

DERECHO A LA VIDA - Asistencia médica hospitalaria en periodo posterior al parto / PROTECCION A LA MATERNIDAD - Orden de prestación de servicios médicos post parto / ACCION DE TUTELA - Procedencia para proteger derecho a la maternidad

Frente a la vulneración o amenaza a su derecho a la vida y a los derechos a la vida y a la integridad física del bebé por nacer, consagrados en los arts. 11, 43, 44 de la Carta Fundamental, sí prospera la acción, habida cuenta del riesgo inmediato que para ellos resulta de la falta de asistencia médica, hospitalaria, quirúrgica o farmacéutica en el período anterior al parto, en éste y en el post - parto, porque los servicios de la Caja de Previsión, a la que dice la demandada se le tenía afiliada, sólo se los habría prestado en los tres meses siguientes a la desvinculación laboral, amén de que la tutelante expresa de modo bien preciso no pudo recurrir a esos servicios ni siquiera en esta etapa. La tutela de los derechos a la vida de la embarazada, y a la vida y a la integridad física de su hijo por nacer se concederá en los términos del artículo 8 del Decreto 2591 de 1991, es decir, hasta que se superen los riesgos del post - parto, de acreditarse que se instauró acción contra la resolución de insubsistencia de la demandante, o por el término máximo de 4 meses a partir de este fallo si no se instaura esa acción.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: AMADO GUTIÉRREZ VELÁSQUEZ

Santafé de Bogotá, D.C., enero veinticinco (25) de mil novecientos noventa y seis (1996).

Radicación número: AC-3261

Actor: IVONNE OSPINA ALVAREZ

Demandado: INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO

Procede la Sala a resolver la impugnación instaurada contra la providencia de fecha 7 de diciembre de 1995, mediante la cual el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, denegó la tutela solicitada por Ivonne Ospina Alvarez, obrando en su propio nombre, contra el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, conforme a los siguientes hechos:

1. - Por Resolución 6287 de agosto de 1994 fue nombrada en el cargo de Directora de establecimiento carcelario, código 5070, grado 11 de Villeta.
2. - Por Resolución No. 1495 del 22 de marzo de 1995 fue trasladada a La Palma por necesidades del servicio.
3. - El 24 de julio de 1995, por quebrantos de salud, fue internada en el Hospital de San José de La Palma; se le practicaron varios exámenes resultando positivo el de embarazo, que se calificó como de alto riesgo.

Aclara que durante el tiempo de servicio no le fue entregado el carné que acreditara su afiliación a alguna entidad de salud, por lo que debió acudir a un médico particular para que se le practicara una ecografía y verificar el tiempo de gestación, ordenada por el médico que presta sus servicios en el establecimiento carcelario.

4. - A mediados del mes de agosto se le comunicó que por Resolución No. 5435 del 10. del citado mes fue trasladada a la Dirección de la cárcel de Pacho.

5. - En septiembre se detectó en el establecimiento carcelario un brote de varicela y se determinó declarar el estado de emergencia sanitaria, lo que hizo por Resolución 053 del 18 de septiembre, que comunicó por conducto regular, aclara vía fax, al Director Regional Central Encargado, quien por teléfono solicitó un concepto previo del médico del Hospital Regional de San Rafael de Pacho y del médico del establecimiento. En esta llamada le comunicó oficialmente al Director Regional su estado de embarazo y por ello en la comunicación DREC - 100 3512 del 19 de septiembre se hace énfasis en el cuidado especial en relación con mujeres en estado de gravidez y los niños.

6. - El 27 de septiembre fue llamada por el Director Regional encargado. Allí la recibió la asistente de ese funcionario, quien le notificó la Resolución 6927 del 21 de septiembre de la Dirección General, por la cual se le declara insubsistente del cargo de Directora de establecimiento carcelario. Simultáneamente con la notificación de la Resolución informó a la asistente su estado de embarazo y la consultó si el procedimiento para desvincularla era legal; se le respondió que acudiera en consulta a la Jefe de División de Recursos Humanos a quien comunicó su estado de gravidez y le solicitó cancelación de la indemnización por maternidad a que considera tiene derecho; se le respondió que debía hacerlo por escrito.

7. - El 29 de septiembre en ejercicio del derecho de petición radicó la solicitud, sin obtener respuesta.

8. - Han pasado 52 días sin que se haya resuelto su solicitud.

