

Sentencia T-950/05

DERECHOS FUNDAMENTALES DEL NIÑO-Prevalencia/LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA-
Cualquier persona puede exigir el cumplimiento de los derechos de los niños/LEGITIMACION
POR ACTIVA EN TUTELA-Abuela en representación de nieto/INTERES SUPERIOR DEL MENOR-
Alcance

REGIMEN DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Afiliados a régimen contributivo o subsidiado y
participantes vinculados

CONSEJO NACIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Instrucción a las EPS y ARS para
garantizar la atención integral de recién nacidos/ENTIDAD PRESTADORA DE SALUD-Atención
médica a recién nacidos hijos de afiliadas/DERECHO A LA SALUD-Atención a niño menor de
un año por EPS

Referencia: expediente T-1123881

Acción de tutela interpuesta por Nubia del Rocío Arroyave Mejía y Diana Carolina Henao
Arroyave, en representación del menor Tomás Henao Arroyave, contra Coomeva E.P.S.

Magistrado Ponente:

Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Bogotá, D. C., nueve (9) de septiembre de dos mil cinco (2005).

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias
constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9,
de la Constitución Política y en el Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión de los fallos dictados, al resolver sobre la acción de tutela de
la referencia, por los juzgados 21 Civil Municipal de Medellín y 7 Civil del Circuito de la misma
ciudad.

I. ANTECEDENTES

1. Los hechos

Nubia del Rocío Arroyave Mejía se encuentra afiliada a Coomeva E.P.S. como cotizante y tiene a su hija Diana Carolina Henao Arroyave, de 17 años de edad¹, como beneficiaria del Sistema.

El 20 de diciembre de 2004 Diana Carolina Henao Arroyave dio a luz a Tomás Henao Arroyave.

Coomeva E.P.S. se niega a afiliarse al recién nacido al sistema y se ha negado a prestarle el servicio de salud por no tener afiliación alguna. Según el escrito de tutela, el menor requiere la práctica de un ecocardiograma y de un ecoencefalograma.

Tanto Diana Carolina como su hijo Tomás dependen económicamente de Nubia del Rocío Arroyave, quien trabaja en servicios generales y recibe como contraprestación un salario mínimo.

2. La acción de tutela interpuesta

Nubia del Rocío Arroyave Mejía, actuando como representante legal de su hija Diana Carolina Henao Arroyave, interpuso acción de tutela, en nombre de su nieto Tomás Henao Arroyave, con el fin de que le fueran protegidos los derechos de los niños, a la seguridad social y a la salud.

Solicita que se ordene a Coomeva E.P.S. afiliarse a su nieto como beneficiario en su núcleo familiar y que le practique los exámenes de ecocardiograma y ecoencefalograma, así como que le suministre la atención integral en salud que requiera.

Atendiendo la observación hecha por el juez de primera instancia, la menor Diana Carolina informó por escrito que, junto con su madre, actuaba como accionante dentro de la presente tutela².

3. Respuesta de la entidad prestadora de Salud

La apoderada de Coomeva E.P.S. manifiesta que Nubia del Rocío Arroyave Mejía se encuentra afiliada a esa entidad como cotizante y que tiene como beneficiaria a su hija Diana Carolina.

Afirma que no le ha sido negada la afiliación del hijo menor de la beneficiaria, sino que por tratarse de un beneficiario que no es directo sino adicional, conforme a lo dispuesto en el artículo 40 del Decreto 806 de 1998, es necesario que ello se haga en la forma legalmente establecida.

4. Pruebas

Obran en el expediente las siguientes:

4.1. Fotocopia del registro civil de nacimiento de Diana Carolina Henao Arroyave, donde consta que nació el 15 de julio de 1988 y es hija de Nubia del Rocío Arroyave Mejía y Gonzalo de Jesús Henao Palacio³.

4.2. Fotocopia del registro civil de nacimiento de Tomás Henao Arroyave, donde consta que nació el 20 de diciembre de 2004 y es hijo de Diana Carolina Henao Arroyave⁴.

