

Sentencia T-953/03

ACCION DE TUTELA-Niños, adolescentes y mujeres cabeza de familia sujetos de especial protección

INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Protección

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Atención integral a los niños

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.

CONSEJO NACIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Instrucción a las EPS Y ARS para garantizar la atención integral de recién nacidos

Encuentra la Sala necesario que el Consejo Nacional de Seguridad Social instruya a las entidades administradoras y promotoras de salud en el punto, y establezca los controles pertinentes, a fin de garantizar la atención integral de los recién nacidos hijos de beneficiarias del régimen contributivo, desde el alumbramiento sin solución de continuidad, como acontece con los menores de edad no registrados y con los que pertenecen a poblaciones especiales.

ENTIDAD PRESTADORA DEL SERVICIO DE SALUD-Atención médica a recién nacidos hijos de afiliadas

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.

DERECHO A LA SALUD Y DESARROLLO INTEGRAL DEL NIÑO-Asistencia médica con cargo al subsidio de la oferta

Cruz Blanca S.A. EPS y el Hospital San José serán prevenidos para que induzcan, instruyan y acompañen a las gestantes, afiliadas en calidad de beneficiarias al régimen contributivo, a fin de que adelanten las diligencias pertinentes, con miras a obtener la asignación de la entidad prestadora o administradora que asumirá la atención del hijo que esperan, so pena de asumir, como quedó explicado, la atención del recién nacido, con cargo a los recursos del subsidio de oferta. Inducción e instrucción que requerirá un acompañamiento especial, y el concurso del defensor de familia, cuando la gestante, además de adolescente, esté asumiendo su maternidad, sin el apoyo del padre.

CONSEJO NACIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Reglamentación para afiliación de hijos menores de beneficiarios del régimen contributivo

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.

Referencia: expediente T-697459

Acción de tutela instaurada por Sandra del Pilar Cortés Silva contra Cruz Blanca EPS S.A. y otro.

Magistrado Ponente:

Dr. ALVARO TAFUR GALVIS

Bogotá, D. C., diecisiete (17) de octubre de dos mil tres (2003).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Jaime Araujo Rentería, Clara Inés Vargas Hernández y Alvaro Tafur Galvis, en ejercicio de sus competencia constitucional y legal, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión del fallo adoptado por el Juzgado Cincuenta y Cinco Civil Municipal de Bogotá, para resolver el amparo constitucional demandado por Sandra del Pilar Cortés Silva contra Cruz Blanca EPS S.A. y el Hospital San José.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

La menor Sandra del Pilar Cortés Silva demanda protección para su hijo Daniel Alejandro, nacido el 20 de noviembre de 2002, quien “presenta una parálisis facial y malformación de los dos piecitos en los cuales le faltan tres dedos y en las manos sus dedos se encuentran unidos por una tela de piel”.

Sostiene la accionante que los facultativos que atendieron el nacimiento del pequeño le prescribieron “una serie de exámenes y nos manifestó que necesitaban estos para establecer un diagnóstico y tener claro que produjo estas malformaciones y como se puede corregir estas deformaciones ya sea con tratamiento, terapias o es necesario de acudir a una cirugía.”.

Agrega que se encuentra afiliada a la EPS CRUZ BLANCA S.A., en calidad de beneficiaria de su padastro, y adscrita a la IPS HOSPITAL SAN JOSÉ, pero que estas entidades se niegan a prestarle a su hijo los servicios que demandada, argumentando que los hijos de los beneficiarios no integran el grupo familiar del cotizante.

Asegura, que dada su condición de menor de edad, en razón de que no tiene recursos

económicos, y debido a que el padre del pequeño se encuentra sin empleo, Daniel Alejandro no ha recibido la atención que requiere.

Pretende, en consecuencia, que el Juez constitucional ordene a la E.P.S. CRUZ BLANCA o al HOSPITAL SAN JOSÉ realizar los exámenes, tratamientos y cirugías que demanda la atención integral en salud del menor, sin costo.

