechos fundamentales del menor, concretados en el derecho legal del padre a gozar de la licencia remunerada de paternidad cuando se cumplen las condiciones establecidas en la ley, por la negativa de la E.P.S. demandada a reconocer dicha licencia con fundamento en su falta de reglamentación.

6.3 Esta Corte ya ha abordado en el pasado el análisis del desarrollo progresivo (también llamado programático) del carácter prestacional de los derechos fundamentales, para dejar en claro que la progresividad y la necesidad de reglamentación de un derecho no es argumento válido a oponer en contra de su exigibilidad en determinadas circunstancias.

Cabe reiterar que todo derecho fundamental presenta dos dimensiones: una negativa o de abstención que impide a otras actuaciones que vulneren el contenido del derecho; y una positiva o de acción que exige de otras actuaciones necesarias para el goce efectivo del contenido del derecho. Lo anterior no sólo vale para los derechos sociales –por lo general presentados impropriamente como los únicos derechos prestacionales–, sino para todos los derechos, sean ellos civiles, políticos, económicos o culturales. Ello porque todos los derechos tienen –si han de ser realmente efectivos– una dimensión prestacional, puesto que ellos no consisten en el mero título, sino en su goce efectivo (artículo 2 C.P.), el cual supone actuaciones normativas y fácticas de la sociedad y del estado para garantizar los derechos, lo cual tiene siempre un costo. Cabe a este respecto recordar lo afirmado por la Corte en anterior ocasión respecto de un típico derecho de libertad, el derecho civil a la libertad de locomoción:

“Tradicionalmente la doctrina identificaba las libertades básicas con derechos negativos o de abstención. El Estado sólo estaba obligado a no impedir el goce y ejercicio de las libertades de la persona, sin que fuera concebible hablar de una dimensión prestacional de las libertades. No obstante, actualmente se reconoce que incluso las libertades más clásicas

como el derecho a la libre locomoción o a la libre expresión presuponen prestaciones materiales que hacen posible su ejercicio. En la sociedades modernas, donde el uso de la libertad individual depende de acciones y prestaciones públicas –servicio público de transporte, de telecomunicaciones, de salud, etc– y donde la seguridad personal cuesta, no es posible sostener la tesis del carácter negativo de las libertades básicas. Por el contrario, la infraestructura necesaria para hacer posible el ejercicio de las libertades fundamentales, los derechos de defensa y debido proceso o los derechos políticos, requiere de grandes erogaciones económicas y de la actuación permanente y coordinada por parte del Estado. La fuerza pública, la administración de justicia y la organización electoral, aunque parezcan obvias en un Estado de derecho, constituyen la dimensión prestacional de las libertades básicas.”⁸

6.3.1 El desarrollo progresivo de un derecho no puede ser argumento general válido para oponerse a su exigibilidad. Esto porque el principio de inmunidad de los derechos fundamentales impide que su realización acabe dependiendo de la simple mayoría legislativa. En efecto, ha sostenido la Corte en relación con el mencionado principio:

“La ausencia de desarrollo legislativo de los derechos constitucionales no puede significar el aplazamiento o recorte de los derechos que, por su naturaleza, requieren de la actuación de las autoridades públicas para asegurar su cumplimiento. (...) Lo contrario significaría que la realización de los derechos constitucionales estaría librada a la contingencia de las fuerzas políticas del momento, lo que desdice de su carácter de derechos. Así, el principio de inmunidad de los derechos sustrae a éstos de la libre disposición por parte de las mayorías.”⁹

6.3.2 La anterior doctrina fue reiterada en el caso del acceso de discapacitados físicos al sistema de transporte masivo de Bogotá (Caso Transmilenio). En dicha ocasión la Corte hizo compatible la progresividad y la exigibilidad de los derechos fundamentales en lo que respecta a su dimensión prestacional en el siguiente sentido:

“La gradualidad de la prestación positiva de un derecho no impide que se reclame su protección por vía judicial cuando la omisión en el cumplimiento de las obligaciones correlativas mínimas coloca al titular del derecho ante la inminencia de sufrir un daño

injustificado. (...). La urgencia de la situación en la que se encuentra la persona activa la exigibilidad judicial del derecho respecto de la prestación cuyo cumplimiento es necesario para evitar un perjuicio irremediable. El criterio de la urgencia torna objetiva y judicialmente reconocible la necesidad de ejecutar de forma inmediata la prestación que, de otra forma, permanece dentro de la esfera decisoria del obligado en los términos anteriormente señalados en este providencia.¹⁰

(...)