4.3. Fotocopia de los carnés de Nubia del Rocío Arroyave Mejía y de Diana Carolina Henao Arroyave que las acredita como afiliadas a Coomeva E.P.S.⁵

4.4. En diligencia de declaración Nubia del Rocío Arroyave Mejía manifestó que cuando en la E.P.S. demandada atendieron el parto de su hija y cuando su nieto nació le ordenaron los exámenes mencionados en su tutela. Con esos recibos -expresó- se dirigió con su hija a pedir la autorización respectiva en Coomeva E.P.S. pero allí les dijeron que el niño no tenía atención por ser la madre beneficiaria. Agrega que a los ocho días de haber nacido el bebé le dio un paro cardiaco o respiratorio -no recuerda con exactitud-, motivo por el cual lo llevaron a Coomeva E.P.S. pero no lo atendieron por falta de afiliación.

Adujo que su hija no trabaja, que el papá del niño no lo reconoció y es ella quien los mantiene. Agregó que los exámenes son costosos, ella no posee recursos para sufragarlos y que hizo las averiguaciones para poder afiliar al menor a la entidad demandada, pero eso tiene un valor aproximado de \$90.000, dinero que no puede pagar porque tan sólo gana el salario mínimo.

Finalmente, indicó que intentó afiliar al niño a través del SISBEN en el régimen subsidiado pero en la Unidad intermedia de Santa Cruz le comunicaron que no era posible porque ella vive en estrato 36.

II. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN

Primera instancia

Mediante Sentencia proferida el 17 de febrero de 2005 el Juzgado 21 Civil Municipal de Medellín denegó el amparo propuesto.

Adujo que la accionada no ha vulnerado derecho alguno toda vez que el nieto de Nubia del Rocío Arroyave Mejía no se encuentra dentro del grupo familiar al cual, según la ley, se extiende la cobertura del servicio de salud. No obstante, el niño sí tendría la posibilidad de ser incluido como miembro dependiente de la afiliada, siempre que, conforme a lo dispuesto en el Decreto 806 de 1998, ésta pague un aporte adicional equivalente al valor de la Unidad de Pago por Capitación correspondiente. Trámite que no ha sido adelantado por las peticionarias.

Agregó que la actuación de la E.P.S. demandada es legítima en cuanto no puede desconocer las disposiciones legales y eximir a la señora Arroyave Mejía de cancelar dicho importe.

Segunda instancia

Impugnado el fallo correspondió conocer al Juzgado 7 Civil del Circuito de Medellín, despacho que, mediante sentencia del 14 de abril de 2005, lo confirmó con similares argumentos. Sin embargo, respecto a los exámenes médicos solicitados en el escrito de tutela, añadió que debido a que las interesadas no aportaron copia de su fórmula no es posible tampoco ordenar su práctica.

III. ACTUACIÓN ADELANTADA EN SEDE DE REVISIÓN

Con el fin de obtener mayores elementos de juicio para adoptar la decisión, mediante Auto del 2 de agosto del año en curso el Magistrado Ponente ordenó oficiar (1) a las accionantes con el fin de que remitieran las fórmulas médicas mediante las cuales le fueron ordenados los exámenes de ecocardiograma y ecoencefalograma al menor Tomás Henao Arroyave, informaran si para la fecha ya le fueron realizados los referidos exámenes al menor, si actualmente el niño tiene alguna cobertura médica y si para la fecha se le están prestando los servicios médicos, a cargo de qué entidad; (2) a Coomeva E.P.S. a fin de establecer el valor que debe cancelarse para afiliarse al menor afectado y si actualmente se le ha prestado

el servicio de salud, y (3) al Ministerio de la Protección Social y al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud con el fin de que comunicaran en qué consiste la atención integral que se brinda a los hijos de los beneficiarios del régimen contributivo y si se han adoptado medidas para reglamentar la prestación de dicha atención.

En respuesta se recibió lo siguiente:

1. Las peticionarias aportaron las órdenes médicas a través de las cuales se le formulan los exámenes al menor. Afirmaron que el ecocardiograma ya se le realizó a través de una obra social de la Fundación Clínica de las Américas, pero aún no se le practicado el ecoencefalograma.