Para sustentar su pretensión de amparo la accionante anexa i) fotocopia del Certificado de Nacido Vivo, suscrito por el galeno Gustavo Alonso Ciendúa, que da cuenta del nacimiento de un niño de sexo masculino, hijo de Sandra del Pilar Cortez (sic) Silva, en el Hospital San José, el 20 de noviembre de 2002; ii) fotocopia de la tarjeta de identidad expedida a su nombre, que señala que su nacimiento ocurrió el 7 de octubre de 1985; y iii) el carné que certifica la afiliación de Cortes Silva Sandra, al Sistema General de Seguridad Social en Salud, Plan Obligatorio, en calidad de beneficiaria, desde el 28 de marzo de 2002.

2. Intervención de las entidades accionadas

2.1 Contestación del Hospital San José

La Directora Médica (E) de la Sociedad de Cirugía de Bogotá – Hospital San José, en escrito dirigido al Juez de primera instancia manifiesta que “(..) según las informaciones recibidas en el Hospital, la madre de la menor acudió a Cruz Blanca EPS con el fin de afiliarse a su menor hijo así obtener cobertura en materia de salud, negándosele esta afiliación por cuanto la madre es beneficiaria a su vez de la abuela del menor y de acuerdo con el Régimen de Seguridad Social en Salud los beneficiarios la figura de beneficiario no se extiende a los nietos” (sic).

En tal sentido, afirma, que la institución que representa no puede ser compelida a atender al menor Daniel Alejandro, por tratarse de una institución de carácter privado, sin ánimo de lucro, que atendió el parto de la madre del nombrado, como Institución Prestadora de Salud, a cargo y por orden de la E.P.S. accionada.

No obstante, asegura, que “el menor recién nacido requiere un estudio de todas sus malformaciones con el fin de hacer un diagnóstico definitivo de las mismas y muy posiblemente correctivos quirúrgicos y terapéuticos, condicionados al resultado de los

estudios”, y para el efecto informa que Sandra del Pilar obtuvo de la gestación un recién nacido de sexo masculino con múltiples malformaciones que condujeron al diagnóstico de síndrome oculofaciodigital interrogado, con recomendaciones al salir consultar ante cualquier signo de alarma y control por Pediatría.”.

Para fundamentar lo dicho, la profesional allegó al expediente fotocopia del Certificado de Existencia y Representación de la Sociedad de Cirugía de Bogotá – Hospital San José, al igual que fotocopias de las Historias Clínicas de Sandra del Pilar Cortés Silva y del recién nacido hijo de ésta, documentos que indican que la menor asistió a consulta prenatal a dicho centro asistencial, e indican su situación socioeconómica, conforme lo permite el formato, esto es: “regular, sin unión, soltera, padre no responde, familia materna responde”-.

2.2 Intervención de CRUZ BLANCA EPS S.A.

El Representante Legal de la E.P.S. accionada reconoce la calidad de afiliada de la menor Sandra del Pilar Cortés, en condición de beneficiaria, desde el 14 de marzo de 2002, y asimismo afirma que el menor Daniel Alejandro, hijo de Sandra, no se encuentra afiliado al Sistema de Seguridad Social por cuenta de esa entidad.

Explica que el pequeño en comento no es miembro del grupo familiar básico del cotizante, de modo que su inclusión al Sistema no opera en forma automática “por tratarse de un hijo de beneficiaria (..) sino que requiere de la manifestación voluntaria del titular de la afiliación, quien podría incluirlo a través de la figura de UPS adicional”, al tenor del artículo 34 del Decreto 806 de 1998, reglamentario de la Ley 100 de 1993.

Advierte, además, que la menor Sandra del Pilar, dada su condición de madre cabeza de familia, y en razón de que no se encuentra vinculada laboralmente, puede afiliarse y afiliar a su hijo al SISBEN, y recibir por el régimen no contributivo los servicios que el menor requiere.

En suma, entiende que la presente acción de tutela no puede prosperar en contra de la E.P.S. Cruz Blanca S.A., toda vez que la conducta asumida por la demandada, frente al caso controvertido, se encuentra legitimada a la luz del artículo 45 del Decreto 2591 de 1991, en cuyo contenido se establece que no se puede conceder la tutela contra conductas legítimas de un particular, como la seguida por la entidad que representa.

3. Decisión judicial objeto de revisión

El Juzgado Cincuenta y Cinco Civil Municipal de Bogotá, mediante providencia del 11 de diciembre de 2002, denegó el amparo solicitado.

