

Sentencia T-172/11

Referencia: expediente T-2834620

Acción de tutela interpuesta por la señora *Mimi* ^U contra Sánitas EPS.

Magistrado Ponente:
JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Bogotá, D.C., catorce (14) de marzo de dos mil once (2011).

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Nilson Pinilla Pinilla, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Jorge Iván Palacio Palacio, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo de tutela proferido por el Juzgado 14 Penal del Circuito de Bogotá en la acción de tutela instaurada por *Mimi* contra Sánitas EPS.

I. ANTECEDENTES

La señora *Mimi* promovió acción de tutela en contra de Sánitas EPS por considerar que se vulneran sus derechos a la igualdad, a la especial protección de la mujer y a la maternidad, al igual que los de la niña *Lennon* que le fue entregada en adopción, al negar el reconocimiento de la licencia por maternidad debido a que la niña es mayor de 7 años.

1. Hechos

1.1. Manifiesta que desde el 1° de junio de 2000 se encuentra vinculada a un organismo estatal, por medio del cual se afilió a Sánitas EPS en el régimen contributivo.

1.2. Afirma que en febrero de 2009 inició ante el Instituto de Bienestar Familiar proceso de adopción como persona soltera motivo por el que entrega el 31 de mayo de 2010 le hicieron entrega formal de la

niña *Lennon*. La menor entregada en adopción nació el 11 de marzo de 1999. Es decir, en la actualidad tiene doce (12) años.

1.3. Expresa que el 02 de junio de 2010 radicó solicitud para el reconocimiento de la licencia de maternidad en las oficinas de Sánitas EPS, la cual fue negada porque la prestación solo se hace extensiva a la madre adoptante de menor de siete años, según el artículo 236 del Código Sustantivo de Trabajo.

1.4. Sostiene que el numeral cuarto del artículo 236 del CST asimila la madre adoptante a la madre biológica para efectos de las garantías laborales y prestacionales en él consagradas. Sin embargo, señala que para la licencia por maternidad tal asimilación solo procede cuando el menor adoptado no supere la edad de siete años de edad, barrera que estima injusta ya que la edad no puede ser un criterio válido para limitar el derecho del infante al disfrute de una etapa de conocimiento y consolidación de la relación de adopción con su madre, ni tampoco un criterio válido para excluir a las madres trabajadoras adoptantes de mayores de 7 años.

1.5. Relata que la niña *Lennon* fue objeto de medida de protección por parte del ICBF a los nueve años y medio, tras un accidente de tránsito que ocasionó su atención en una instalación hospitalaria, momento en el cual que se pudo constatar los maltratos a los que era sometida por parte de sus progenitores. Señala que, entre otras circunstancias, la niña no había sido inscrita en una institución educativa y por lo mismo, a esa edad, no sabía leer ni escribir.

1.6. Comenta que una vez la niña fue sustraída de la tutela de su familia biológica, fue ubicada bajo el cuidado de un hogar sustituto e inscrita en una institución educativa del ámbito distrital, en donde alcanzó a cursar parcialmente el tercer grado, gracias al proceso de nivelación al cual fue sometida.

1.7. Aclara que a pesar de los cuidados y atención recibidos desde la intervención del ICBF hasta la fecha de entrega, la niña presenta serios retrasos en su educación formal y en su formación física y afectiva, los cuales, en calidad de madre adoptante, le corresponde ayudar a superar.

1.8. Expone que en su condición de madre soltera, a cargo de procurar los ingresos familiares, la dedicación a su actividad laboral resulta difícilmente compatible con la necesidad de garantizarle a *Lennon*, en esta etapa inicial de ajuste, la atención y el cuidado que requiere para facilitarle el tránsito a

un nuevo hogar, a una nueva familia extensa, a nuevas rutinas, a una nueva institución educativa, valoraciones y tratamientos médicos.

A los argumentos expuestos, acompaña jurisprudencia relacionada con la licencia de maternidad y el derecho a la igualdad de las mujeres trabajadoras. De otra parte, realiza un juicio de igualdad del numeral 4º del artículo 236 del CST, a partir del cual concluye que la exclusión del derecho al descanso remunerado a las trabajadoras adoptantes de infantes mayores de siete (7) años de edad no es idónea para la realización de los fines constitucionales que persigue, ya que elimina de su ámbito de protección especial a sujetos destinatarios de la medida, como lo son las madres adoptantes y los niños mayores de siete (7) años.

Por lo anterior, solicita que se tutele su derecho a la igualdad y el de la niña que le fue formalmente entregada en adopción, por lo que pide que se ordene el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad por adopción de niña mayor de 7 años.

2. Contestación de la entidad accionada

Sanitas EPS, a través de su representante legal, contesta la acción de tutela señalando que no ha vulnerado los derechos fundamentales de la accionante ya que la prestación solicitada no puede ser reconocida, puesto que el artículo 236 del Código Sustantivo de Trabajo la restringe a las madres adoptantes de menores de siete (7) años.

Adicionalmente, expone que la acción de tutela no resulta procedente ya que su objeto no es la protección de los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna, sino al reconocimiento de una prestación de carácter económico. Añade que la actora devenga un ingreso mensual de seis millones setecientos ochenta y tres mil pesos (\$6.783.000), por lo que no hace parte de la población pobre o vulnerable, que goza de la excepción de protección de prestaciones de tipo económico a través de la acción de tutela.

Como consecuencia de lo anterior, solicita que se declare improcedente la acción de tutela.

II. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN

1. Primera instancia

En sentencia del seis (6) de julio de 2010, el Juzgado Veintiuno (21) Penal Municipal de Bogotá resolvió negar el amparo solicitado. Como fundamento de su decisión, señaló que en esa época la menor *Lennon* tenía once (11) años, superando ostensiblemente el límite de edad exigido por la ley y la jurisprudencia para acceder al beneficio prestacional de licencia de maternidad por adopción.

Al respecto afirma: *“para que los beneficios prestacionales derivados de la maternidad a favor de las mujeres trabajadoras, en este caso la licencia de maternidad remunerada, se haga extensiva a las madres adoptantes no es absoluta; por el contrario explicita en señalar que dicho beneficio será reconocido únicamente a la madre adoptante del menor de siete (7) años de edad, y la menor adoptada [Lennon] cuenta con más de siete (7) años de edad, esto es once (11) años, sobrepasando el límite de edad exigido para acceder al beneficio”*.

Impugnación

La accionante impugna la decisión de primera instancia al considerar que la jueza no analizó el trato desigual consagrado en la norma y que se concreta en la negativa al reconocimiento de la licencia de maternidad por parte de Sánitas EPS por razón de la edad de la menor entregada en adopción. Expone que la diferencia de trato no encuentra un fin constitucional que la soporte, ni idoneidad para la consecución de la finalidad pretendida, lo que genera la vulneración del derecho a la igualdad de trato.

Además, expone que mediante Sentencia C-543 de 2010 del 30 de junio de 2010, la Corte Constitucional declaró inexecutable la expresión *“del menor de siete (7) años de edad”* contenida en el numeral cuarto del artículo 236 del CST, precedente que fue desconocido por el juez de primera instancia en el fallo de 6 de julio de 2010.^[2]

2. Segunda instancia

En providencia del veinticuatro (24) de agosto de 2010, el Juzgado Catorce (14) Penal del Circuito confirma la sentencia impugnada. No obstante, se aparta del razonamiento de su colega, advirtiendo que la Corte Constitucional en Sentencia C-543 de 2010 eliminó la distinción de edad para el reconocimiento de la licencia de maternidad por adopción.

Como argumento de su decisión, expone que la accionante no había adquirido la calidad de madre adoptante de la menor, en virtud de

sentencia debidamente ejecutoriada por un Juez de Familia, dentro del proceso de adopción. Si bien encontró que el Instituto de Bienestar Familiar entregó a la menor y emitió acta de entrega, ante la ausencia de sentencia judicial, no se puede entender que ha surgido la relación filial. Por lo que considera que solo a partir del momento de la cancelación y reemplazo del registro civil de nacimiento de la menor se establece el vínculo filial. Concluye que una vez reconocida la calidad de madre adoptiva de la menor, debería elevar una nueva solicitud de reconocimiento y pago de la licencia de maternidad por adopción.

III. PRUEBAS

De las pruebas que obran en el expediente se destacan:

- Copia auténtica del acta de entrega de la niña (folio 19).
- Fotocopia de la tarjeta de identidad de la niña (folio 20).
- Respuesta de Sánitas EPS sobre la solicitud de validación de reconocimiento y pago de la licencia de maternidad por adopción (folio 21).

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar el fallo materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico.

Corresponde a esta Sala de Revisión determinar el siguiente problema jurídico:

¿Se vulnera o no el derecho a la igualdad, a la dignidad, a la protección especial de la maternidad y de la niñez, de una persona y una niña que fue entregada en adopción, por la negativa de una EPS a efectuar el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad debido a que la menor cuenta con más de (7) siete años y a que la relación filial no ha sido reconocida formalmente por sentencia judicial?

Para abordar el problema jurídico la Sala se referirá a los siguientes temas: **(i)** la procedencia de la acción de tutela para reclamar el reconocimiento y pago de licencias de maternidad o paternidad; **(ii)** la protección constitucional especial de la mujer en estado de embarazo,

durante y en la época posterior al parto así como de las personas adoptantes y de los adoptados; **(iii)** la Sentencia C-543/10 y el desafío ligado a la adopción de la infancia mayor y la adolescencia; y por último se referirá **(iv)** al análisis del caso concreto.

3. Procedencia de la acción de tutela para reclamar el reconocimiento y pago de licencias de maternidad o paternidad. Reiteración de jurisprudencia.

3.1. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que la acción de tutela resulta procedente, para solicitar el reconocimiento de la licencia de maternidad, cuando su negativa amenace un derecho fundamental tanto de la madre como de la persona adoptante, al igual que los derechos del recién nacido o de los niños entregados en adopción.^[3]

En diferentes pronunciamientos la Corte ha precisado los elementos para que la tutela sea el medio idóneo para la reclamación de dicha prestación. En especial, la persona accionante debe interponer el amparo constitucional dentro del año siguiente al nacimiento o a la entrega de la adopción.^[4]

Así mismo, se ha comprobado que la omisión en el reconocimiento y pago de la prestación afecte el mínimo vital de la madre y su hijo o hija. Por lo que la jurisprudencia constitucional presume la vulneración del derecho al mínimo vital, cuando la mujer que da a luz o se le entrega un infante o adolescente en adopción no tiene ingresos económicos diferentes a su salario mensual o a que los recursos que devenga como trabajadora los deja de percibir durante la inhabilitación laboral temporal para atender el parto o la atención del adoptante, quedándose sin medios para solventar sus necesidades básicas. Lo anterior, sin perjuicio de la cuantía de los ingresos mensuales o el estrato socio económico de la madre biológica o de la persona adoptante.

