

ACCION DE TUTELA / SERVICIO MEDICO HOSPITALARIO / DERECHO A LA VIDA / DERECHO DEL QUE ESTA POR NACER / PROTECCION A LA MATERNIDAD / MECANISMO TRANSITORIO / DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS NIÑOS

El precepto constitucional señala la especial protección que tiene la mujer durante el embarazo y después del parto; en ese sentido gozará de asistencia y protección del Estado, al tenor del art. 43 de la Carta Fundamental. Le asiste razón a la actora cuando afirma que la inasistencia médica, obstétrica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria conducen a una violación del derecho fundamental a la vida (art.13) y los derechos fundamentales de los niños de que habla el art. 44 de la Constitución Nacional. Este derecho, como bien lo sostiene el Tribunal, nace o se hace exigible desde el momento mismo de la concepción, en caso contrario se harían nugatorios los derechos que consagran las normas constitucionales. En esta oportunidad procede esta acción como mecanismo transitorio, entre tanto se decida en el respectivo proceso que adelante, si la actora tiene o no derecho a su restablecimiento.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

Consejero ponente: JUAN DE DIOS MONTES HERNÁNDEZ

Santafé de Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de marzo de mil novecientos noventa y cuatro (1994)

Radicación número: AC – 1596

Actor: JOHANNA MIRANDA FLÓREZ

Resuelve la Sala la impugnación interpuesta por la Caja Nacional de Previsión Social de Antioquia, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 21 de febrero de 1994, por la cual se adoptaron las siguientes decisiones:

"PRIMERO.- Conceder la tutela instaurada por la señora Johanna Miranda Flórez, en nombre propio y representación de su hijo contra la Caja Nacional de Previsión, seccional de Antioquia, por lo expuesto en la parte motiva".

"SEGUNDO.- Ordenar a la Caja Nacional de Previsión, Seccional de Antioquia. por conducto de su Director Seccional y el Jefe de la División Salud, doctores Jesús Alberto Echeverri y Juan Francisco Marín Rubiano,

o por quienes hagan sus veces, prestar la atención obstétrica a la señora Johanna Miranda Flórez, que comprende la atención prenatal, parto, puerperio y la atención médica integral del hijo que está por nacer durante los seis meses siguientes al parto. Orden que deberá cumplirse dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su notificación y mientras se define de fondo el asunto por la jurisdiccional competente".

"TERCERO. - La interesada, señora Johanna Miranda Flórez, deberá iniciar las acciones ordinarias del caso, dentro de los cuatro meses siguientes a la ejecutoria de esta providencia, so pena de que cesen sus efectos - artículo octavo del decreto 2591 de 1991 ".

"CUARTO.- Prevenir a los órganos administrativos mencionados en esta sentencia, para que se abstengan de repetir conductas como las que originaron esta tutela".

"QUINTO. - Copias y notificar por medios telegráficos u otro medio expedito, dentro del día siguiente a su expedición a más tardar".

"En caso de que no sea impugnada, enviar a la Corte Constitucional para su revisión".

ANTECEDENTES

El 10 de febrero de 1994 JOHANNA MIRANDA FLOREZ en nombre propio instauró acción de tutela en contra de la Caja Nacional de Previsión Social, para que se ordene a dicha entidad prestarle los servicios médicos correspondientes al parto, post - parto y la atención médica, quirúrgica, hospitalaria y farmacéutica necesaria que requiera su actual estado de embarazo, en ese orden de ideas estima violado el derecho fundamental a la vida (artículo 11 C.N.) y los derechos fundamentales de los niños de que habla el artículo 44 de la Carta Política. En efecto, utilizó esta acción como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

La causa petendi de la acción consintió en:

"PRIMERO: Desde hace más o menos seis años, venía laborando en la Caja Nacional de Previsión, adscrita al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, de el cargo de Auxiliar Administrativa - Pagaduría, código 5120 - grado 05".

"SEGUNDO: El 30 de diciembre de 1993, se me comunicó que en la ejecución del programa de supresión de empleos adoptado por la Caja Nacional, se suprimió de la planta de personal el cargo de Auxiliar Administrativo que yo venía desempeñando".