El que una prestación amparada por un derecho sea de carácter programático no quiere decir que no sea exigible o que eternamente pueda incumplirse. La libertad de locomoción, en su faceta prestacional, es un derecho constitucional que al igual que los demás debe ser respetado desarrollado y garantizado, máxime si es para remover los obstáculos que impiden el acceso a una persona discapacitada al sistema de transporte de su ciudad con el fin de alcanzar la igualdad real y efectiva (artículo 13, CP).

Así entendida la progresividad adquiere su pleno alcance constitucional. Tomar los derechos en serio exige, también, tomar la progresividad en serio, como lo han precisado los organismos internacionales competentes.¹¹ En primer lugar, la progresividad se predica del goce efectivo del derecho y por lo tanto, no justifica excluir grupos de la sociedad de la titularidad del mismo. (...). En segundo lugar, la progresividad de ciertas prestaciones protegidas por un derecho requiere que el Estado incorpore en sus políticas, programas y planes, recursos y medidas encaminadas a avanzar de manera gradual en el logro de las metas que el propio Estado se haya fijado con el fin de lograr que todos los habitantes puedan gozar efectivamente de sus derechos. En tercer lugar, el Estado puede a través de sus órganos competentes definir la magnitud de los compromisos que adquiere con sus ciudadanos con miras a lograr dicho objetivo y, también, puede determinar el ritmo con el cual avanzará en el cumplimiento de tales compromisos. Sin embargo, estas decisiones públicamente adoptadas deben ser serias, por lo cual han de estar sustentadas en un proceso decisorio racional que estructure una política pública susceptible de ser implementada, de tal manera que los compromisos democráticamente adquiridos no sean meras promesas carentes de toda vocación de ser realizadas. Así, cuando tales compromisos han sido plasmados en leyes y representan medidas indispensables para asegurar el goce efectivo de derechos fundamentales, los interesados podrán exigir por vía judicial el

cumplimiento de las prestaciones correspondientes.”¹²

6.3.3 En el presente caso, la Corte encuentra que dictada la Ley 755 de 2002 por el Congreso de la República, precisamente para dar desarrollo al artículo 44 de la Constitución y garantizar, por vía del reconocimiento del derecho a la licencia remunerada de paternidad en los casos y bajo las condiciones establecidos en dicha normatividad, los compromisos constitucionales, de carácter prestacional, han adquirido la concreción suficiente para gozar de plena efectividad. Ello porque los elementos del derecho fundamental del menor (artículo 44 de la Constitución), desarrollado mediante el reconocimiento legal de un derecho paterno a ser licenciado durante varios días hábiles sin pérdida de su remuneración con el fin de prodigar el cuidado y el amor que el recién nacido requiere, han sido suficientemente precisados para hacerse judicialmente exigibles, a saber las entidades obligadas –las empresas prestadoras de salud a la que se encuentren afiliados los titulares del derecho a la licencia– y por el monto de la obligación (cuatro u ocho días hábiles de remuneración) en caso de que se cumplan las condiciones establecidas en la ley.

La Corte no desconoce que la decisión del legislador de asignar a las empresas prestadoras de salud el pago de la licencia de paternidad implica la generación de costos adicionales para éstas, razón por la cual también se pronunciará sobre este aspecto (ver infra acápite 8.3). El legislador optó por aprovechar la capacidad operativa de estas entidades para radicar en ellas la responsabilidad del reconocimiento de dicha prestación. Entre estos extremos, el legislador ejerció la potestad de configuración legislativa ponderando entre las ventajas de descentralizar en cabeza de todas las entidades prestadoras de salud el pago del beneficio legal y las cargas que tal decisión implicaba para un sector específico de la sociedad. En dicha ponderación el legislador optó por asegurar la inmediatez del reconocimiento de la prestación, aprovechando la infraestructura logística existente para ello. Dado que nada estableció la ley sobre la reposición de los costes correspondientes al reconocimiento de la prestación en caso de cumplimiento de las condiciones legales, limitándose a establecer que la “licencia remunerada de paternidad será a cargo de la E.P.S.”, no puede supeditarse la decisión legislativa, amparada por la presunción de constitucionalidad, a que un reglamento defina un tema de controversia. Por otra parte, el reglamento de la ley –que aduce la demandada aún debe ser expedido– no tiene la capacidad de condicionar la aplicación de la misma. Lo democrático en el presente caso es la decisión legal, la cual define la obligación –respecto de su titular y alcance–, no la reglamentación por vía administrativa posterior que