En la **Sentencia T-136 de 2008** esta Sala de revisión amplió en forma coherente con el desarrollo jurisprudencial anterior el ámbito de aplicación de la presunción referida, y sentó las siguientes reglas:

- (i) “[L]a accionante que reclama el pago de la licencia de maternidad posee la carga de aportar las pruebas que permitan evidenciar que existe la vulneración al derecho al mínimo vital, con el objeto de presentar al juez su situación económica y la afectación de la misma. Sin embargo, para no hacer dicha carga gravosa para la peticionaria, el solo hecho de afirmar que existe

vulneración del mínimo vital es una presunción a la que debe aplicarse el principio de veracidad. Adicionalmente, en ciertos casos, el juez constitucional en procura de resguardar los derechos de los niños [o de las niñas] y de las madres gestantes puede presumir la vulneración del derecho cuando quien solicita la prestación económica es una persona de escasos recursos”

(ii) “Este supuesto no significa que la acción de tutela sólo proceda en los casos de mujeres que devenguen solamente un salario mínimo, pues si la mujer manifiesta que pese a recibir un ingreso más alto, la falta del pago de la licencia puede poner en peligro su subsistencia y la de su hijo [o hija], el juez debe valorar el caso y así mismo, revisar si el amparo es indispensable o no.”

(iii) “[T]ratándose de una prestación por licencia, que reemplaza el pago del salario, no es posible afirmar que no existe vulneración del mínimo vital, ya que en la regularidad de los casos el pago del salario es imprescindible para garantizar el derecho a la vida digna de quien lo recibe” razón por la cual, “la sola negación del pago de la licencia de maternidad permite suponer la vulneración del derecho fundamental al mínimo vital”.

(iv) “Tal supuesto debe ser aplicado igualmente para las mujeres que en calidad de cotizantes independientes se afilian al sistema, pues sus ingresos se verán disminuidos por su nueva situación de mujeres que dan a luz un hijo [o una hija]. En consecuencia, el no percibir ingresos por un período de 84 días (tiempo de la licencia de maternidad) indica la vulneración del derecho al mínimo vital, que se presume por la falta de salario.”

(v) “En este sentido, si la afiliada al sistema reclama el pago de la licencia de maternidad y la EPS rechaza la solicitud, ésta tiene la carga de la prueba y es la llamada a controvertir que no existe vulneración del derecho al mínimo vital; si por el contrario, la entidad no controvierte la afirmación de la usuaria, el juez de tutela debe presumir la vulneración del derecho mínimo de subsistencia, y en consecuencia, proceder al amparo de los derechos reclamados”

(vi) “[C]uando la peticionaria interpone la acción de tutela está solicitando la protección de un derecho vulnerado y así mismo afirmando la afectación del mismo, razón por la que no debe exigirse con la presentación del amparo que la tutelante manifieste

en forma expresa dicha violación al mínimo vital, pues la presentación de la acción de tutela es una manifestación tácita de la amenaza del derecho fundamental, que hace imperante la intervención del juez constitucional en el asunto”

(vii) “[L]as circunstancias propias de la madre gestante deben atender a sus condiciones económicas personales sin que sea posible afirmar que la protección al mínimo vital dependa de las circunstancias de su cónyuge, compañero permanente o núcleo familiar.”^[5]

Adicionalmente, es pertinente resaltar que el derecho al mínimo vital de la mujer embarazada debe verificarse con independencia de las condiciones económicas de su núcleo familiar, cónyuge o compañero permanente. Al respecto en la **Sentencia T-136/08** se explicó:

“La trabajadora que ha cotizado al sistema general de seguridad social adquiere el derecho al pago de la prestación, ajena e independientemente, a su situación familiar, sin que exista una motivación jurídica para que ésta tenga incidencia en el reconocimiento de un derecho personal y propio”.^[6]

3.2. En el caso sometido a revisión la acción de tutela resulta procedente para que la Corte determine si la presunta vulneración de derechos alegada por la peticionaria se configura, ya que la señora *Mimi*, conforme al principio de la inmediatez, presentó acción de tutela el 17 de junio de 2010,^[7] a tan solo unos días de haber sido entregada formalmente la niña, cuyo acto se materializó el 31 de mayo de 2010.

Además, como se aprecia en el precedente citado, la acción de tutela no solo procede en las reclamaciones por parte de padres o madres que devenguen solamente un salario mínimo, ya que se advierte que a pesar de recibir un ingreso más alto, la falta del reconocimiento y pago de la licencia tiene la potencialidad de poner en peligro tanto la subsistencia de la accionante como de la niña que le fue entregada en adopción.

Del mismo modo, tratándose de una prestación como la licencia, que reemplaza el pago del salario, no es posible sostener que no existe vulneración del mínimo vital, ya que como lo ha sostenido la Corte en la mayoría de los casos el pago del salario es imprescindible para garantizar el derecho a la vida digna de quien lo recibe” razón por la cual, la mera negación del pago de la licencia de maternidad permite suponer la vulneración del derecho fundamental al mínimo vital.

Ergo, a pesar de que la actora cuenta con ingresos de (\$6.783.000), es pertinente advertir que la licencia de maternidad no se reduce al aspecto pecuniario sino también a la posibilidad que tanto las madres gestantes y personas adoptantes se les reconozca un tiempo para que se dediquen al proceso adaptativo ya sea de la maternidad por gestación o del proceso de adopción. Sumado a que en este específico caso se trata de una madre soltera cabeza de familia sujeta a especial protección constitucional.

4. Protección constitucional especial de la mujer en estado de embarazo, durante y en la época posterior al parto así como de las personas adoptantes y de los adoptados.

El artículo 43 de la Constitución consagra una protección especial de la mujer embarazada y en estado de lactancia al señalar que ella “*gozará de especial asistencia y protección del Estado*”. Esta norma implica un deber de especial protección para la madre gestante y para el recién nacido.