Para el efecto consideró que las entidades accionadas podían negar, como efectivamente lo hicieron, la atención en salud al recién nacido, hijo de la accionante, porque la Ley tiene definidas las condiciones para acceder al Sistema de Seguridad Social en salud y el mejor Daniel Alejandro no las cumple.

Por otra parte, sostiene que no es a la madre, sino al cotizante, a quien le corresponde tramitar la solicitud de afiliación del antes nombrado, “afiliándolo mediante la consignación de una UPC adicional”, sin perjuicio de la posibilidad de que su progenitora se afilie al régimen no contributivo, y consiga, de esta manera, la afiliación del recién nacido al Sistema de Seguridad Social en Salud.

4. Trámite en sede de revisión

El Magistrado Sustanciador, al advertir la situación irregular o de peligro, de la menor accionante y de su hijo recién nacido, dado el estado de salud de Daniel Alejandro y la situación económica y el desamparo de su madre i) ordenó al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar tomar las medidas necesarias para su protección integral; y ii) así mismo dispuso que el defensor de familia designado, además de participar activamente en el proceso, debía remitir, a esta Sala, un informe detallado de su labor, acompañada de la valoración de la situación familiar, medica, y social de los menores protegidos.

También se ordenó a la Secretaría General de esta Corporación oficiar a la Registraduría Nacional del Estado Civil para obtener copia de los registros civiles de Sandra del Pilar y del recién nacido hijo de ésta.

El 1° de abril de 2003, mediante escrito dirigido a la Secretaria General de la Corte, la Registraduría remitió fotocopia del Registro Civil de Nacimiento de SANDRA DEL PILAR CORTÉS SILVA, correspondiente al número de serial 10053824 NIP. 85100738916, e informó que en su base de datos no se encontró ninguna información relacionada con el Registro Civil de Nacimiento de “DANIEL ALEJANDRO CORTÉS (o CORTEZ) SILVA” -folios 89, 92 y 94 del

expediente -.

El 9 de junio siguiente, la Defensora de Familia Mónica López López, informó a la Secretaria General que no resultó posible dar cumplimiento a la labor encomendada por el Magistrado Sustanciador, mediante proveído del 28 de febrero de 2003, toda vez que la menor Sandra del Pilar y su familia se negaron a recibir a los funcionarios comisionados para el efecto, limitándose a informarles que el menor DANIEL ALEJANDRO MARTÍNEZ CORTÉS fue afiliado a SALUD COLMENA E.P.S., por cuenta de su progenitor, y está siendo atendido.

Ahora bien, los documentos allegados por la funcionaria del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Centro Zonal Kennedy, antes nombrada, revelan que ésta y la Trabajadora Social María Victoria Rojas Ramírez, también funcionaria del Instituto, trataron infructuosamente de entrevistarse con la madre de la menor, acudiendo personalmente al hogar de Sandra del Pilar, sin éxito.

Además, mediante comunicación telefónica sostenida por una funcionaria del Despacho del Magistrado Sustanciador, autorizada para el efecto, la menor Sandra del Pilar confirmó lo dicho por la Defensora de Familia, puesto que informó:

Que el nacimiento del menor DANIEL ALEJANDRO MARTÍNEZ CORTÉS fue registrado.

Que el 4 de diciembre de 2002, el pequeño fue afiliado a la E.P.S SALUD COLMENA, en calidad de beneficiario de su padre, el señor Julián Martínez Vanegas.

Que la afiliación del menor a la E.P.S. corresponde al número 3604240.

Que Daniel Alejandro está siendo atendido en el Hospital San Ignacio de Bogotá, con una periodicidad de entre ocho (8) y quince (15) días, por médicos generales y especialistas.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

La Corte Constitucional, a través de esta Sala, es competente para revisar la sentencia proferida en el asunto de la referencia, en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241, numeral 9o. de la Constitución Política, en concordancia con los artículos

33 al 36 del Decreto 2591 de 1991, y en cumplimiento del auto del 21 de febrero del 2003, expedido por la Sala de Selección de Tutelas Número Dos de esta Corporación.

2. Problema Jurídico

Corresponde a la Sala Revisar la sentencia proferida por el Juzgado Cincuenta y Cinco Civil del Circuito de Bogotá, para negar la protección constitucional invocada por la menor Sandra del Pilar Cortés Silva, a nombre propio y como madre del recién nacido Daniel Alejandro Martínez Cortés.