Aseguraron que actualmente se le prestan al niño los servicios de urgencia, crecimiento y desarrollo, consulta externa y vacunación en el Centro de Salud del Sector y que fue encuestado “por el SISBEN en el nivel de SISBEN 1”.

2. Coomeva E.P.S. informó que el valor que debe cancelar la cotizante para afiliar a su nieto como beneficiario adicional es de \$84.107 y que “verificado en el sistema de Coomeva E.P.S. no se encontró afiliación del menor Tomás Henao Arroyave al Sistema de Seguridad Social en Salud por medio de Coomeva E.P.S.”.

3. La Jefe de la Oficina Asesora Jurídica y Apoyo Legislativo del Ministerio de la Protección Social manifestó que, conforme a la normatividad vigente, en el régimen contributivo los hijos de las madres beneficiarias menores de edad (nietos del afiliado cotizante) no hacen parte del grupo familiar del cotizante, razón por la cual y para obtener la prestación del servicio de salud es necesario afiliarlos a través de la figura del cotizante independiente.

Considera que en ese caso no opera la afiliación automática del recién nacido a la E.P.S. donde se encuentre afiliada su madre en calidad de beneficiaria, pero el menor puede ser afiliado o al régimen contributivo por el abuelo o abuela como cotizante independiente y pagando un aporte adicional equivalente al valor de la unidad de pago por capitación correspondiente según la edad y el género de la persona adicional, o puede afiliarse al régimen subsidiado si carece de capacidad de pago.

En el evento de no afiliarse en alguno de los regímenes señalados, puede ser atendido como

población pobre y vulnerable en servicios no cubiertos con subsidios a la demanda y con cargo a los recursos del subsidio a la oferta por el departamento, distrito o municipio en el que resida, según las competencias de la Ley 715 de 2000.

4. El Director General de Gestión de la Demanda, Grupo Plan de Beneficios del Ministerio de la Protección Social, por delegación de la Secretaría Técnica del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, aseguró que no existe una reglamentación específica o particular en el régimen contributivo, diferente a lo señalado en el artículo 62 del Decreto 806 de 1998, para la prestación integral en salud de los hijos de las beneficiarias (no cotizantes), y que para garantizar la atención de estos niños “el Ministerio de Salud reglamentó en los Decretos mencionados [806 de 1998 y 1703 de 2002] la posibilidad de incluirlos como afiliados adicionales al grupo familiar del cotizante. Cuando no hay capacidad de pago para cubrir la UPC adicional, tanto la madre cabeza de familia como sus hijos tienen prioridad para asignación de cupos en el Régimen Subsidiado si son clasificados en niveles 1 y 2 del Sisben para subsidios plenos y Sisben 3 para subsidios parciales”.

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

1. Problema jurídico

El problema jurídico que se plantea en esta oportunidad consiste en determinar si el hijo de una beneficiaria menor de edad, perteneciente al régimen contributivo, tiene derecho a la atención en salud por parte de la entidad promotora de salud a la cual se encuentra afiliada, y si, por consiguiente, la E.P.S. demandada le vulneró a Tomás Henao Arroyave sus derechos a la salud y a la seguridad social por negarse a prestarle los servicios de salud, bajo el argumento de que no se encuentra afiliado al régimen contributivo.

Para ello la Sala se referirá al carácter fundamental de los derechos de los niños, concretamente a la salud y a la seguridad social; al interés superior del menor y a la protección especial que garantiza la Carta Política a los menores de un año. No obstante, previamente hará una breve alusión a la legitimidad para interponer la acción de tutela en favor de los derechos de los niños.

2. Legitimación de la abuela para interponer la acción de tutela en nombre de su nieto

La acción de tutela fue interpuesta inicialmente por la abuela de Tomás Henao Arroyave pero el juez de primera instancia la inadmitió por considerar que quien estaba legitimada para incoarla era la madre del niño. Ante tal requerimiento, la madre Diana Carolina Henao Arroyave, menor de edad, manifestó por escrito que ella también accionaba en favor de su hijo.