9. - Un bebé en buenas condiciones, alega, no puede tenerse en el estado de ansiedad en que vive, sin empleo ni recursos para costear el parto y las necesidades de su hijo que como producto de un embarazo de alto riesgo puede nacer enfermo.

10. - El artículo 43 de la C.N. establece que no puede existir discriminación contra la mujer y el artículo 44, *ibídem*, señala los derechos de los niños.

Considera que el INPEC está violando no sólo los anteriores derechos sino la disposición que obliga al patrono a responder por el parto y el post - parto de la embarazada desvinculada.

Al no tener carné ha tenido que asumir los costos de los controles.

11. Aunque la vida es un derecho fundamental se la están negando a su hijo.

Con base en lo anterior solicita la tutela de sus derechos como mecanismo transitorio con los siguientes fines:

- Se obligue al INPEC a suministrar la atención médica correspondiente al parto, post parto, atención hospitalaria, quirúrgica, médica y farmacéutica que requerirán tanto ella como su hijo.

Se condene al INPEC a la indemnización por maternidad de los sueldos y prestaciones dejadas de devengar desde el retiro como consecuencia de la declaratoria de insubsistencia y se condene en costas.

2. - *El fallo impugnado*

El Tribunal de Cundinamarca, en sentencia del 7 de diciembre de 1995, negó la tutela solicitada por considerar que el derecho de petición no ha sido vulnerado conforme a la respuesta que adjuntó la entidad demandada, negativa susceptible de ser impugnada ante el Contencioso Administrativo con la posibilidad de solicitar la suspensión provisional. En la misma forma puede ocurrir contra la Resolución mediante la cual fue declarada insubsistente.

Con invocación de lo previsto por el artículo 86 de la C.N. y por el Decreto 306 en sus artículos 1o. y 2o., deduce el Tribunal que no procede la tutela para la protección de derechos legales.

De lo anterior concluye que no existe violación de los derechos invocados por la demandante a la vida, a la salud, a la maternidad y laborales, pues dispone la actora de una acción con la posibilidad de suspensión provisional inmediata, por lo que debe negarse la tutela.

3. - *Fundamentos de la impugnación*

Dentro de la oportunidad legal la interesada impugna el fallo del *a quo* con los siguientes argumentos:

Si cotizó durante un año a una entidad de salud, tiene derecho a que ésta la atienda cuando lo necesita. Ello sin contar con el hecho de que no se le suministró carné para tal efecto.

Disiente de la afirmación de la providencia atacada según la cual no se da en su caso perjuicio irremediable, porque siendo el suyo un embarazo de alto riesgo existe un perjuicio irremediable por el parto mismo, que no da espera y la necesidad de proteger la vida del ser que está por nacer, a quien debe brindarse por lo menos la seguridad de una buena atención médica cuando la necesite.

Por haber sido desvinculada del cargo estando embarazada se le violó el derecho a un parto en condiciones aceptables y al bebé el derecho a la vida y a la integridad personal, lo que constituye perjuicio irremediable porque no puede esperarse a que un juicio ordinario le otorgue la razón.

El nacimiento, que es un fenómeno natural, no deja de tener sus riesgos, máxime en estos momentos en los que se encuentra sin trabajo por lo que no está en condiciones de responder económicamente.

Considera que la acción es subsidiaria y residual salvo que se instaure como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable que en este caso es el derecho a la vida del que está por nacer. Invoca al respecto la providencia del 25 de enero de 1995 expediente AC - 2382. Ana Dolores Hurtado Restrepo.

Considera que la sentencia no se pronuncia sobre los derechos del por nacer, lo que incluye la obligación de prestar los servicios médicos que su estado requiera para llevar el embarazo en condiciones aceptables y la asistencia del parto y post - parto pues al no tener servicio médico ni sustento se presenta un perjuicio irremediable para su vida y la de su bebé.

CONSIDERACIONES

La acción de tutela establecida en el artículo 86 de la C.N. tiene por objeto proteger los derechos fundamentales violados o amenazados por la acción o la omisión de las autoridades.

La acción en estudio procede sólo cuando no existen medios de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Conforme al recuento inicial, la ahora solicitante de la tutela fue declarada insubsistente del cargo de Directora del establecimiento carcelario que desempeñaba. Cuando se notificó de la Resolución correspondiente manifestó estar embarazada, por lo que se le informó comunicara tal novedad por escrito y, presentado éste, manifiesta que no le ha sido respondido.