Ahora bien, tal como lo demuestran los antecedentes, en sede de revisión la Sala pudo establecer que el pequeño Daniel fue registrado por su padre, que el mismo fue afiliado al Sistema de Seguridad Social en Salud, como integrante del grupo familiar de aquel, y que está siendo atendido, como corresponde.

De suerte que la Sala no requiere ordenar el restablecimiento de los derechos fundamentales del menor, pero la sentencia de instancia deberá estudiarse, como quiera que dicho restablecimiento aconteció estando en curso la acción, y fue establecido en trámite de revisión.

Pero lo anterior no comporta que la sentencia que se revisa deba confirmarse, como tampoco que el juez constitucional no se percate de las dificultades que afrontan los padres, beneficiarios del sistema de seguridad social, para que sus hijos recién nacidos sean atendidos como les corresponde.

De manera que la Sala deberá detenerse en los derechos fundamentales de los recién nacidos e instar al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud para que acuerde lo relativo a la atención de éstos, hijos de beneficiarias, a fin de las entidades obligadas les presten la atención a que tienen derecho, de conformidad con lo previsto en el artículo 50 de la Carta.

3. Los niños, los adolescentes y las mujeres cabeza de familia, sujetos de especial protección constitucional. La asistencia médica del recién nacido

3.1 Los artículos 44 y 45 de la Carta Política comprometen especialmente a la familia, a la sociedad y al Estado con la protección especial de los niños y los adolescentes, para el efecto

la primera de las disposiciones relaciona los derechos de los menores, destaca su prevalencia, y los enmarca dentro de la necesidad de que éstos alcancen un desarrollo pleno, armónico e integral. Atención que cualquier persona puede demandar de la autoridad competente.

El artículo 45, por su parte, además de retomar los conceptos de protección y formación integral del artículo anterior, garantiza la participación activa de los jóvenes en las instancias que tienen a cargo su protección, educación y progreso.

Hay que decir, que la humanidad se viene ocupando de los niños como sujetos capaces de ejercer y exigir sus derechos a la libertad, a la igualdad, al desarrollo y a la protección integral, directamente, desde hace casi una centuria; avance éste que no significa que el niño antes careciera de derechos, “lo que ocurre es que al Derecho liberal le interesaba no tanto el niño en cuanto niño, sino el propietario (varón adulto) en cuanto niño.”¹.

El instrumento internacional más importante, sobre el punto – Convención sobre derechos de los niños- adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de diciembre de 1989 y aprobado por la Ley 12 de 1991, cambia el criterio marcadamente proteccionista de las declaraciones de Ginebra de 1923, 1924 y 1959, sobre los mismos derechos, por la concepción de menores activos, prestos a recibir, pero también a exigir sus derechos, para lograr su propio desarrollo.

Pero, la Convención en comento y las Declaraciones que la antecedieron, no son los únicos instrumentos internacionales que se refieren a los derechos de los niños, también la Declaración Universal de los Derechos Humanos², el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁴, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José⁵, la Declaración sobre los Principios Sociales y Jurídicos relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda en los planos nacional e internacional⁶, entre otros, consolidan a los menores como titulares de derechos fundamentales que pueden exigirlos directamente.

Aspecto de especial significación, dentro de la situación jurídica de los menores, en el plano internacional, viene a ser la satisfacción de sus necesidades básicas y, entre ellas, el derecho de los niños a disfrutar “del más alto nivel posible de salud física y mental”⁷, obligación

refrendada en el artículo 24 de la Convención sobre Derechos del Niño, a cuyo tenor literal los Estados Partes se comprometen a asegurar la atención médica y necesaria de todos los niños, en especial la atención primaria en salud.

De ahí que el artículo 9° del Código del Menor –D. E. 2737 de 1989- disponga, que hasta los siete años todos los niños tienen derecho a la atención integral de su salud, y que en consonancia con su obligación el Estado establecerá programas especializados para el efecto.