"TERCERO: Esta supresión de mi empleo se me informó a pesar de que para dicha fecha tenía 6 meses de embarazo, el cual no sólo era notorio sino también conocido por todos mis compañeros de trabajo y por mi efe inmediato".

"CUARTO: En reuniones anteriores con nuestros jefes inmediatos y con altos directivos de CAJANAL, que venían desde Bogotá, se nos informó que a las mujeres embarazadas se nos respetaría el empleo. Pues la entidad seguiría funcionando con más o menos el 30% de] personal antiguo, como efectivamente ha sucedido".

"QUINTO: Asombrosamente y a pesar de mi estado de embarazo, no sólo se me suprimió el cargo, sin lugar a ningún tipo de indemnización o pago de incapacidad por el embarazo, sino que según certificación de enero 24 de 1994 (que anexo), SE ME RESTRINGIO EL SERVICIO DE SALUD A SOLO TRES MESES contados desde el 31 de diciembre de 1993 y se me advirtió verbalmente por el doctor JUAN FRANCISCO MARIN RUBIANO, Jefe de la División de Salud, que firma la certificación, QUE SI NO TENIA EL BEBE DENTRO DE ESOS TRES MESES NO SE ME DARIA ATENCION PARA EL PARTO".

"SEXTO: También se me informó por parte del mismo doctor Marín, que pasados los tres meses que se me estaban concediendo, no tendría ningún servicio de salud ni para mí ni para el bebé".

"SEPTIMO: Para tener un bebé en buenas condiciones es necesario que la madre tenga tranquilidad y yo de acuerdo con lo que se me certificó en CAJANAL, ME ENCUENTRO VIVIENDO UN TERRIBLE ESTADO DE ANSIEDAD, pues no tengo empleo ningún recurso para costear el parto y para atender las más elementales necesidades de mi hijo, pues si este llegare a nacer enfermo, como ya me ocurrió con mi primera hija (que perdí), no podré pagar un médico para que lo atienda".

"OCTAVO: El artículo 43 de la C.N. prevé: "LA MUJER NO PUEDE SER SOMETIDA A NINGUNA CLASE DE DISCRIMINACION DURANTE EL EMBARAZO Y DESPUES DEL PARTO GOZARA DE ESPECIAL LA ASISTENCIA Y PROTECCION DEL ESTA.....

"NOVENO: Igualmente el artículo 44 de la Constitución Nacional Prevé: " ... QUE SON DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS NIÑOS: LA VIDA, LA INTEGRIDAD FISICA, LA SALUD Y LA SEGURIDAD SOCIAL.....

"De acuerdo con lo anterior, CAJANAL está violando no sólo la normatividad jurídica que obliga a cualquier patrono a responder por el parto y post-parto de la mujer embarazada separada de su empleo, sino también la CONSTITUCION NACIONAL, EN CUANTO A QUE EL MISMO ESTADO, EN LUGAR DE CUMPLIR SU OBLIGACION DE PROTEGERME CON MI HIJO QUE ESTA POR NACER, ME HA SOMETIDO A TERRIBLE PRESION DI: OBLIGARME A TENER EL BEBE (COMO SEA), ANTES DE QUE SI CUMPLAN LOS TRES MESES QUE SE ME DIERON DE SERVICIOS DE SALUD, pues si me paso de ese tiempo no tendré atención para el parto, o sea que prácticamente me ESTAN INDUCIENDO A UN ABORTO, porque sin dinero para costear dicho parto, tendré que forzarme

a tener el bebé antes de los tres meses concebidos según certificación que anexo".

"La vida es un derecho fundamental y a mi hijo se le está negando por una entidad del estado, el derecho a nacer dignamente".

"Con todo respeto solicito esta acción de tutela como mecanismo transitorio, por que el parto no da tiempo para que prospere una acción normal, con el fin de evitar UN PERJUICIO IRREMEDIABLE A MI VIDA Y A LA DE MI HIJO".

"Es de anotar que una abogada empezará a tramitar el proceso administrativo, no solo para solicitar los servicios de salud a que tengo derecho junto con mi hijo sino también el reintegro y el pago de la respectiva incapacidad, pero como el parto y los servicios de salud que requiera no dan espera a un fallo judicial en proceso, requiero esta acción de tutela como mecanismo transitorio, para que así se protejan nuestras vidas y nuestros más elementales derechos".