Como manifestación de esta protección especial, el legislador ha consagrado, en el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo (en adelante CST), el reconocimiento de la licencia de maternidad para permitir un espacio para que la madre gestante afronte con tranquilidad la dificultad del parto o para que de forma extensiva la persona adoptante cuente con el tiempo y el dinero para iniciar el proceso de adaptación con el niño o adolescente que el Estado autorice entregar en adopción.

Establece la mencionada norma de la ley laboral:

“ARTICULO 236. DESCANSO REMUNERADO EN LA EPOCA DEL PARTO.

1. Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de doce (12) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al entrar a disfrutar del descanso.

2. Si se tratare de un salario que no sea fijo, como en el caso de trabajo a destajo o por tarea, se toma en cuenta el salario promedio devengado por la trabajadora en el último año de servicios, o en todo el tiempo si fuere menor.

3. Para los efectos de la licencia de que trata este artículo, la trabajadora debe presentar al {empleador} un certificado médico, en el cual debe constar:

- a). El estado de embarazo de la trabajadora;
- b). La indicación del día probable del parto, y
- c). La indicación del día desde el cual debe empezar la licencia, teniendo en cuenta que, por lo menos, ha de iniciarse dos semanas antes del parto.

4. Todas las provisiones y garantías establecidas en el presente capítulo para la madre biológica se hacen extensivas, en los mismos términos y en cuanto fuere procedente, para la madre adoptante del menor de siete (7) años de edad, asimilando la fecha del parto a la de la entrega oficial del menor que se adopta. La licencia se extiende al padre adoptante sin cónyuge o compañera permanente.” ^[8]

De la transcripción de la norma se puede extraer que el reconocimiento del tiempo y la accesoria prestación económica equivale al salario que la madre biológica o la persona adoptante devengaría de no interrumpir su vida laboral y asegura tanto su subsistencia como la de su hijo/a, en la época próxima y posterior al parto o a la entrega en adopción.

La Corte ha considerado que el descanso remunerado tiene entre otros fines que la madre biológica o la persona adoptante se pueda dedicar al cuidado del recién nacido y de sus necesidades propias, así como las del niño según la edad que sea entregado en adopción. Además y especialmente busca que se creen las condiciones de desarrollo físico, social y afectivo en esa primera etapa para el niño recién nacido o entregado en adopción, sin que las preocupaciones laborales sean un obstáculo o carga. De allí que, como se ha señalado, las garantías de las madres gestantes se deben extender a las personas adoptantes, en los términos del numeral 4º del artículo 236 del CST, no obstante, respecto de los niños entregados en adopción se establecía un criterio de limitación del reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, según el cual se permitía siempre y cuando el menor adoptado fuere menor de 7 años. Requisito que fue declarado inconstitucional en la Sentencia C-543/10, por las razones que pasan a exponerse a continuación. ^[9]

5. La Sentencia C-543/10 y la declaratoria de inconstitucionalidad de la edad como criterio restrictivo para que a los adoptantes de infantes y adolescentes mayores de 7 años, se les reconozca y pague la licencia de maternidad o paternidad.

La Corte Constitucional en la Sentencia C-543 del 30 de junio de 2010, resolvió declarar inexecutable la expresión “*del menor de siete (7) años de edad*” contemplada en el artículo 236 del CST, transcrito con anterioridad.

En la providencia se estudió la demanda de inconstitucionalidad presentada por una ciudadana en contra del numeral descrito, sobre la base que la disposición legal establecía un trato discriminatorio que no encontraba motivo que justificara que a la persona adoptante de un niño mayor de siete (7) años no se le otorgaran los mismos beneficios legales otorgados a la madre biológica y/o a la madre adoptante de un menor de siete (7) años. Manifestaba la solicitante que la persona que adopta un niño que supere la edad en mención, tiene los mismos deberes y derechos para que los niños adoptivos logren ingresar a un entorno o contexto familiar, lo que requiere del tiempo, esmero y dedicación que le es negado por la consagración legal impugnada.

Se alegó también que el aparte demandado privaba de protección a los niños y adoptados mayores de siete años e impedía que se garantizara el amparo de sus intereses prevalentes en contravía de lo establecido por el artículo 44 superior. Así mismo, se adujo que el precepto desconocía el artículo 42 Superior, que dispone que *“los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes”*.

En particular, la Corte realizó un recorrido por la legislación de la licencia de maternidad, señalando que una de sus finalidades es la de proteger a las madres trabajadoras durante y después del parto y asegurar la protección de la niñez; es decir, una protección doble e integral ya que abarca tanto a la madre como al recién nacido. Dicha simbiosis comprende un conjunto de prestaciones que permiten dar inicio a las relaciones familiares en condiciones de calidad y de dignidad. Del mismo modo, se precisó que el ámbito de protección de la licencia de maternidad de la madre biológica se equipara a la madre adoptante y al padre adoptante sin cónyuge o compañera permanente, puntualizándose que la fecha de la entrega formal sería equiparable a la fecha del parto.

Esta Corporación consideró que las personas trabajadoras que adoptan menores de siete años y las personas trabajadoras que adoptan mayores de siete años se encuentran en situaciones similares. Resaltó los siguientes puntos de comparación: *“(i) ser trabajadoras; (ii) estar en proceso de ser madres o padres; (iii) haber optado por la adopción”*. Esta situación de equiparación hace posible que se le otorgue, a los dos grupos de personas adoptantes, iguales derechos y obligaciones y, por ende, el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad.