Consecuente con lo expuesto, esta Corporación, en reiterada jurisprudencia, ha desarrollado el concepto de interés superior de los menores, destacando cómo para la Carta el derecho de éstos a la salud es siempre fundamental “tratamiento que no recibieron estos mismos derechos frente a las demás personas, pues con respecto a éstas su protección por la vía de tutela sólo es posible en la medida en su desconocimiento puede afectar por conexidad un derecho fundamental o un principio o valor constitucional”.⁸

También la Corte se ha detenido en la aplicación real y efectivo de los derechos de los niños previstos en el artículo 44 de la Carta, en cuanto esta disposición, entendida conjuntamente con los artículos 5° y 13 constitucionales, indica que no puede plantearse un conflicto de intereses en cuyo extremo se encuentre la protección integral de un menor, porque cuando se trata de los derechos de los niños estos prevalecen sin otra consideración⁹.

3.2 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 mujer¹⁰ 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 -.

Dentro de este contexto, el artículo 43 de la Constitución Política, además de reafirmar la igualdad de género -ya prevista en el artículo 13-, proscribe toda forma de discriminación contra la mujer, establece la protección especial de la madre durante el embarazo y después del parto, y se decide por un apoyo estatal especial, para la mujer cabeza de familia¹¹.

Apoyo éste que, a la luz de la jurisprudencia constitucional, debe entenderse como una medida que busca “compensar, aliviar y hacer menos gravosa la carga de sostener su familia; y (..) brindar, de esta manera, una protección a la familia como núcleo básico de la sociedad”¹².

La Ley 82 de 1993, por su parte, dispone el ingreso de la mujer cabeza de familia al Sistema de Seguridad Social en Salud, buscando su protección especial y efectiva, y así mismo prevé que los servicios de salud y educación no les podrán ser negados a quienes tienen a su cargo hijos menores o personas incapaces, tampoco a éstos, y en general a las personas que de aquellos dependen.

3.3 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 cuentan 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.

4. Las Entidades Prestadoras de Salud están obligadas a asistir a sus afiliados, así no les corresponda prestarles, directamente, los servicios médico asistenciales que demandan

Tal como lo ha sostenido reiteradamente esta Corporación, “mientras permanezca el usuario afiliado al Sistema de Seguridad Social en salud la empresa promotora o a la administradora debe velar por su atención integral, aunque determinadas acciones y procedimientos no les correspondan adelantarlos directamente¹³.

Dentro de este contexto, cabe recordar que los artículos 3° y 1°, de los Acuerdos 008 de 1994 y 072 de 1997 del Consejo Nacional de Seguridad Social, respectivamente, acogen las acciones de promoción y educación dirigidas al individuo y su familia, desarrolladas por la Resolución 03997 de 1996, entre estas la consejería individual, familiar, social y laboral de la gestante.

El artículo 5° de la Resolución 412 de 2000, expedida por el Ministerio de Salud, en desarrollo del Acuerdo 117 de 1997, por su parte, prevé acciones de “demanda inducida”, a cargo de las Entidades Promotoras de Salud y las Administradoras del Régimen Subsidiado, que “garanticen” a la población afiliada, de acuerdo con las condiciones de edad, género y salud, el acceso a las actividades procedimientos e intervenciones de protección específica y

detección temprana, así como la atención de enfermedades de interés en salud pública, por ello la Norma Técnica Para la Atención al Recién nacido, que hace parte de la misma Resolución relaciona la inscripción del infante en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, entre las acciones específicas de información y educación a la madre.

De manera que las Entidades Prestadores de Salud, al igual que las Administradoras del Régimen subsidiado, están en la obligación de adelantar estrategias con miras a inducir la inscripción del pequeño por nacer, a fin de garantizarle al pequeño una atención oportuna, en especial cuando las condiciones de sus progenitores permiten suponer que al nacer el pequeño no contará con la asistencia adecuada, porque la atención en salud de los recién nacidos hijos de sus afiliadas, es asunto de su incumbencia.

Obligación ésta de inducción y apoyo de particular significación cuando la gestante es una adolescente, quien, además de la vulnerabilidad propia de su estado y de su edad, está asumiendo su responsabilidad sin apoyo.

Para el efecto, encuentra la Sala necesario que el Consejo Nacional de Seguridad Social instruya a las entidades administradoras y promotoras de salud en el punto, y establezca los controles pertinentes, a fin de garantizar la atención integral de los recién nacidos hijos de beneficiarias del régimen contributivo, desde el alumbramiento sin solución de continuidad, como acontece con los menores de edad no registrados y con los que pertenecen a poblaciones especiales -artículos 3° y 5° Acuerdo 77 de 1997-.