Al respecto es importante recordar que cuando se trata de los derechos fundamentales de los niños, la Corte ha considerado que cualquier persona, ya sea natural o jurídica, puede acudir ante el juez de tutela para solicitar su protección⁷. En tal sentido basta con destacar en el escrito la ausencia de los representantes legales del menor, la circunstancia especial en que se encuentra el niño, o la inminencia del daño causado.

Los derechos fundamentales de los niños -ha dicho la Corte- prevalecen sobre los derechos de los demás, y ellos pueden verse afectados no sólo por la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular, sino por la actividad, la indolencia o la omisión de sus propios padres o tutores.

Así las cosas, en el presente caso no era necesario que la madre del niño cuyos derechos se consideraban afectados interpusiera directamente la acción, aún más teniendo en cuenta que se trata de una menor de edad.

3. Los niños, sujetos de especial protección en la Carta de 1991. Sus derechos a la salud y a la seguridad social son fundamentales

3.1. Los niños gozan de una protección especial en la Carta Política. En el artículo 44 C.P. se destaca el carácter especial y prevalente de sus derechos y se precisa su naturaleza fundamental. Dentro de los derechos allí consignados sobresalen la vida, la integridad física, la salud, la seguridad social, la alimentación equilibrada, el tener una familia y no ser separados de ella, la educación, la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. También se contempla que ellos gozarán de los demás derechos consagrados en la Constitución, las leyes y en los tratados internacionales.

Pero no sólo se reconoce a los niños la índole fundamental de sus derechos y su prevalencia sobre los derechos de los demás⁸, sino también la protección de la cual deben ser objeto. Por ello el Constituyente estableció el compromiso que tiene la familia, la sociedad y el Estado de

asistir y protegerlos a fin de garantizarles su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos⁹.

En efecto, los menores se hacen merecedores a una protección especial debido a “i) el respeto de la dignidad humana que, conforme a lo previsto en el Art. 1º de la Constitución, constituye uno de los fundamentos del Estado Social de Derecho colombiano; ii) su indefensión o vulnerabilidad, por causa del proceso de desarrollo de sus facultades y atributos personales, en su necesaria relación con el entorno, tanto natural como social, y, iii) el imperativo de asegurar un futuro promisorio para la comunidad, mediante la garantía de la vida, la integridad personal, la salud, la educación y el bienestar de los mismos”¹⁰.

3.2. La Corte ha manifestado que la protección a cargo del Estado debe ser real, de carácter vinculante absoluto y que ella no proviene solo de la normatividad interna, sino de numerosos instrumentos internacionales que consagran la protección al menor¹¹.

En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹² se consagra que “todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”. Igual amparo contempla la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o Pacto de San José de Costa Rica¹³ y la Convención sobre los Derechos del Niño en la cual se precisa que los “Estados partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios. 2. Los Estados partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: (...) b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud”¹⁴.

3.3. En relación con los derechos de los niños la doctrina de la Corte ha sido amplia y reiterada, y ha desarrollado el concepto del 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 personalidad¹⁵. 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”¹⁶.

En virtud del interés superior del menor y la protección especial que el Estado debe prodigar a sus derechos fundamentales, ante la afectación de los derechos a la salud y a la seguridad social de los niños la tutela se torna en un medio eficaz para lograr su protección efectiva e inmediata.

4. En el Sistema contributivo los nietos de las cotizantes no se encuentran dentro de la cobertura familiar. La garantía constitucional de atención médica a los menores de un año. El deber de las entidades promotoras de salud de asistir e instruir a sus afiliados sobre los servicios médicos cuya prestación no les corresponda. El caso concreto

4.1. La Ley 100 de 1993 creó el Sistema de Seguridad Social Integral, que está conformado por los regímenes de pensiones, salud, riesgos profesionales y los servicios sociales complementarios. El Sistema General de Seguridad en Salud pretende regular el servicio público de salud y crear condiciones de acceso en toda la población y en todos los niveles de atención bajo principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad, participación, equidad, obligatoriedad, protección integral y libre escogencia, autonomía de instituciones, descentralización administrativa, participación social, concertación y calidad¹⁷.

