

## **DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS NIÑOS / PROTECCION A LA MATERNIDAD**

**El propio constituyente calificó los derechos de los niños como derechos constitucionales fundamentales; en consecuencia, son tutelables. Hizo bien el Tribunal cuando ordenó a la Caja de Previsión y al médico, que en forma inmediata y durante el tiempo que se requiera y hasta cuando su estado de embarazo lo demande, le presten la asistencia requerida a la afiliada.**

*Consejo de Estado. - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. - Santafé de Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de noviembre de mil novecientos noventa y dos (1992).*

Consejero ponente: *Doctor Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia: Expediente No. AC - 384. Actora: Luz Amparo Vanegas Sánchez. - Impugnación de la providencia de 15 de octubre de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima. - Fallo.

Viene a la Sala la presente acción de tutela para decidir la impugnación interpuesta contra la providencia de primera instancia, proferida el 15 de octubre de 1992 por el Tribunal Administrativo del Tolima.

### **1. - LA DEMANDA**

Acude la actora ante el Tribunal a - quo, para que mediante decisión judicial, se ordene de forma inmediata a la Caja Nacional de Previsión la prestación de los servicios médicos especializados y de hospitalización requeridos por la actora, en relación con su estado de gravidez.

### **NORMAS VIOLADAS**

Artículos 11, 43, 44, 48 de la Constitución Política que se refieren en su orden: a la inviolabilidad del derecho a la vida; igualdad de los derechos del hombre y la mujer y asistencia y protección por el Estado a la mujer embarazada; derechos fundamentales de los niños y obligatoriedad de la seguridad social como servicio público.

Fundamenta la violación en los hechos que se sintetizan a continuación:

- La negativa del médico ginecólogo adscrito a la Caja Nacional de Previsión a seguir prestándole atención como consecuencia de la falta de pago de la entidad de los servicios por él prestados.

- La respuesta de la Caja, en el sentido de atender a la actora, pero en otra ciudad diferente a su sede laboral.

## **2. - FALLO DE PRIMERA INSTANCIA**

El Tribunal *a quo*, accedió a las pretensiones de la actora, ordenando a la demandada y al médico respectivo prestarle los servicios reclamados. También dispuso oficiar al Tribunal de ética, enviando copias del fallo y de las peticiones instauradas por la accionante.

### **FUNDAMENTOS DE LA DECISION**

- La seguridad social es un derecho fundamental irrenunciable, exigible al Estado, más aún cuando se trata de afiliados forzosos a entidades de previsión social.

- No existe otro medio a través del cual la actora pueda reclamar la protección inmediata de su derecho, incluso como mecanismo transitorio pues un proceso judicial o el agotamiento del trámite gubernativo, supone que al momento de producirse la decisión el daño sería irreparable, más aún si la Administración no accede a la petición de la actora.

- La seguridad social, comprende la asistencia médica, que es una obligación de hacer, más tratándose de un derecho, como se prevé en el inciso 2o., artículo 48 de la Constitución Política.

- Con fundamento en el principio de solidaridad el médico tratante, no podía sustraerse a la prestación del servicio, y mucho menos utilizar esta medida como instrumento de presión para obtener reconocimientos contractuales. Artículo 95 numeral 2o., de la Constitución Política.

- No es solamente, en este caso, la seguridad social de la madre la que está obligada a prestar la entidad asistencias puesto que, se está también ante un derecho expresamente determinado como fundamental por la Constitución como es el del artículo 44 que se refiere a los derechos fundamentales de los niños entre los que están la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social.

## **3. - IMPUGNACION**

La entidad demandada solicita que se revoque la sentencia de octubre 15 del corriente año, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, con fundamento en los argumentos que se sintetizan a continuación.

A la accionante, se le ofreció la prestación del servicio en la ciudad de Bogotá, medida tomada conforme directivas de la Caja Nacional de Previsión, y que puede ser tomada independientemente, de que el paciente quiera viajar a recibir la atención médica hospitalaria, en la clínica referida. Así se encuentra previsto en la resolución No. 93 de febrero 14 de 1990 (ver folio 71 a 77).

La Caja Nacional de Previsión, en ningún momento negó la prestación del servicio a la demandante pues tenía vigente el contrato con la Clínica Tolima y

ofreció la atención de otro médico, frente a la negativa del que venía prestando el servicio.