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 1998¹⁴.

4. El caso concreto

4.1. La sentencia de instancia debe revocarse

El día 20 de noviembre de 2002, Sandra del Pilar Cortes Silva, de 17 años de edad, y afiliada a la EPS Cruz Blanca S.A. como beneficiaria –de su padrastro, según la menor, de su abuela, según la entidad -, dio luz a un niño en la IPS Hospital San José, “quien presenta malformaciones en M. inferiores y M. superiores, desviación comisura labial hacia la izquierda”.

Ahora bien, el estado de salud física y mental del menor no fue diagnosticado, como correspondía, a fin de prescribir el tratamiento adecuado, omisión que las accionadas fundan en que el recién nacido no podía ser afiliado al régimen contributivo, dado que es “hijo de madre beneficiaria de la abuela del menor”, y en consecuencia no pertenece al grupo familiar de la cotizante.

Sin embargo la identificación oportuna y efectiva del estado físico y mental del recién nacido está prevista en la Resolución 0412 de 2000 del Ministerio de Salud, entre las “actividades, intervenciones y procedimientos dirigidos a las niñas y niños en el proceso del nacimiento e inmediatamente después”, a fin de evitar complicaciones prevenibles, “asociadas con la salud de la mujer, la calidad de la atención de la gestación, del parto y del período neonatal”, y reducir “su duración y el daño causado, evitando secuelas, incapacidad y muerte”.

Además, tanto la Prestadora, como la Promotora de Salud a la que se encuentra afiliada Sandra del Pilar conocían que no estarían directamente obligadas a atender al pequeño, de modo que debieron inducir a la gestante a emprender las diligencias pertinentes y acompañarla para que éstas llegasen a feliz término, pero como no lo hicieron estaban en el deber de atenderlo sin restricciones, con cargo a los recursos del subsidio de oferta.

De tal forma que el fallo de instancia deberá revocarse, como quiera que Sandra del Pilar Cortés Silva y su hijo recién nacido tenían derecho a exigir y obtener atención integral en salud para el pequeño, y eran las accionadas, las primeramente obligadas a brindársela, dado que nada se sabe sobre los padres de Sandra y el progenitor de Alejandro, y nada hicieron las accionadas para establecerlo.

5. Conclusiones

1. La sentencia que se revisa debe revocarse, porque el Juez Cincuenta y Cinco Civil Municipal de Bogotá tenía que concederle a Sandra del Pilar la protección del derecho a la salud y al desarrollo integral de su hijo recién nacido, disponiendo que las entidades accionadas asumieran la asistencia del pequeño, con cargo al subsidio de la oferta, en razón de la vinculación de Cruz Blanca S.A. y del Hospital San José con los objetivos, fines y propósitos del Sistema de Seguridad Social –artículos 2º, 13, 47, 48, 49, 54, 68 y 93 C.P., artículos 152, 153 y 155 Ley 100 de 1993, Ley 361 de 1997 y Resolución 3997 de 1996-.

Además el Fallador de instancia ha debido percatarse de la necesidad de poner a los menores Sandra y Daniel Alejandro, bajo la protección especial del Estado, por conducto de un defensor de familia, como lo preceptúa el Código del Menor, dado el estado de vulnerabilidad en que se encontraban a tiempo de la presentación de la demanda y la escasa información que se tiene sobre el estado de sus relaciones familiares.

Sin embargo, como quiera que el menor fue registrado y afiliado al Sistema de Seguridad Social, por su progenitor, sus derechos fundamentales no requieren ser restablecidos, sin perjuicio de la revocatoria de la decisión.

2. El artículo 24 del Decreto 2591 de 1991 dispone que así hubieren cesado los efectos del acto impugnado, o éste se hubiera consumado en forma que resultare posible ordenar el restablecimiento invocado, los accionados serán prevenidos para que en ningún caso vuelvan a incurrir en las acciones u omisiones advertidas, y que, si procedieren de modo contrario serán sancionados, en los términos de la misma disposición.