Posteriormente, la Corte abordó el examen estricto de la norma a partir de un juicio estricto de igualdad, para determinar si la medida de diferenciación sustentada en el criterio etario tenía una finalidad legítima desde el punto de vista constitucional, a lo que señaló:

“el tiempo inicial de integración familiar es tan decisivo en el proceso de adopción de niños o de niñas mayores de siete años, como lo es en el caso de los niños y de las niñas menores de siete años. Incluso, se podría sostener que el ingreso a la adolescencia trae consigo un conjunto de requerimientos todavía más complejos –para las madres y los padres como para las hijas y los hijos”.

La sentencia reconoció que la infancia y la adolescencia son etapas exigentes en las que se define la personalidad y se determinan, en consecuencia, los valores, creencias, identidad sexual, elección de profesiones u oficios, entre otros, los retos del individuo para con la sociedad. Precisamente, se puso en evidencia las dificultades que los mayores de siete años tienen para ser adoptados, ya que requieren mayor compromiso y acompañamiento durante el periodo de adaptación e integración a un nuevo núcleo familiar, teniendo en cuenta la situación de maltrato, desamor y abandono al que regularmente han sido sometidos.

Adicionalmente, la Corte Constitucional constató que la distinción efectuada por el numeral 4º del artículo 236 del CST no resulta lógica ni razonable frente a la consecución de fines constitucionales buscados, ya que desconoce los intereses superiores de los niños mayores de 7 años y el carácter amplio con que ha interpretado la jurisprudencia constitucional el concepto de infancia y adolescencia.

Sobre este punto, para la Sala es claro que si la legislación equiparó la adopción al hecho del parto, lo hizo justamente para proteger también los derechos de las niñas y de los niños en situación de adoptabilidad por lo que no es admisible que se prive del goce de un conjunto de prestaciones encaminadas a asegurar la integración a la nueva familia en condiciones de calidad y de dignidad al grupo de los niños y niñas adoptables mayores a siete (7) años, después de que probablemente han sufrido situaciones de abandono, violencia, maltrato físico, emocional, soledad y pérdida de los padres, entre otras lamentables circunstancias.

En conclusión, la Corte considera que excluir del reconocimiento y pago de la licencia de maternidad a las personas adoptantes mayores de siete años – incluidos los padres adoptantes sin cónyuge o compañera permanente– y a los adoptables mayores de siete años, desconoce el mandato de igual trato

del artículo 13 constitucional, así como el mandato del artículo 42 Superior, que ordena el reconocimiento de los mismos derechos y obligaciones a todos los hijos de la familia y el interés superior de la niñez del artículo 44. Más aún, teniendo en cuenta que el grupo de adoptables mayores de siete (7) años requiere de mayor acompañamiento y protección en su proceso de integración en su nuevo hogar.

6. El desafío ligado a la adopción de la infancia mayor y la adolescencia.

6.1. Como fue expuesto en la **Sentencia C- 543/10** considerandos (5.5.6. y 5.5.7.) es posible afirmar que la adopción de la infancia y la adolescencia, según la edad es uno de los campos menos explorados en los estudios sociales y en la psicología. Esta circunstancia no resulta sorprendente, ya que de hecho, la adopción en sí misma presenta enormes desafíos para brindar conclusiones tanto teóricas como clínicas sobre los desafíos y posibilidades para el desarrollo del vínculo paterno o materno-filial entre adoptantes y adoptables en las sociedades contemporáneas. Esta circunstancia se agrava aún más por el hecho de que las adopciones de niños mayores son consideradas difíciles, ya que permanecen por largos períodos en instituciones estatales o incluso hasta alcanzar su mayoría de edad, sin que el Estado pueda proveerles una familia.

Como se evidencia en los argumentos expuestos en la providencia citada por parte de universidades y entidades oficiales del Estado que intervinieron en el proceso, la adopción de niños y/o adolescentes mayores no constituye la regla en las adopciones; en otras palabras, la adoptabilidad en estos casos es atípica, circunstancia que no solo se presenta en Colombia.

La excepcionalidad de la adopción de niños mayores resulta igualmente determinante en la limitación de la oferta institucional para el acompañamiento en el periodo posterior a la adopción, de tal manera que las personas adoptantes reciban orientación y apoyo frente a los desafíos de su crianza.

Por otra parte, se impone por las autoridades la ambigua carga de la total reserva sobre los antecedentes familiares de los niños, debido a lo cual los padres y madres adoptantes no tienen derecho a conocer la historia previa de la persona que hará parte su vida, salvo datos generales o de salud importantes, lo cual hace más difícil la comprensión de las eventuales dificultades para el proceso de crianza o para el desarrollo de lazos de comunicación saludables y para el manejo de las mismas.

Independientemente de saber si ésta exigencia es adecuada para los niños y sus padres adoptantes, legalmente se establece una reserva sobre todos los documentos y actuaciones del proceso de adopción por el término de 20 años, reserva que incluye a los adoptantes.^[10]

En relación con las eventuales complicaciones psicológicas asociadas con la adopción, sólo en épocas más recientes se ha comenzado a prestarles atención, más en países con altos niveles de desarrollo, menos en países como el nuestro. Algunos estudios advierten que la adopción constituye una experiencia estresante, concepto que parece contrario a los prejuicios prevalecientes, según los cuales la adopción constituye una forma de poner fin a las angustias de quienes dan hijos en adopción, de los padres incapaces de procrear y de los niños/as sumidos en el desamparo y la inseguridad.^[11]

6.2. Es por ello que un sector de la academia autorizada considera que el sentido de pérdida que acompaña a la adopción es un gran determinante del estrés infantil, el cual se presenta tanto en niños y adolescentes que nunca conocieron a su familia biológica, como en aquellos que lograron formar un sentimiento de apego con sus progenitores. En el caso de mayores de 6 años, se afirma que ese sentimiento de pérdida es no solo más evidente, sino más traumático, con lo cual se genera mayor estrés y vulnerabilidad en el proceso adoptivo. Incluso, se asevera que a medida que la persona experimenta múltiples separaciones de figuras de apego, en razón de su permanencia en el sistema de protección, este sentido de pérdida se considera como un agente provocador que contribuye directamente al desarrollo de psicopatologías.