Ahora bien, al Sistema se puede acceder como afiliado del régimen contributivo, como afiliado del régimen subsidiado o como vinculado. Pertenecen al régimen contributivo las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago. Este régimen vincula tanto a la persona afiliada (cotizante) como a su núcleo familiar, a través del pago de un aporte individual o familiar, que es financiado por el afiliado directamente o en concurrencia con su empleador.

Dentro de los afiliados del régimen subsidiado se encuentra la población más pobre y vulnerable del país, es decir, las personas sin capacidad de pago, quienes pueden acceder al Sistema con cargo a los aportes provenientes de recursos fiscales y de solidaridad.

Finalmente, los participantes vinculados son aquellas personas que por falta de capacidad de pago y mientras logran ser beneficiarias del régimen subsidiado, tienen derecho a los servicios de atención de salud que prestan las instituciones públicas y privadas contratadas por el Estado¹⁸.

4.2. Al régimen contributivo corresponde el Plan Obligatorio de Salud (P.O.S.) que permite la protección integral de los afiliados cotizantes y de sus beneficiarios familiares.

Dentro de los beneficiarios del Plan Obligatorio de Salud, conforme al artículo 163 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el Decreto 806 de 1998, figuran el (o la) cónyuge o el compañero o compañera permanente del afiliado cuya unión supere los 2 años; los hijos menores de 18 años que hagan parte de su núcleo familiar y que dependan económicamente del afiliado; los hijos mayores de 18 años con incapacidad permanente o aquellos que tengan menos de 25 años, sean estudiantes con dedicación exclusiva y dependan económicamente del afiliado, y a falta de los nombrados la cobertura se podrá extender a los padres del afiliado no pensionado que dependan económicamente de éste.

4.3. Así las cosas, es necesario resolver si el menor Tomás Henao Arroyave, que en su condición de nieto de la afiliada no está incluido como beneficiario de la atención en salud, puede recibir los servicios de salud de la E.P.S. a la cual se encuentra cotizando su abuela. Para ello es importante tener en cuenta las circunstancias particulares que rodean el caso objeto de revisión.

Según lo que obra en el expediente la hija de la afiliada es menor de edad, depende económicamente de su madre -no trabaja- y es beneficiaria de aquélla en el régimen contributivo. Además, la menor de edad dio a luz un niño, Tomás Henao Arroyave, el 20 de diciembre de 2004, cuyo parto fue atendido en la E.P.S. accionada y en donde se le ordenaron al recién nacido los exámenes de ecocardiograma y ecoencefalograma. El niño tiene en la actualidad aproximadamente ocho meses de nacido.

4.3.1. Sobre la protección que el Constituyente otorgó a los niños es importante destacar que ella es aún más fuerte cuando, como en este caso, se trata de menores de un año. El artículo 50 de la Carta Política compromete a las autoridades para la prestación del servicio de salud a los menores de un año. En ese sentido contempla que 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.

En desarrollo de tal previsión constitucional la Ley 100 de 1993, dentro del P.O.S., incluyó para los menores de un año la educación, la información y fomento de la salud, el fomento de la lactancia materna, la vigilancia del crecimiento y desarrollo, la prevención de la enfermedad, incluyendo inmunizaciones, la atención ambulatoria, hospitalaria y de urgencias, incluidos los medicamentos esenciales, y la rehabilitación cuando hubiere lugar. Además, en el régimen subsidiado dispuso que las madres de los niños menores de un año tienen derecho a recibir un subsidio alimentario con cargo al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar²⁰.

En el Acuerdo 244 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud se dispuso que los hijos recién nacidos quedarán automáticamente afiliados a las A.R.S. de sus padres y prevé, además, la atención integral al menor de un año.

Una consecuencia directa de esa protección constitucional a los niños menores de un año es justamente que la prestación del servicio de salud 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.