en nada puede condicionar el goce efectivo del derecho constitucional que con la concreción legal de la obligación busca asegurarse.

Por lo mismo, el argumento de la demandada, en el sentido de que la referida obligación no es exigible hasta tanto no se reglamente la Ley María, en particular hasta tanto no se presupuesten los recursos necesarios para cancelar la licencia legal, no es atendible. El desequilibrio económico de la E.P.S por el pago de la licencia remunerada de paternidad con cargo a sus propios recursos, en caso de presentarse, así como la constitucionalidad y legalidad de la decisión legislativa de distribuir las cargas sociales en la forma que se determinó en el artículo 1 de la Ley 755 de 2002, son cuestiones que las entidades obligadas tendrán que debatir ante las instancias correspondientes, y por los procedimientos disponibles, sin que su desacuerdo con la decisión legislativa pueda ser tomado en cuenta como argumento válido y suficiente para oponerse al reconocimiento efectivo de la tantas veces mencionada licencia de paternidad.

7. Procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio ante el no reconocimiento de la licencia de paternidad consagrada en la Ley María. Vulneración de los derechos fundamentales del menor

7.1 La Ley 755 de 2002 no previó medio de defensa judicial alguno para el caso del incumplimiento de las entidades obligadas al pago de la licencia de paternidad que pueda conllevar la vulneración de los derechos fundamentales del menor. No obstante, siendo condición para el reconocimiento de la licencia de paternidad que el respectivo padre haya cotizado como mínimo cien (100) semanas en la E.P.S., se presume la existencia de un vínculo entre el beneficiario de salud y la entidad prestadora de salud, relación que en virtud de la ley incluye una nueva prestación, a saber, el derecho a la mencionada licencia cuando se cumplen los requisitos legales para su reconocimiento. En caso de incumplimiento de la obligada, el directamente afectado dispone de los medios judiciales ordinarios, dependiendo de la naturaleza privada o pública de la entidad demandada, para hacer valer sus derechos legales.

A la luz de lo anterior, en principio la acción de tutela no es procedente para exigir el cumplimiento de derechos legales. No obstante, como la Corte lo ha mostrado arriba, el medio escogido por el Legislador para hacer efectivo un derecho fundamental del menor ha

sido la consagración del derecho legal del padre a la licencia remunerada para el caso del alumbramiento. Es por ello que si bien la acción de tutela no es procedente para proteger los derechos legales del padre, si podría serlo para proteger los derechos fundamentales del hijo.

En este contexto cabe preguntarse si la acción de tutela es procedente como mecanismo principal para la defensa de los derechos fundamentales del menor a cuyo padre le han negado indebidamente el reconocimiento de la licencia de paternidad. La Corte observa que existe un vacío legal con respecto a un mecanismo eficaz específico para la protección del derecho fundamental al cuidado y al amor del menor de edad con respecto al goce del derecho a la licencia de paternidad. Corresponde entonces al Legislador adoptar las medidas necesarias tendientes a consagrar un medio judicial eficaz, ágil y oportuno, para garantizar el aseguramiento de este derecho fundamental en caso de incumplimiento de las disposiciones legales.