En cuanto al contenido de este sentimiento de pérdida, algunos estudiosos del tema señalan que una vez los niños/as entienden las implicaciones de la adopción, no sólo experimentan la pérdida de sus progenitores y de su origen, sino también una pérdida de estabilidad en la relación con sus padres adoptivos. Además, se afirma que se presenta una pérdida del sentido de continuidad personal y genealógica y una pérdida de estatus asociada con el sentimiento de la diferencia. Por lo que se sostienen que esas pérdidas pueden conducir al adoptivo a sentirse incompleto, alienado, desconectado, abandonado o indeseado. Más aún, este sentido de pérdida desemboca en un patrón característico de reacciones emocionales y de comportamiento asociadas comúnmente con el luto.

De otra parte, se sugiere por la doctrina que los adoptados en una edad más avanzada, con mayor capacidad reflexiva, analítica, lógica y proyectiva en su aproximación al mundo, generan un mayor reconocimiento hacia la

ausencia de conexión biológica con sus padres adoptivos, lo que produce confusión y estrés en la seguridad y permanencia en la familia. También se afirma que en la medida en que aumenta su madurez, *“la capacidad para comprender la reciprocidad lógica en las relaciones humanas, les impone enfrentar el rechazo anterior a la construcción de la nueva familia. Incluso, a medida que los niños avanzan hacia la adolescencia, el sentido de pérdida se profundiza, y comienzan a reevaluarla en términos de su propia identidad emergente, lo cual conlleva experimentar nuevas pérdidas, como la de conexión con una línea genealógica y la pérdida de individualidad.”*^[12]

En cuanto a la formación de su identidad, la literatura en la materia sugiere que la formación en los niños y adolescentes se ve negativamente afectada por la experiencia de la adopción. Sobre el particular se señala que *“en materia del nombre del adoptado, tiene la virtud de indicar el camino para sortear la cuestión más álgida que presenta el nombre de las personas: el reiterado enfrentamiento entre (...) autonomía de la voluntad o entre el principio de inmutabilidad y el de libertad. El equilibrio entre ambos en lo relativo al nombre del adoptado según el régimen jurídico vigente estaría sentado en la figura de los adoptantes. De conformidad con el contexto normativo supralegal, dicho eje debería pasar por el derecho de los adoptados, principalmente, en el respeto por el derecho a la identidad y el derecho a ser partícipes en la construcción de esa identidad, en este caso, del nombre como parte integrante de este derecho.”*^[13]

6.3. De otra parte, como se señala en el sistema de adopciones del Estado de Míchigan (EE.UU),^[14] un niño mayor que es adoptado trae consigo dos situaciones que lo afectan: de una parte, el rechazo de sus padres biológicos; y de otro, la creciente y constante inseguridad creada durante su permanencia en el sistema de protección. Esto genera en los niños un sentimiento de desconfianza hacia los adultos en cuanto a su amabilidad y su consistencia.

Si bien se señala por la citada institución que un proceso de luto puede extenderse entre nueve (9) meses y un (1) año, resulta muy probable que los mayores adoptados hayan quedado sumidos en el proceso de luto, lo cual prolonga en el tiempo su superación. Por otra parte, se recomienda que la construcción de confianza entre el adoptivo hacia el adoptante dependa en gran medida de su experiencia al respecto con sus padres biológicos. El niño/a deberá aprender que ese nuevo hogar es distinto y que sus padres adoptivos son distintos, para finalmente ver al adoptante como quien realmente es y no como una repetición de pasadas experiencias.

Se señala que el elemento crucial en la mayoría de adopciones de niños mayores radica en la identificación: la identificación del niño con sus padres y la identificación de los padres adoptivos con él. Desde el punto de vista del niño/a, debe abandonar su apego con otras figuras paternas, bien biológicas o sustitutas, y comenzar a hacerse parte de sus padres adoptivos, proceso que es extremadamente difícil. Ello le puede significar sentimientos de deslealtad, hacia sus anteriores padres o hacia sí mismo.

En contraste con los argumentos expuestos, en la **Sentencia C-543/10** se afirma un aspecto positivo en la adopción de niños y adolescentes mayores de siete años ya que tiene también ventajas considerables para los padres adoptantes, así como para los adoptivos. Entre los beneficios que se derivan de la adopción de niños o niñas mayores de siete años, se enumeraron los siguientes: (i) tolerancia a la propia ambivalencia y/o sentimientos negativos fuertes; (ii) comprensión ante el rechazo por parte de terceros; (iii) habilidad para encontrar felicidad en pequeños incrementos de mejoría; (iv) flexibilidad en el rol parental; (v) visión sistémica de la familia; (vi) apropiación del rol; (vii) actitud activa; (viii) humor y auto cuidado; (ix) sistema familiar abierto, entre otros.

6.4. En síntesis, analizadas algunas de las recomendaciones, conclusiones y reflexiones que surgen a partir de los estudios de adopción en niños y adolescentes mayores, puede advertirse que el proceso de adopción reviste una serie de complejidades que mayoritariamente no se presentan en las adopciones de infantes, o que en éstas sólo vienen a presentarse con el transcurso de los años.