"Por lo anterior solicito a los señores magistrados, se sirvan obligar a CAJANAL a través del Jefe de la División de Salud correspondientes al parto, pots-parto y la atención médica, quirúrgica, hospitalaria, y farmacéutica que tanto mi hijo yo podamos requerir. Todo ello por el tiempo que sea necesario, sin limitaciones que atentan contra nuestras vidas y nuestra salud".

"Anexo certificación del 24 de enero de 1994, expedida por el jefe de salud de Cajanal, en la que se me limita el tiempo de atención a tres meses. 2) Informo sobre supresión de empleo de diciembre 30 de 1993. 3) Copia de la prueba de embarazo y de una ecografía, para establecer mi estado, el cual es notorio a simple vista".

La dirección Seccional de Antioquia de la Caja Nacional de Previsión dio contestación a la acción impetrada y arguyó:

"La desvinculación de la señora JOHANNA MIRANDA FLOREZ, obedece única y exclusivamente a la reestructuración ordenada por el Gobierno Nacional, la cual es por todos conocida mediante decreto 2147 de diciembre 20 de 1992, se reestructura la Caja Nacional de Previsión Social, y se le otorgan facultades a la Junta Directiva de la Entidad, para suprimir empleos o cargos vacantes y los desempeñados por empleados públicos cuando el los no fueren necesarios en la respectiva planta de personal como consecuencia de la reestructuración".

"Que por resolución 5466 del 28 de diciembre de 1993, se suprimió el cargo de Auxiliar Administrativo, código 5120 - grado 05, que en su momento ocupaba la señora JOHANNA MIRANDA FLOREZ con c.c. 43.682.663, a partir del 31 de diciembre de 1993. Que de acuerdo con las normas de la Caja Nacional de Previsión Social, en su resolución 02640 de 1984, el trabajador que sea retirado del cargo se le darán tres meses mas de período protección en salud".

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

El a-quo para adoptar la decisión impugnada sostuvo:

"1.- Como puede verse, la interesada invoca la tutela como mecanismo transitorio, toda vez que el perjuicio lo considera irremediable".

"Para la Sala, en realidad, tal perjuicio es irremediable toda vez que la atención que reclama, llegaría demasiado tarde si está a la espera del fallo judicial que dicta el juez administrativo en relación con el deber de CAJANAL de brindarle la atención obstétrica del caso, lo que por sustracción de materia, debe ser favorable la sentencia, la prestación misma del servicio".

"Recuérdase que la tutela como mecanismo transitorio, busca, "ofrecer al titular del derecho un medio expedito y eficaz para evitar un daño respecto del cual la decisión judicial definitiva llegaría demasiado tarde y apenas haría posible un resarcimiento" a posteriori", es decir sobre la base de un hecho cumplido"- Corte Constitucional, sentencia T-203 de mayo 26 de 1993, ponente: Doctor Hernández Galindo -".

"Miradas pues las cosas, como la omisión o incumplimiento de la administración de un deber y habida consideración de las circunstancias concretas en que se encuentra la solicitante, es claro que el resarcimiento o restablecimiento del derecho, en lo que toca con la atención pedida, solo podría hacerse por equivalencia".

"De allí, que el perjuicio ' en efecto pueda considerarse como irremediable".

"Se precisa si, que lo dicho solo tiene validez respecto de la asistencia obstétrica y ginecológica, no en relación con su desvinculación que no es objeto de esta acción de tutela".

"2- Debe advertirse además que la tutela invoca no solo el derecho a la maternidad de la señora Miranda Flórez, sino también el derecho a la vida del hijo que está por nacer, frente al cual la Corte Constitucional ha considerado que se tiene derecho, o mejor se es sujeto de derecho, desde el momento de la concepción".

"Igualmente se ha considerado el derecho a la maternidad como un derecho fundamental susceptible de protección a través de la tutela".