Estima la Corte que el medio de defensa judicial disponible para hacer efectivo los derechos fundamentales del menor lo constituyen las acciones ordinarias que el padre puede emprender para el reconocimiento de la licencia de paternidad por la entidad renuente. En caso de no obtenerse un reconocimiento pronto y oportuno de la licencia remunerada de paternidad se estaría vulnerando inevitablemente los derechos fundamentales del menor a tener una familia, a no ser separado de ella, al cuidado y al amor, puesto que la licencia remunerada de paternidad busca precisamente permitir que el padre acompañe al menor recién nacido y le prodigue el cuidado y el amor en esta temprana etapa de la vida, así como que el menor tenga una familia y no sea separado de ella, en este caso mediante la ausencia obligada del padre que requiere de ingresos monetarios y no puede dejar de trabajar salvo que se le reconozca la licencia remunerada de paternidad. De no garantizarse tal presencia en forma inmediata se estarían simplemente desconociendo los derechos a tener una familia, a no ser separado de ella, al cuidado y al amor del recién nacido ya que una licencia de paternidad reconocida años después del nacimiento al finalizar un largo proceso ordinario ocasiona un perjuicio irremediable al menor, a saber, un daño irremediable, e inminente cuya prevención exige medidas urgentes que hacen que la acción de tutela sea impostergable.¹³

7.2 En el presente caso se configura una vulneración de los derechos fundamentales del

menor a tener una familia, a no ser separado de ella, al cuidado y al amor consagrados en el artículo 44 de la Constitución. La afectación de los mencionados derechos surge de la omisión de la demandada en reconocer el pago de la licencia remunerada de paternidad. Esto porque el actor es un trabajador cuyo salario como empleado del Banco de Colombia (folio 1) es factor determinante de su presupuesto familiar, a quien no le es posible prescindir de la remuneración equivalente a los 8 días hábiles de licencia de paternidad a que tiene derecho por ley por llenar los requisitos de tiempo de cotización y de convivencia con su compañera permanente (folio 2), hechos no desvirtuados en el proceso de tutela. La conducta del actor al procurar en tres oportunidades que la demandada reconociera la licencia remunerada de paternidad, como otras E.P.S.s. lo han venido haciendo en cumplimiento de la Ley María, permite dar por cierto que carece de los recursos económicos para tomar la licencia de paternidad que la ley le reconoce sin esperar a recibir la remuneración correspondiente. De lo expuesto por el actor se deduce que éste no ha disfrutado de la licencia de ocho días hábiles ni ha estado con su hijo ante la imposibilidad de financiarse dicho término de tiempo sin percibir remuneración, en este caso por la renuencia de la demandada a realizar el respectivo pago ordenado por la ley. Este comportamiento impone al menor una carga que no está obligado a soportar por el solo hecho de depender su padre de sus ingresos laborales. Adicionalmente, la conducta omisiva de la demandada no constituye una razón suficiente que justifique el no cumplimiento de la obligación impuesta por la Ley María en cabeza de las E.P.S.s cuando se han cumplido plenamente los requisitos establecidos en la misma.

En el presente caso, la renuencia de la demandada a cancelar la licencia remunerada de paternidad vulnera los derechos fundamentales a tener una familia, a no ser separado de ella, al cuidado y al amor del menor WILLIAM ANDRÉS QUINTERO GONZÁLEZ, hijo del peticionario. Esto porque la carencia de medios económicos adicionales que permitieran al padre financiarse el goce de la licencia laboral dentro del año siguiente al nacimiento de su hijo, dificulta en grado extremo la realización de los mencionados derechos fundamentales, hasta el punto de que pasados varios meses el padre del menor no ha disfrutado plenamente de tal licencia. No resulta razonable que por tener el padre que acudir a la justicia ordinaria para el cobro de la remuneración a la que tiene derecho en virtud de la Ley María, el recién nacido se vea privado de la presencia de su progenitor y el goce de sus derechos fundamentales a tener una familia, a no ser separado de ella, al cuidado y al amor se vea aplazado hasta la conclusión de la controversia económica subyacente.

En consecuencia, la Sala encuentra acreditadas la vulneración de los derechos fundamentales a tener una familia, a no ser separado de ella, al cuidado y al amor del hijo del actor, así como la existencia de un perjuicio irremediable derivado de la negativa de la demandada a reconocer al accionante el derecho a la licencia remunerada de paternidad, por lo que procederá a conceder la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales del hijo del petente.