Los inmensos retos que enfrentan padres y madres adoptantes, así como niños y adolescentes adoptados, que se sustentan en la mayor probabilidad de experiencias traumáticas previas, en la mayor desconfianza construida hacia los adultos que asumen roles parentales, en las débiles bases de construcción de autoestima, y en la mayor capacidad cognitiva para reflexionar acerca de las implicaciones de la adopción, necesariamente llevan a comprender que el proceso de construcción del apego entre los miembros de esa nueva familia no sólo es más complejo, sino que demanda más tiempo que el que se espera en las adopciones tradicionales.

En el caso de los preadolescentes y adolescentes, este período de construcción del apego es crítico, ya que exige de ellos además la aceptación de sus padres adoptivos en forma previa al proceso de afirmación de su propia individualidad, a fin de lograr un pasaje más pacífico durante esta etapa y resultados más positivos para su integridad psicológica posterior.

De allí que el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad o paternidad por adopción, contribuye a la construcción del apego entre dos seres que hasta ese momento son desconocidos entre sí. Sin negar las dificultades inherentes a toda adopción, en el caso de niños y adolescentes mayores, como se explicó, este proceso es más complejo, más prolongado e incluso más traumático, y se presenta desde un comienzo, a diferencia de los casos de adopción tradicional, en los cuales las repercusiones más complejas o no se presentan o se diferencian a estadios posteriores acordes con el avance del proceso adoptivo según el caso concreto.

7. Análisis del caso concreto

7.1. En el asunto que ocupa la atención de la Sala, la gestora del amparo solicita la protección de sus derechos constitucionales fundamentales a la igualdad, a la especial protección de la mujer y a la maternidad, los cuales estima han sido vulnerados por Sánitas EPS al negarse a efectuar el pago de la licencia de maternidad por adopción a la que considera tiene derecho de conformidad con las normas legales y el precedente de esta Corporación.

Sanitas EPS niega la solicitud con fundamento en que la peticionaria no cumple con los requisitos legales para el pago de la prestación económica derivada de la licencia por maternidad, toda vez que el CST solo contempla la garantía de los adoptantes cuando son menores de 7 años, requisito que no se cumple en el caso concreto.

El juez de primera instancia denegó el amparo sobre la base del argumento expuesto por la EPS. La segunda instancia, si bien reconoce que la Sentencia C-543/10 declaró inexecutable el requisito de la edad, estima que en el caso concreto no se puede reconocer y pagar la licencia de maternidad, porque no existe el vínculo filial entre la actora y la niña que se le entregó, sino hasta al momento de la sentencia que así reconozca esta condición.

7.2. Conforme a lo expuesto en las consideraciones previas la presente providencia la acción de tutela que se revisa resulta procedente. Adicionalmente, en un asunto como el que se revisa, en el cual madre e hija han convivido alrededor de nueve (9) meses, de conformidad con las reflexiones anotadas, mal puede concluirse que la licencia de maternidad ha dejado de ser útil y necesaria o que por el contrario no se pueda alegar su reconocimiento y pago.

En primer lugar, está probado que no han contado con un tiempo libre de los afanes propios de la cotidianidad –laboral y escolar- para posibilitar la construcción del apego, ante la ocurrencia de fenómenos extraordinarios en la vida de adoptante y adoptado. En segundo lugar, si bien el afecto mutuo puede haberse desarrollado con el transcurso de estos meses de convivencia, ello no significa que el apego se haya logrado consumir, ya que como se ha visto, la superación de los múltiples obstáculos que implica la adopción no ha cumplido el tiempo usual de elaboración y bien puede haberse entorpecido o complicado por la ausencia de protección integral en el periodo inicial de la vida de la menor.

Por ello, el reconocimiento del período de descanso remunerado vía licencia de maternidad y pago aún puede surtir los efectos pretendidos por la ley, lo que garantizaría la cercanía física y emocional necesaria para facilitar a madre e hija la elaboración de un proceso aún inconcluso.

Igualmente, el reconocimiento actual de la licencia de maternidad al margen de los ingresos de la peticionaria, contribuiría a fortalecer la sensación de seguridad de la niña *Lennon*, al poder contar con la compañía de su madre sin restricciones y accesoriamente hacer efectiva la garantía que su adoptante adquirió mes a mes al cotizar al sistema de salud. Así mismo, a la madre le brindaría la tranquilidad necesaria por fuera del trabajo para atender las diversas circunstancias que tanto ella como la niña que le fue entregada en adopción afrontan, propias de este complejo y difícil proceso de convertirse en familia.

7.3. Frente al condicionamiento que realiza el juez de segunda instancia, según el cual la solicitud de la licencia de maternidad sólo es procedente a partir del momento en el que la sentencia judicial que decreta la adopción sea inscrita en el registro civil y reemplace el acta de nacimiento de origen, es necesario establecer que dicha interpretación no se acompasa con lo dispuesto en el artículo 236 del CST. Sobre el particular la norma señala expresamente que la fecha del parto se asimila a la de la entrega oficial del menor que se adopta, no a la de la inscripción de la sentencia judicial que decreta el nacimiento del vínculo filial y el respectivo cambio del registro civil.^[15]

Por tanto, sí se siguiera dicha línea de argumentación, se tendría que la prestación de licencia de maternidad que, como se ha mencionado, tiene como finalidad esa integración y adaptación inicial a la nueva familia, se vería desnaturalizada puesto que se condicionaría a la duración del proceso de adopción que regularmente tiende a extenderse, momento para el cual ya ha transcurrido la fase de contacto y ajuste inicial.