Sobre la protección de los menores de un año de madres adolescentes beneficiarias del sistema contributivo la Corte sostuvo:

“El derecho de los niños a la satisfacción de sus necesidades básicas, y, por ende, a acceder a la atención en salud que demanda su desarrollo físico y mental, presenta rasgos de particular importancia, cuando, además de la debilidad manifiesta del recién nacido y de su madre adolescente, ésta debe asumir su maternidad sin el apoyo del padre, amén de que el recién nacido carece de salud física o mental.

Nótese, que la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer²¹ recuerda el derecho de ésta a la igualdad, y al respeto por su dignidad, destaca las situaciones de pobreza que le impiden a las mujeres satisfacer sus necesidades básicas, resalta el aporte de la mujer al bienestar de familia y la importancia social de la maternidad, y a la vez declara el convencimiento de la comunidad internacional “de que el establecimiento del nuevo orden económico internacional basado en la equidad y en la justicia contribuirá significativamente a la promoción de la igualdad entre el hombre y la mujer” -Preámbulo -.

(...)

El artículo 50 de la Carta Política, en cuanto preceptúa que todo niño menor de un año, que no esté cubierto por algún tipo de protección o de seguridad social, tendrá derecho a recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado, enfatiza los derechos de los pequeños y compromete a las autoridades prestatarias en su protección, dada la inmadurez física y mental del recién nacido y su especial vulnerabilidad.

Consecuente con lo expuesto, el artículo 166 de la Ley 100 de 1993 incluye dentro del plan obligatorio de salud para los menores de un año la educación, la información, el fomento de la salud y de la lactancia materna, la vigilancia de su crecimiento y desarrollo, la prevención de las enfermedades - incluyendo inmunizaciones -, la atención ambulatoria, hospitalaria y de urgencia - incluidos los medicamentos esenciales -, además de la rehabilitación, cuando hubiere lugar.

Atención integral en salud que las gestantes pueden exigir, sin que para el efecto cuente el número de semanas cotizadas - artículo 63 del Decreto 806 de 1998-, y que en el régimen

subsidiado comporta, además, el derecho a un subsidio alimentario para la madre, consistente en alimentos y nutrientes, a fin de que durante la gestación y el año siguiente las madres cuenten con una dieta adecuada.

En este sentido, 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; porque el Sistema de Seguridad Social ampara la salud integral de todos los niños, durante el primer año de vida, desde su concepción, y no únicamente la de aquellos que pertenecen a un determinado grupo familiar o cuentan con el apoyo de alguno.

Lo expuesto 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.

Para concluir, la Sala precisa, 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.

Sin que para el efecto se requiera que la gestante conforme un grupo familiar diferente, porque tal como lo tiene definido la jurisprudencia constitucional, las adolescentes y las incapaces, sin perjuicio de la gestación y la maternidad, continúan haciendo parte de su grupo familiar, en los términos del artículo 34 del Decreto 806 de 1998.

(...)

Podrían argüir, las instituciones de salud que reciben recursos del Sistema de Seguridad Social, que el artículo 50 constitucional asigna a la ley la reglamentación de la atención de los recién nacidos, y que la afiliación de los hijos de beneficiarias del régimen contributivo, no ha sido regulada específicamente.

Dentro de este contexto, se requiere instar al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud para que reglamente el asunto, a fin de que el procedimiento para la afiliación al Sistema de los hijos menores de las beneficiarias del régimen contributivo, quede definido, de manera que las promotoras, prestadoras y administradoras, obligadas a inducir a los padres y asistir al recién nacido tengan mayor claridad sobre el punto.

Sin que por lo anterior las instituciones de salud puedan eludir su responsabilidad de asistir a “todo niño menor de una año que no esté cubierto por algún tipo de protección o de seguridad social”, como lo dispone el artículo 50 de la Carta, porque la atención del recién nacido y sus alcances es un asunto que el ordenamiento regula, y los operadores del Sistema de Seguridad Social en Salud no pueden apoyarse en la ausencia de una normativa detallada y casuística, para eludir sus obligaciones constitucionales, de conformidad con lo previsto en el artículo 84 de la Carta” 22.