8. Ordenes a impartir

8.1. El accionante reúne los requisitos previstos en el artículo 1° de la Ley 755 de 2002 para tener derecho a la licencia remunerada de paternidad, a saber: (i) se encuentra afiliado a Salud Total E.P.S. desde el 2 de febrero de 2000, por lo que cumple con el mínimo de 100 semanas exigidas por la norma;¹⁴ (ii) su compañera, se encuentra afiliada a Cajanal E.P.S., por lo tanto la licencia de paternidad deberá ser de ocho días hábiles remunerados; ¹⁵ (iii) solicitó a la E.P.S. accionada el reconocimiento de la licencia de paternidad el día 12 de noviembre de 2002, es decir, 6 días después del nacimiento de su hijo, William Andrés Quintero González, con lo cual observó el término de 30 días previsto en la norma;¹⁶ y (iv) allegó a Salud Total E.P.S. copia del Registro Civil de Nacimiento del menor.¹⁷ Por lo anterior, la Sala ordenará a Salud Total E.P.S. el reconocimiento de la licencia remunerada de paternidad¹⁸ para proteger el derecho fundamental al cuidado y al amor del menor, William Andrés Quintero González.

8.2 En aplicación del artículo 24 del Decreto 2591 de 1991, la Corte procederá a advertir a la demandada que deberá abstenerse en el futuro de realizar la conducta que dio lugar a la vulneración de los derechos fundamentales del menor en el presente caso.

8.3 La Corte observa que podría, eventualmente, llegar a presentarse un desequilibrio económico para las E.P.S.s al crearse a su cargo la nueva obligación de pago de la licencia remunerada de paternidad. No obstante, ello no justifica desconocer los derechos fundamentales de los menores ni incumplir obligaciones legales. En cambio, corresponde al Congreso de la República y a los órganos de regulación analizar si se presenta este desequilibrio y, de existir, resolver expresamente cómo sería compensado o cubierto. La Corte constata que en la Ley 812 de 2003, por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado Comunitario”, se incluyó una norma¹⁹ para tratar

este tema, sin que la ausencia de ésta justificara, como ya se dijo, el desconocimiento de la Constitución y la ley.

Ahora bien, la eventual omisión en el ejercicio de una competencia del órgano de regulación –en este caso, según la EPS, el Consejo Nacional de Seguridad Social y Salud– tampoco justifica el desconocimiento de un derecho fundamental por parte de la accionada, una EPS obligada en virtud de una ley, vigente y declarada exequible, a reconocer y pagar una prestación de la cual depende el goce efectivo de dicho derecho. El que el goce de un derecho cueste dinero, no le quita a éste su carácter de fundamental ni lo relega a la categoría de garantía formal sin materialización concreta y real. Sin embargo, el costo de éste derecho, según lo alegado por la EPS, puede tener implicaciones sobre el sistema de seguridad social en su conjunto a medida que se acumulen solicitudes de licencias de paternidad. Además, en aras del cumplimiento del mandato del artículo 2 de la Constitución, es preciso evitar que en el futuro otros menores cuyos padres estén afiliados a las EPS accionada, no puedan gozar efectivamente de sus derechos fundamentales, con el argumento de que la ley no ha sido debidamente reglamentada en punto a la fuente de financiación del reconocimiento concreto de la dimensión prestacional del derecho fundamental de los menores tutelados en el presente fallo. Estas consideraciones, así como la facultad del juez de tutela de impartir órdenes para impedir que continúen o se repitan las violaciones a un derecho fundamental (artículo 24 del Decreto 2591 de 1991), llevan a la Corte a la conclusión de que es indispensable asegurar que se vigile el cumplimiento de los mandatos constitucionales y de las obligaciones legales. Por eso corresponde a la Superintendencia Nacional de Salud adoptar las medidas de su competencia de tal manera que los padres no tengan que acudir a la justicia –por vía ordinaria o por vía de tutela– a exigir el respeto de la Constitución y a reclamar el goce efectivo de los derechos de sus menores recién nacidos, y así se ordenará.