El Tribunal para una mayor comprensión transcribió los apartes correspondientes a la sentencia proferida por la Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión, con ponencia del Doctor ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, el 7 de mayo de 1991. Además continuó con las siguientes precisiones:

"3.- Como puede verse entonces, la mujer en estado de embarazo tiene el derecho constitucional fundamental a la protección a asistencia del estado. durante la gestación y el parto, derecho que respecto de la mujer trabajadora (sic) es reconocido incluso por las normas legales, entre otros los decretos 1045 de 1978, 3135 de 1968 y 1948 de 1969 y que comprende: atención prenatal, parto y puerperio y atención pediátrica para sus hijos hasta los primeros seis meses de edad y que nace y se hace exigible desde el momento de la concepción".

"Y debe entenderse que nace o se hace exigible desde ese momento porque se protege a la mujer por su estado de embarazo, proceso este que empieza desde el momento de la concepción ".

"Otra interpretación, a juicio de la sala, haría nugatorio el derecho, que se protege por la norma constitucional. Agréguese a lo anterior, que con mayor razón, puede exigirse esa prestación por parte del Estado, cuando la mujer trabajadora viene "cotizando" o aportando de conformidad con las normas de un sistema de Seguridad Social, que tiene por fin precisamente precaver o amparar los riesgos reales o eventuales que puedan surgir en materia de salud".

"4.- En el caso concreto de la señora Johanna Miranda Flórez, está claro que ella venía vincula a la Caja Nacional de Previsión Social desde antes de la concepción del hijo que está por nacer, que su embarazo es anterior a su retiro del servicio y que la entidad, a través del director seccional, Jesús Alberto Echeverri, pretende limitar le el derecho de atención obstétrica a los tres meses siguientes a la fecha del retiro con fundamento en una interpretación de la resolución 2640 de 1984, que no armoniza con las normas constitucionales y al desarrollo que de las mismas hacen las normas legales".

"Más aún, la resolución citada al hablar de la atención obstétrica en su artículo 40, dispone que la misma comprende de la atención prenatal, parto y puerperio, y atención médica integral para los hijos hasta los seis meses. De los 6 meses a los 12 meses la atención médica no incluirá hospitalización ".

"5.- En este orden de ideas, la tutela debe prosperar. Como la misma se ejerce como mecanismo transitorio, de acuerdo con el artículo 8 inciso segundo del decreto 2591 de 1991, la orden de atender a la solicitan de que se imparte mediante esta providencia regirá mientras se define de fondo la acción ordinaria que deberá instaurar dentro de los cuatro meses siguientes a la fecha de ejecutoria de este fallo, so pena de que cesen los efectos de la medida adoptada".

"La atención comprenderá la etapa prenatal, el parto, el puerperio y la atención médica integral para su hijo hasta los seis meses, con el fin de precaver la causación del daño que se pretende prevenir con esta sentencia".

"Cree la Sala además que, con el fin de evitar que situaciones como las que dieron origen a esta tutela vuelvan a ocurrir, deberá prevenirse a la entidad para evitar su repetición, de conformidad con el artículo 24 del decreto 2591 de 1991.

FUNDAMENTO DEL RECURSO

El Director Seccional de la Caja de Previsión Social de Antioquia inconforme con la decisión del Tribunal argumentó su recurso en estos términos:

"Conforme se ha manifestado en algunas oportunidades, el despido de la tutelante de la CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL se debió única y exclusivamente a órdenes emanadas del gobierno central, cuando, como es por todos conocido, se inició, la reestructuración de todas las entidades del Estado".

"A la señora JOHANNA MIRANDA FLOREZ, igual que a todos los otros empleados desvinculados se les pagó, no sólo lo que por ley les correspondía, sino, además, una especie de indemnización por su retiro de la entidad".

"Esa especie de indemnización cubre todos los riesgos sobrevivientes por el retiro"

"Tan es ese el propósito, que se debe recordar la calidad de empleados de libre nombramiento y remoción de quienes laboramos en CAJANAL".

"Es que de aceptar las razones, muy respetables, de la tutelante, se crearía un peligroso antecedente no sólo para la CAJA NACIONAL DE PREVISION, sino, también, para todas las entidades estatales que se verían avocadas a infinidad de demandas como la presente, impidiendo sus eventuales reestructuraciones las cuales obedecen a políticas trazadas desde los más altos organismos estatales; lo que implicaría erogaciones presupuestadas demasiado altas, que en un momento dado sería imposible cumplir".