4.3.2. Así las cosas, en el presente caso, por tratarse de un menor de un año, habrá de reiterarse la jurisprudencia sentada en la Sentencia transcrita y, por consiguiente, Tomás Henao Arroyave deberá ser atendido en su salud para garantizar así la protección especial que predica la Carta Política en su favor. Atención que le corresponde a la E.P.S. demandada.

Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que encontrándose el proceso en sede de revisión las accionantes informaron que al niño ya se realizó el examen de ecocardiograma a través de una obra social de la Fundación Clínica de Las Américas, pero no así el encefalograma también formulado el 20 de diciembre de 2004. Además, comunicaron que luego de haber interpuesto la tutela tanto la madre menor de edad como su niño fueron encuestados por el SISBEN el 27 de abril de 2005 y clasificados en el nivel 1, pero que al bebé sólo le están prestando los servicios médicos de urgencias, crecimiento y desarrollo, consulta externa y vacunación en el Centro de Salud del sector.

De lo anterior surge que al menor ya se le practicó uno de los exámenes, aunque no por cuenta de la E.P.S. demandada, pero que, sin embargo, todavía se encuentra pendiente la realización del otro -encefalograma-. Respecto a este último se tiene que también le fue ordenado el día de su nacimiento, es decir, el 20 de diciembre de 2004 cuando en Coomeva E.P.S. se atendió el parto. Así las cosas, le corresponde a la accionada practicarlo por cuanto

no es admisible constitucionalmente que, luego de haber advertido la necesidad de practicarle unos exámenes tendentes a determinar su estado de salud, lo abandone médicamente sin que previamente haya informado a su madre sobre los trámites que debía adelantar a efectos de afiliarlo al sistema de salud.

Es más, no hay prueba dentro del expediente que durante la etapa de gestación Coomeva E.P.S. haya instruido a la madre o a su abuela respecto a la necesidad de inscribir al niño en el Sistema con el fin de obtener la prestación de servicios médicos, pues sólo hasta cuando ocurrió el nacimiento y se le ordenaron los exámenes, la entidad comunicó que no tenía derecho a recibir atención.

Tal como la Corte lo ha sostenido las E.P.S. y las A.R.S. están en el deber de adelantar estrategias con miras a inducir la inscripción del pequeño por nacer, a fin de garantizarle una atención oportuna, en especial cuando las condiciones de sus progenitoras permiten suponer que no tendrán una asistencia adecuada y con mayor razón cuando, como en este caso, la madre es adolescente.

4.3.3. Finalmente, debido a que se demostró que a la madre adolescente y a su hijo ya les fue realizada la encuesta SISBEN y que fueron clasificados en el nivel 1, lo cual los ubica dentro de los beneficiarios vinculados del Sistema y les otorga la posibilidad de acceder al Régimen Subsidiado de Salud, no se dará orden alguna respecto a los servicios médicos adicionales que pueda requerir Tomás, por cuanto como población vinculada tiene garantizada su atención en salud.

Así las cosas, se revocarán los fallos que denegaron el amparo y en su lugar se concederá la tutela. En consecuencia, se ordenará a Coomeva E.P.S. que, en aras de dar cumplimiento a la atención médica que pregona la Carta Política durante el primer año de vida, en el término de 48 horas siguientes a la notificación de este fallo le practique a Tomás el examen de ecoencefalograma prescrito.

También se le prevendrá para que induzca, instruya y acompañe a las madres gestantes que se encuentran afiliadas como beneficiarias del sistema contributivo para que adelanten 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, so pena de asumir la atención del recién nacido²³.

V. DECISIÓN

Con base en las expuestas consideraciones, la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR las sentencias proferidas por los juzgados 21 Civil Municipal y 7 Civil del Circuito, ambos de Medellín, que negaron la tutela incoada por Nubia del Rocío Arroyave Mejía y Diana Carolina Henao Arroyave, en representación del menor Tomás Henao Arroyave, para en su lugar CONCEDER el amparo de los derechos a la salud y a la seguridad social del menor Henao Arroyave.