III. DECISIÓN

Decide la Corte que vulnera los derechos fundamentales del recién nacido la EPS legalmente obligada a reconocer y pagar la licencia remunerada de paternidad que se niega a hacerlo invocando la ausencia de reglamentación de una obligación creada en la ley y de la distribución de los costos correspondientes.

RESUELVE

Primero.- REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Valledupar el veintitrés (23) de enero de dos mil tres (2003), en el cual se negó la tutela interpuesta por William Quintero Alvarado contra Salud Total E.P.S..

Segundo.- CONCEDER, como mecanismo transitorio, al menor William Andrés Quintero González, por intermedio de su padre en calidad de representante legal, la tutela de sus derechos fundamentales a tener una familia, a no ser separado de ella, al cuidado y al amor.

Tercero.- Como consecuencia del numeral anterior, ORDENAR a Salud Total E.P.S. que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del fallo, si no lo ha hecho, reconozca y pague a William Quintero Alvarado, padre del menor beneficiario de la presente decisión de tutela, la licencia remunerada de paternidad, conforme con lo previsto en el artículo 1° de la Ley 755 de 2002.

Cuarto.- PREVENIR a Salud Total E.P.S., de acuerdo con el artículo 24 del Decreto 2591 de 1991, para que en el futuro se abstenga de negar el reconocimiento de licencias de paternidad cuando se han cumplido los requisitos de ley establecidos para ello.

Quinto.- ORDENAR a la Superintendencia Nacional en Salud que adopte las medidas a que haya lugar para hacer efectiva la protección de los derechos fundamentales de los menores desarrollados por la Ley 755 de 2002 y amparados en esta sentencia.

Sexto.- Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado Ponente

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Cfr. folio 8 del expediente.

2 Subrayado por fuera del texto original.

3 Subrayado por fuera del texto original.

5 Sentencia T-520 de 2003, M.P. Rodrigo Escobar Gil (En esta ocasión la Corte ordenó la suspensión temporal de un proceso ejecutivo seguido contra la persona de un secuestrado y su familia por incumplimiento de las obligaciones de pago de un crédito bancario. Para llegar a tal decisión la Corte tuvo previamente que determinar el alcance del deber oficioso del juez de tutela de proteger los derechos fundamentales cuando la acción de tutela es interpuesta mediante apoderado).

6 La expresión subrayada fue demandada por inconstitucional con el argumento de que vulnera el derecho a la igualdad, puesto que la licencia de maternidad se financia a cargo del Fosyga, con recursos diferentes a los que las EPS administran mientras que la norma acusada obliga a las EPS a pagar la licencia de paternidad directamente sin razón alguna que justifique dicho trato discriminatorio. La Sala Plena de la Corte Constitucional desechó la demanda y declaró exequible la mencionada disposición mediante sentencia C-152 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. (En esta ocasión la Corte declaró exequible la expresión “La licencia remunerada de paternidad será a cargo de la EPS” contenida en el inciso quinto del artículo 1° de la Ley 755 de 2002, por los motivos examinados en esta sentencia, específicamente por vulneración del derecho a la igualdad).

7 Sentencia C-152 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

8 Sentencia T-595 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. (En esta ocasión la Corte tuteló los derechos a la libertad de locomoción y a la igualdad de una persona que, en razón

a su discapacidad y la ausencia de condiciones de acceso para personas como él, se le dificultaba en extremo acceder al transporte público (Transmilenio); la Corte ordenó, entre otras medidas, que en el término máximo de dos años se diseñara y pusiera en funcionamiento un plan orientado a garantizar el acceso del accionante al Sistema de transporte público básico de Bogotá.)

9 Sentencia C-1064 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. (En esta ocasión la Corte declaró la exequibilidad del artículo 2° de la Ley 628 de 2000, condicionada a que, entre otras cosas, los salarios de los servidores públicos que sean inferiores al promedio ponderado de los salarios de los servidores de la administración central, sean aumentados cada año en un porcentaje que, por lo menos, mantenga anualmente su poder adquisitivo real.)