En tales condiciones propone la acción como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable en relación con la vida y la integridad del bebé que espera; solicita que se le tutele el derecho de petición porque la entidad demandada no respondió su solicitud acerca de los derechos que tenía, el derecho a la atención médica, hospitalaria, etc., durante el embarazo, el parto y el post - parto y la indemnización por haber sido retirada del servicio estando embarazada.

Al respecto se observa:

Debe precisarse, en primer lugar, que la solicitud elevada por la interesada sí fue contestada por la entidad acusada. En la respuesta se le aclara que la insubsistencia no tiene relación con su estado; que la comunicación sobre el embarazo fue presentada con posterioridad a la Resolución mediante la cual se le declaraba insubsistente, por lo cual no tiene derecho a las prestaciones económicas y asistenciales ni a la licencia por maternidad y sí a la atención médica, quirúrgica, hospitalaria y odontológica durante los tres meses siguientes al retiro del servicio por la respectiva Caja de Previsión.

En tales condiciones no resulta violado el derecho de petición.

Ahora bien, si la decisión de retirarla del servicio, (lo que para la accionante implica violación del derecho al trabajo, al debido proceso y como consecuencia, la atención médica restringida en el tiempo en la forma que se le informa por la entidad demandada), se considera ilegal, existe un mecanismo de defensa judicial, acción de nulidad con restablecimiento del derecho que tiene su propia medida cautelar, la suspensión provisional, que si procede se mantiene durante todo el juicio. Es decir, sin importar el tiempo que dure, queda suspendido el acto acusado.

En tales condiciones no hay duda de que por este aspecto la acción resulta improcedente, aunque haya sido solicitada como mecanismo transitorio.

En cambio, frente a la vulneración o amenaza a su derecho a la vida y a los derechos a la vida y a la integridad física del bebé por nacer consagrados en los artículos 11, 43 y 44 de la Carta Fundamental, sí prospera la acción, habida cuenta del riesgo inmediato que para ellos resulta de la falta de asistencia médica, hospitalaria, quirúrgica y farmacéutica en el período anterior al parto, en éste y en el post - parto, porque los servicios de la Caja de Previsión a la que dice la demandada se la tenía afiliada sólo se los habría prestado en los tres meses siguientes a la desvinculación laboral, amén de que por razones que la tutelante expresa de modo bien preciso no pudo recurrir a esos servicios ni siquiera en esa etapa.

No es ésta la oportunidad para juzgar acerca de la legalidad del acto administrativo de desvinculación laboral de la actora por parte del INPEC, pero, como antes se anotó, esa decisión es pasible de acción contenciosa administrativa. Por lo tanto, la tutela de los derechos a la vida de la embarazada, y a la vida y a la integridad física de su hijo por nacer se concederá en los términos del artículo 8° del Decreto 2591 de 1991, es decir, hasta que se superen los riesgos del post - parto, de acreditarse que se instauró acción contra la resolución de insubsistencia de la demandante, o por el término máximo de cuatro (4) meses a partir de este fallo si no se instaura esa acción.

En tales condiciones, se debe confirmar la sentencia en lo que hace a la negativa a tutelar el derecho de petición, modificarla en el sentido de considerar improcedente la acción con relación a la tutela de los derechos al trabajo y al debido proceso y revocarse en cuanto a la que se solicita para el derecho a la vida de la embarazada y a la vida y a la integridad física del hijo por nacer.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

1. - Confírmase la sentencia impugnada pero sólo en cuanto denegó la tutela del derecho de petición.

2. - Modifícase la sentencia en cuanto negó la tutela de los derechos al trabajo y al debido proceso, para rechazar la solicitud por improcedente.

3. - Concédese la tutela de los derechos a la vida de la doctora Ivonne Ospina Alvarez, y a la vida y a la integridad física de su hijo por nacer, para que en el término máximo de cuarenta y ocho (48) horas a partir de la notificación de este fallo el INPEC, suministre a la embarazada los servicios médicos, hospitalarios, quirúrgicos y farmacéuticos que su estado requiera, y hasta tanto se supere todo riesgo del post - parto o por cuatro meses, de no acreditarse que instauró acción contra la resolución que la desvinculó.

4. - Notifíquese del modo previsto en el Artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

5. - En los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de este fallo envíese el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión. Copia de este proveído remítase al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Este proveído fue estudiado y aprobado por la Sala en sesión de la fecha.

Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Presidente; Miren de la Lombana de M., Salvó el voto en acta; Amado Gutiérrez Velásquez, Mario Rafael Alario Méndez.

Mercedes Tovar de Herrán, Secretaria General.