Sumado a lo anterior, al observar el acta de entrega formal de la niña, suscrita por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar el 31 de mayo de 2010, se tiene que en ella se consigna la obligación de la madre adoptante de “velar por ella física, moral y económicamente, además de brindar toda la atención para su cabal desarrollo integral”,¹⁶ lo que implica el deber de establecer vínculos entre la señora *Mimi* y la niña *Lennon* que favorezcan y estimulen sentimientos de apego, afecto y pertenencia a un núcleo familiar que protege, proporciona y suple todas sus necesidades con el fin de alcanzar su pleno desarrollo.

Para la Sala, la formación de estos vínculos no puede esperar a la terminación del extenso proceso de adopción ya que es precisamente al momento formal de la entrega, en el que se comienza el proceso de empalme y construcción de los lazos afectivos. Con mayor razón, si se considera que se trata de una niña que por su edad ha sido obligada a una historia familiar y a unas vivencias y patrones inadecuados de crianza con su familia de origen y su entorno social, que conforme a las consideraciones de esta providencia tiene la potencialidad de generar ansiedad y temor al enfrentarse a situaciones y experiencias nuevas y al establecimiento de nuevos vínculos y cambio de ambiente.

7.4. Por los argumentos anteriormente expuestos y con el fin de materializar el amparo a las madres trabajadoras adoptantes de niños y adolescentes mayores de siete años; se revocará la providencia dictada por el Juzgado 14 Penal del Circuito de Bogotá dentro del asunto de la referencia. En consecuencia, se ordenará a Sánitas EPS efectuar el reconocimiento y pago total de la licencia de maternidad por adopción a favor de la señora *Mimi* y de la niña *Lennon*, entregada formalmente en adopción, como mecanismo para conjurar la vulneración de sus derechos fundamentales a la igualdad, a la dignidad, a la protección especial de la maternidad y la niñez.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR el fallo proferido en el proceso de la referencia por el Juzgado 14 Penal del Circuito de Bogotá. En su lugar **CONCEDER** el amparo de los derechos fundamentales a la igualdad,

a la dignidad, a la protección especial de la maternidad y la niñez de la señora *Mimi* y de la niña *Lennon* entregada formalmente en adopción.

SEGUNDO.- ORDENAR a Sanitas EPS que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, si aún no lo hubiere hecho, proceda a reconocer y pagar en su totalidad, la licencia de maternidad de la señora *Mimi*, con fundamento en el monto que servía de base de cotización al momento de la entrega formal de la niña por parte del ICBF.

LÍBRESE por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

JORGE IVAN PALACIO PALACIO
Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA
Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB
Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ
Secretaria General

^[1] El despacho del magistrado sustanciador procedió a comunicarse con la accionante con el fin de consultarle si quería que tanto ella como su hija fueran identificadas en esta providencia, a lo que la peticionaria contestó que prefería que no se hiciera referencia a sus identidades. (Constancia de llamada obrante a folio 09 del cuaderno de revisión). Conforme a lo anterior, la Sala encuentra pertinente adoptar como medida de protección del derecho a la intimidad y confidencialidad, suprimir de esta sentencia la identidad y referencias que puedan identificar a la accionante o y a la niña que le fue entregada por el ICBF. Al respecto pueden consultarse las Sentencias SU-256/96, SU-480/97, SU-337/99, T-810/04, T-618/00, T-436/04, T-220/04, T-143/05, T-349/06, T-628/07, T-295/08, T-816/08, T-948/08 y T-554/10, entre otras.

^[2] Blanca Patricia Villegas de la Puente, en calidad de Directora Nacional de Recursos y Acciones Judiciales de la Defensoría del Pueblo, presentó escrito para coadyuvar la impugnación de la sentencia, refiriendo que se debe ordenar el reconocimiento y pago de la licencia por maternidad a la demandante. Fundamenta su escrito en la decisión de la Corte Constitucional que declaró que la norma que consagra el descanso remunerado para la madre adoptante del menor de siete años supone una diferenciación injustificada e incompatible con la Carta Política.

^[3] Sentencias T-664 de 2002, T-136 de 2008, T-127 de 2009 y T-231 de 2009.

^[4] Sentencias T-999 de 2003, T-127 de 2009, T-231 de 2009, T-261 de 2009 y T-365 de 2009.

^[5] En igual sentido pueden consultarse entre otras, las Sentencia T-466 de 2000 y T-127/09.

^[6] Sentencias T-136 de 2008, T-781 de 2008 y T-231 de 2009.

^[7] Folio 22

^[8] Aparte tachado declarado inexecutable por la Corte Constitucional en la Sentencia C-543/10, como se entrará a especificar más adelante. Subrayado por fuera del texto original.

^[9] Sentencias T-559 de 2005 y T-791 de 2005.

^[10] Artículo 75 de la Ley 1098 de 2006: *“Todos los documentos y actuaciones administrativas o judiciales propios del proceso de adopción, serán reservados por el término de veinte (20) años a partir de la ejecutoria de la sentencia judicial. De ellos sólo se podrá expedir copia de la solicitud que los adoptantes hicieron directamente, a través de su apoderado o del Defensor de Familia o del adoptivo que hubiere llegado a la mayoría de edad, la Procuraduría General de la Nación; el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar a través de su Oficina de Control Interno Disciplinario, la Fiscalía General de la Nación, el Consejo Superior de la Judicatura a través de su Sala Jurisdiccional Disciplinaria, para efectos de investigaciones penales o disciplinarias a que hubiere lugar.”*

^[11] Brodzinsky, David M y Schechter, Marshall D. *The Psychology of Adoption*, Oxford University Press, 1990, pág. 4. Este texto sintetiza numerosas investigaciones, en las cuales se sustentan la mayoría de las afirmaciones que la Corte expone en este capítulo.

^[12] Ídem, pág.150 [Traducción informal].