No ha habido por parte de la Caja, falla en la prestación de los servicios, ya que se pusieron a disposición de la afiliada, las distintas alternativas legales con que cuenta la entidad para garantizar la prestación de sus servicios y que han sido considerados como un capricho de los directivos, por parte del Tribunal.

Quienes negaron la prestación del servicio, fueron el médico tratante, y al parecer la Clínica Tolima, personas con quienes respectivamente tenía la entidad contrato verbal y contrato escrito.

### **CONSIDERACIONES:**

La accionante en tutela es, como está demostrado en el expediente, empleada del Instituto Colombiano Agropecuario ICA y por tanto afiliada a la Caja Nacional de Previsión Social - Seccional Tolima. Los autos indican que a agosto 6 de 1992 tenía un embarazo de aproximadamente 27 semanas y estaba recibiendo atención prenatal por médicos adscritos a dicha Caja de Previsión. Igualmente de los hechos que se extraen del expediente se puede colegir que la futura madre dejó de ser atendida por los médicos adscritos a la Caja en razón a que dicho establecimiento público no pagaba a los profesionales y clínicas vinculados a su servicio los correspondientes honorarios por el servicio de atención médica a los afiliados en esa Sección del país.

Ante reclamo formulado por la empleada oficial, la Dirección Seccional de la Caja ofreció como solución que la atención prenatal y la relativa al nacimiento de la criatura, se pudiera prestar en la Clínica de la Caja en la ciudad de Bogotá, solución que por distintos motivos no fue aceptable para la afiliada.

Como se describió en los antecedentes del caso, el Tribunal decidió tutelar los derechos fundamentales de la peticionaria y ante la impugnación de la Caja de Previsión Nacional corresponde ahora a la Sala definir si se confirma o si se revoca la decisión del *a quo*.

De los argumentos que sirven de base al Tribunal para ordenar la tutela de los derechos invocados por la actora, sólo el que dice relación con la amenaza de violación de los derechos fundamentales de los niños, a que se refiere el artículo 44 de la Constitución Política, tiene aptitud para servir de sustento a la decisión tutelar. Empero es suficiente para que la decisión que adopte esta Superioridad sea confirmatorio.

En efecto, la actora adujo, como se dijo, que la actuación de la Caja Nacional de Previsión violaba o amenazaba violar sus derechos constitucionales consagrados en los artículos 11, 43, 44 y 48 de la Constitución Política, por lo cual cabe analizar la situación respecto a cada uno de ellos:

Con relación al hecho de que esté amenazada la vida de la afiliada por la no prestación del servicio médico requerido, no encuentra la Sala que la situación fáctica, en principio, así lo haga presumir; por tanto no podrá tutelarse el derecho

a la vida de la actora, porque objetivamente la Caja de Previsión no lo está amenazando o violando con su actitud renuente.

Con respecto a la violación de los derechos a que se refieren los artículos 43 y 48 de la Carta, tiene dicho la Sala que ellos no corresponden, de conformidad con la definición que hizo la propia Constitución, a la categoría de derechos fundamentales y por tanto no pueden ser objeto de la acción de tutela.

No sucede lo mismo con los derechos a que se refiere el artículo 44 ibídem, puesto que como bien lo anota el Tribunal a - quo, el propio Constituyente calificó los derechos de los niños, como derechos constitucionales fundamentales. En consecuencia estos derechos, no obstante no estar comprendidos dentro del capítulo Primero del Título 2o. de la Carta, son, a juicio de la Sala, derechos tutelables.

Ahora bien, si de acuerdo con el artículo 91 del Código Civil, "la ley protege la vida del que está por nacer. El juez en consecuencia, tomará, a petición de cualquier persona, o de oficio, las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligrá", y esta es una protección que trasciende el marco constitucional pues sus raíces vienen del derecho romano según el aforismo latino de: "*Infans conceptus pro nato habetur, quoties de commodis ejus agitur*", estima la Sala que hizo bien el Tribunal Administrativo del Tolima cuando ordenó a la Caja de Previsión Nacional Seccional del Tolima y al médico Jaime Rengifo Agudelo que en forma inmediata y durante el tiempo que se requiera y hasta cuando su estado de embarazo lo demande, le presten la asistencia requerida a la afiliada Luz Amparo Vanegas Sánchez.