10 En la sentencia T-1279/01 (M.P. Manuel José Cepeda) se consideró a cerca del derecho a la salud que: “(...) el legislador determinó que enfermedades que no afectan de manera grave la salud de la persona deben ser costeadas por ella misma o su familia, sin que para ello pueda pretenderse la participación en los recursos destinados a combatir otras enfermedades de mayor entidad para el individuo y de mayor relevancia social, a juicio de los órganos democráticos habilitados para fijar las prioridades de la política pública de salud. Sin embargo, en reiteradas ocasiones la Corte ha sostenido que una persona tiene derecho a recibir una prestación específica así ésta haya sido excluida del POS cuando ello es necesario para evitar perjuicios graves a otros derechos fundamentales, en especial para evitar el desconocimiento del derecho a la vida o a la integridad del accionante. En esta hipótesis el ámbito de la protección del derecho a la salud se expande más allá de los límites que se le han fijado en virtud del POS. Pero la Corte debe apreciar caso por caso si ello es así.”

11 Los alcances de las obligaciones estatales relativas a prestaciones de desarrollo progresivo han sido precisados en el campo de los derechos sociales por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas al interpretar el Pacto Internacional sobre la materia, en especial su artículo 2 (1) que dice: “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”. Por ejemplo el concepto de

progresividad como obligación de lograr el máximo nivel de protección posible y de avanzar gradualmente hacia esa meta, fue desarrollado ampliamente en relación con la salud (artículo 12 del Pacto) en la “Observación General N° 14 relativa al disfrute del más alto nivel de salud (11 de mayo de 2000, Período N° 22 de sesiones). En un plano más general, sobre la índole de las obligaciones de los Estados Partes frente a la progresividad, ver “Observación General N° 3 del ECOSOC” (Quinto Período de Sesiones, 1990, E/lg 91/23), en especial el párrafo 9. Cabe destacar que en la Convención Americana sobre Derechos Humanos también se recoge el principio de “desarrollo progresivo” con el fin de “lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas” en los instrumentos allí indicados (artículo 26). En un sentido más preciso y siguiendo el lenguaje del Pacto Internacional se puede ver el artículo 1 del Protocolo Adicional a la Convención en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que “el fundamento del principio de la realización progresiva de los derechos es que los gobiernos tienen la obligación de asegurar condiciones que, de acuerdo con los recursos materiales del estado, permitan avanzar gradual y constantemente hacia la más plena realización de tales derechos. Además, el desarrollo progresivo de los derechos no se limita a los económicos, sociales y culturales” (CIDH, Informe Anual, 1993, OEA/Ser. L/V/II.85 Doc. 8rev, 11 de febrero de 1994). No aborda la Corte Constitucional en esta oportunidad otros efectos del concepto de progresividad que no son relevantes para el caso, como por ejemplo el de si la progresividad impide que el Estado retroceda en algunos aspectos del nivel de protección que brindaba y en caso de que sea permitido el retroceso en algunos aspectos, cuáles son las condiciones en que éste es compatible con la Constitución.

12 Cfr. Sentencia T-595 de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

13 Sentencia T 462 de 1.999 MP Antonio Barrera Carbonell.

14 Cfr. folio 4 del expediente, en el cual hay copia del carné que lo identifica como afiliado a Salud Total desde el 2 de febrero de 2000.

15 Cfr. folio 4 del expediente, en el cual hay copia del carné que identifica a Carmen Cecilia González Sánchez como afiliada a Cajanal E.P.S.

16 Cfr. folio 7 del expediente.

17 Cfr. folio 6 del expediente.

18 Adicionalmente, la Sala encuentra que si bien la Corte Constitucional declaró la inexecutable de los apartes del artículo 1° de la Ley 755 de 2002 que limitaban la licencia de paternidad a quienes tuvieran un vínculo permanente con su respectiva compañera, el accionante afirma que convive con la madre del menor Quintero González desde el 4 de febrero de 1998. Así pues, cumplió también con este requisito, vigente en el momento en el cual Salud Total E.P.S. negó el reconocimiento de la licencia solicitada.

19 Ley 812 de 2003, Artículo 51. Licencia de paternidad. La licencia remunerada de paternidad de que trata la Ley 755 de 2002 será reconocida por la EPS y recobrada a la Subcuenta de Compensación del Fondo de Solidaridad y Garantía de acuerdo con las reglas y procedimientos previstos por las normas vigentes para la licencia de maternidad.