"Nuestro propósito es actuar conforme las normas que rigen a CAJANAL, con fundamento en ellas, se determinó atender a la señora MIRANDA FLOREZ por tres meses, precisamente para que ella tuviese un tiempo prudencial de acudir a donde corresponde, es decir, a la justicia ordinaria, la que dirigirá cualquier posible controversia".

"En CAJANAL lo que menos pretendemos es vulnerar derechos de personas, pero eso si, nos regimos estrictamente por las normas que nos gobiernan y con fundamento en ellas, se suprimieron varios cargos entre los cuales se encontró, desafortunadamente, el que desempeñaba la señora JOHANNA MIRANDA FLOREZ. Esto a mas de que en el presente, CAJANAL se está convirtiendo en una entidad eficiente y cumplidora de todas sus obligaciones y por tanto no es conveniente "gravaría" con cargas adicionales a las ya

existentes, pues esto conduciría al incumplimiento de obligaciones sumamente importantes adquiridas con anterioridad".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para la Sala merece respaldo la decisión del Tribunal y con la misma perspectiva del fallo impugnado se confirmará.

Con la petición inicial se aportó copia informal del oficio del 30 de diciembre de 1993 (fi. 5), por medio del cual el Director Seccional de la Caja Nacional de Previsión comunicó a la señora JOHANNA MIRANDA FLOREZ la supresión del cargo que ocupaba y el no pago de las indemnizaciones o bonificaciones a que hubiere lugar.

A fol. 6 y 7 obra copia del examen de laboratorio fechado el 15 de julio de 1993 y copia de la prueba ecográfica, en donde se constata que para el treinta de diciembre la impugnante contaba con 6 meses de embarazo.

La actora utiliza esta acción como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En efecto, para el caso sub-júdice, este consistiría en el alto riesgo que corre la vida y el bienestar de la accionante y del nasciturus, por la no prestación del servicio médico por la Caja Nacional de Previsión en la etapa prenatal, la del parto, post - parto, puerperio y la atención médica del hijo hasta los seis meses de edad.

El art. 40 de la Resolución 2640 de 1984 expedida por la citada entidad consagra este derecho en favor de las mujeres que en estado de gravidez se encuentren vinculadas al servicio.

De cualquier manera, el precepto constitucional señala la especial protección que tiene la mujer durante el embarazo y después del parto, en ese sentido gozará de asistencia y protección del estado al tenor del art. 43 de la Carta Fundamental.

En consecuencia le asiste razón a la actora cuando afirma que la inasistencia médica, obstétrica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria conducen a una violación del derecho fundamental a la vida (art. 13) y los derechos fundamentales de los niños de que habla el art.44 de la Constitución Nacional. Este derecho como bien lo sostiene el tribunal nace o se hace exigible desde el momento mismo de la concepción, en caso contrario se harían nugatorios los derechos que consagran las normas constitucionales.

En esta oportunidad procede esta acción como mecanismo transitorio entre tanto se decida el respectivo proceso que adelante, si la señora Miranda Flórez tiene o no derecho a su restablecimiento.

El Tribunal acierta al remitirse a la sentencia de 7 de mayo de 1991, proferida por la Corte Constitucional Sala Séptima de revisión, magistrado ponente Doctor ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, en la cual se precisan los derechos de la mujer embarazada no solo con las normas constitucionales, las

del Código Sustantivo del Trabajo sino las consagradas en los convenios internacionales suscritos por la O.I.T.

Por las razones anteriores se concluye que el derecho de la accionante no sólo comprende los tres meses siguientes al retiro del servicio sino los indicados en esta providencia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

CONFIRMASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 21 de febrero de 1994.

ENVÍESE el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

ENVÍESE copia de esta sentencia al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE.

Daniel Suárez Hernández
Presidente de la Sala

Carlos Betancur Jaramillo

Juan de Dios Montes Hernández

Julio César Uribe Acosta
Ausente

Nubia González Cerón
Secretaria General

Se deja constancia que esta sentencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha 24 de marzo de 1994.