De tal suerte que Cruz Blanca S.A. EPS y el Hospital San José serán prevenidos para que induzcan, instruyan y acompañen a las gestantes, afiliadas en calidad de beneficiarias al régimen contributivo, a fin de que adelanten las diligencias pertinentes, con miras a obtener la asignación de la entidad prestadora o administradora que asumirá la atención del hijo que esperan, so pena de asumir, como quedó explicado, la atención del recién nacido, con cargo a los recursos del subsidio de oferta.

Inducción e instrucción que requerirá un acompañamiento especial, y el concurso del defensor de familia, cuando la gestante, además de adolescente, esté asumiendo su maternidad, sin el apoyo del padre.

3. 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 artículo 84 de la Carta.

III. DECISION

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

R E S U E L V E

Primero.- REVOCAR la Sentencia proferida el 11 de diciembre de 2002, por el Juzgado 55 Civil Municipal de Bogotá, para decidir la acción de tutela promovida por Sandra del Pilar Cortés Silva a nombre propio y del menor Daniel Alejandro Martínez Cortés, contra Cruz Blanca S.A. EPS y la Sociedad de Cirugía de Bogotá – Hospital San José.

Segundo.- DECLARAR la carencia de objeto, porque el menor fue registrado y afiliado al Sistema de Seguridad Social, por su progenitor, y está siendo atendido.

Tercero. PREVENIR, a Cruz Blanca S.A. EPS y a la Sociedad de Cirugía de Bogotá – Hospital San José, para que induzcan, instruyan y acompañen a las gestantes, afiliadas en calidad de

beneficiarias, a fin de que adelanten las diligencias pertinentes, con el concurso del Instituto de Bienestar Familiar si es preciso, 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. So pena de asumir, la atención de los menores, con cargo a los recursos del subsidio de oferta.

Cuarto. INSTAR al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, que en el término de 2 meses, contados a partir de que le sea comunicada esta decisión, reglamente 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. Ofíciase.

Quinto. Líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

Magistrado Ponente

JAIME ARAUJO RENTERÍA

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

IVAN HUMBERTO ESCRUCERIA MAYOLO

Secretario General (e)

1 Hierro Liborio, Los Derechos Humanos del Niño, en Derechos Humanos del Niños, de los trabajadores, de las minorías y complejidad del sujeto, Antonio Marzal y otros, Bosch 1999.

2 Adoptada el 10 de diciembre de 1948, por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante Resolución 217 A (III)..

3 Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión el 16 de diciembre de 1966, por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, Resolución 2200 (XXI). Ley 74

de 1968, ratificado por Colombia el 29 de octubre de 1969.

4 Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en su Resolución 2200 (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Ley 74 de 1968.

5 Firmado en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, aprobado por la Ley 16 de 1972.

6 Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 3 de diciembre de 1986 (Resolución 41/85).

7 “Los Estados partes en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”, artículo 12, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en igual sentido Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 25, Declaración de los Derechos del Niño de 1959, Principio 4, Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, artículo 24, Convención Americana sobre derechos humanos, artículo 19.

8 Sentencia T-640 de 1997. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

10 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.

11 “(...) entiéndase por mujer cabeza de familia, quien siendo soltera o casada, tenga bajo su cargo, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de los demás miembros del núcleo familiar.” -Artículo 2° Ley 82 de 1993.

12 Sentencia C-184 de 2003. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, mediante la decisión en cita esta Corte declaró constitucional el artículo 1° de la Ley 750 de 2002, “en el entendido de que, cuando se cumplan los requisitos establecidos en la ley, el derecho podrá ser concedido por el juez a los hombres que, de hecho, se encuentren en la misma situación que una mujer cabeza de familia, para proteger, en las circunstancias específicas del caso, el interés superior del hijo menor o del hijo impedido”.

13 Sentencia T-134 de 2002 M.P. Alvaro Tafur Galvis. En igual sentido T-544 de 2002 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

El artículo 1° del Acuerdo 72 de 1997, que define el Plan de Beneficios del Régimen Subsidiado, incluye como atención básica de primer nivel las acciones de promoción y educación dirigidas al individuo y su familia las que fueron desarrolladas por la Resolución 03997 de 1996.

14 Consultar las sentencias T-373 de 1997, T-1642 de 200º y Su-1167 de 2001.