En consecuencia, ORDENAR a Coomeva E.P.S. que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, le practique a Tomas Henao Arroyave el examen de ecoencefalograma prescrito.

Segundo.- PREVENIR a Coomeva E.P.S. para que induzca, instruya y acompañe a las madres gestantes que se encuentran afiliadas como beneficiarias del sistema contributivo a fin de que adelanten 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, so pena de asumir la atención del recién nacido.

Tercero.- Por Secretaría, LÍBRESE la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los fines allí contemplados.

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

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado Ponente

Presidente de la Sala

RODRIGO ESCOBAR GIL Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA Magistrado

EN COMISION

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

LA SUSCRITA SECRETARIA GENERAL

DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

HACE CONSTAR:

Que el H. Magistrado doctor MARCO GERARDO MONROY CABRA, no firma la presente sentencia, por encontrarse en comisión oficial en el exterior.

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

SECRETARIA GENERAL

1 Consta en el expediente que nació el 15 de julio de 1988.

2 Folio 9 del cuaderno principal.

3 Folio 5 del cuaderno principal.

4 Folio 6 del cuaderno principal.

5 Folio 4 del cuaderno principal.

6 Folio 20 a 22 del cuaderno principal.

7 Cfr. Corte Constitucional. Sentencias T-143 de 5 de marzo de 1999 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), T-408 del 12 de septiembre de 1995 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), T-407 del 23 de mayo de 2002 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández) y T-727 del 30 de julio de 2004 (M.P.

Rodrigo Escobar Gil), entre muchas otras.

8 Sobre los derechos de los niños y su carácter fundamental, pueden consultarse, entre otras, las sentencias T-514 del 21 de septiembre de 1998 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo) y T-556 del 6 de octubre de 1998 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo).

9 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-172 del 2 de marzo de 2004.

10 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-318 del 24 de abril de 2003 (M.P. Jaime Araujo Rentería).

11 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-715 del 27 de septiembre de 1999 (M.P. Alejandro Martínez Caballero). También se pueden consultar las sentencias T-283 del 16 de junio de 1994 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), sobre la consideración del niño como sujeto privilegiado, T-408 de 1995, ya citada y T-935 del 31 de octubre de 2002 (M.P. Jaime Araujo Rentería), relativas al interés superior del niño.

12 Artículo 24.

13 Artículo 19.

14 Artículo 24.

15 Cfr. Corte Constitucional. Sentencias T-408 de 1995 y T-541 de 1998, ya citadas.

16 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-731 del 5 de agosto de 2004 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra).

18 Artículo 157 de la Ley 100 de 1993.

19 Artículo 40 del Decreto 806 de 1998.

20 Artículo 166 de la Ley 100 de 1993.

21 Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1969, resolución 34/180, aprobada por la Ley 51 de 1981.

22 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-953 del 17 de octubre de 2003 (M.P. Alvaro Tafur

Galvis). En dicha oportunidad la Corte conoció de una tutela interpuesta por una menor, beneficiaria de su padrastro, por cuanto Cruz Blanca E.P.S. y el Hospital San José se negaban a prestarle los servicios médicos a su hijo bajo el argumento de que los hijos de los beneficiarios no integran el grupo familiar del cotizante. Aunque en dicha oportunidad la Corte no dio orden alguna dado que el padre del recién nacido lo afilió posteriormente al Sistema, sí concedió el amparo y previno a las demandadas para que instruyeran y acompañaran a las gestantes, afiliadas en calidad de beneficiarias, a fin de que adelantaran las diligencias pertinentes, en concurso con el ICBF, con miras a que antes del nacimiento del hijo que esperan la entidad prestadora o administradora que asumirá su atención integral en salud se defina debidamente. Así mismo, instó al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud para que reglamentar la prestación de la atención integral en salud de los recién nacidos hijos de los beneficiarios del régimen y disponga lo necesario para la afiliación definitiva de los menores al Sistema.

23 Igual prevención hizo la Corte en la Sentencia T-953 de 2003, ya citada.