Por los motivos aquí expuestos, que coinciden parcialmente con la apreciación que tuvo el Tribunal, su sentencia deberá ser confirmada.

Por lo anteriormente expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

#### **FALLA:**

CONFIRMASE la sentencia impugnada de 15 de octubre de 1992 proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Cúmplase.

Se deja constancia que esta providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

*Alvaro Lecompte Luna, Presidente, Ausente; Clara Forero de Castro, Ausente; Guillermo Chahín Lizcano, Jaime Abella Zárate, Ausente; Carlos Orjuela Góngora, Con Aclaración de Voto; Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Joaquín*

*Barreto Ruiz, Aclaró el Voto; Carlos Betancur Jaramillo, Miren de la Lombana de Magyaroff, Ausente; Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Carmelo Martínez Conn, Ausente; Juan de Dios Montes Hernández, Aclaró Voto; Libardo Rodríguez Rodríguez, Ausente; Yesid Rojas Serrano, Consuelo Sarria Olcos, Salvo Voto; Dolly Pedraza de Arenas, Aclara Voto; Jorge Penen Deltieure, Daniel Suárez Hernández, Aclara Voto; Julio César Uribe Acosta, Salvó el Voto; Diego Younes Moreno, Aclara Voto.*

*Nubia González Cerón, Secretaria General.*

**ACCION DE TUTELA - Improcedencia / PROTECCION A LA MATERNIDAD**  
(Salvamento de Voto)

**Por inconvenientes de carácter administrativo, el profesional médico que venía atendiendo a la accionante, se negó a hacerlo, ante lo cual, la Caja de Previsión ofreció a dicha señora la prestación de los servicios de atención médica en otras circunstancias es decir a cargo de otros profesionales y en una clínica diferente a aquélla en la que normalmente prestaba dichos servicios. Lo anterior permite afirmar que la Caja de Previsión en ningún momento negó la prestación de los servicios médicos. Con la interpretación dada por el *a - quo*, de ordenar la prestación de los servicios de atención médica por un determinado profesional pareciera que el derecho presuntamente vulnerado, no fuera ninguno de los invocados, sino el de escoger el profesional médico, lo cual no se encuentra establecido, en su calidad de afiliada a la Caja de Previsión. Habiéndose interpuesto la tutela contra la Caja Nacional de Previsión, no era posible dar una orden a un particular como lo es el profesional de la medicina a quien se "obligó" a atender a la accionante.**

*Consejo de Estado. - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. - Salvamento de Voto de la Doctora: Consuelo Sarria Olcos.*

*Consejero ponente, Doctor Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia: Radicación AC - 384. Actor: Luz Amparo Vanegas Sánchez.

A mi juicio, el Consejo de Estado ha debido revocar la decisión impugnada toda vez que la tutela interpuesta por la Señora Luz Amparo Vanegas Sánchez no era procedente por las siguientes razones:

1. - De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Nacional, la acción de tutela procede para proteger derechos constitucionales fundamentales que se encuentren amenazados o vulnerados por las autoridades públicas, siempre y cuando que el afectado no tenga ninguna otra acción judicial para hacerlos efectivos.

2. - La accionante tenía derecho a que la Caja Nacional de Previsión, Seccional del Tolima le prestara los servicios de atención médica durante su embarazo y en el momento del parto.

3. - Según consta en el expediente, por inconvenientes de carácter administrativo, el profesional médico que venía atendiendo a la señora accionante, se negó a hacerlo ante lo cual, la Caja Nacional de Previsión, Seccional Tolima ofreció a dicha señora la prestación de los servicios de atención médica en otras circunstancias es decir a cargo de otros profesionales y en una Clínica diferente a aquélla en la que normalmente prestaba dichos servicios.

Lo anterior, permite afirmar que la Caja Nacional de Previsión, Seccional Tolima, en ningún momento negó la prestación de los servicios médicos a la Señora Luz Amparo Vanegas Sánchez y por lo tanto ni amenazó, ni vulneró los derechos a la seguridad social, a la vida, a la igualdad de los derechos del hombre y la mujer, a la protección de la mujer embarazada que se invocan por la accionante.

4. - Con la interpretación dada por el a - quo, de ordenar la prestación de los servicios de atención médica por un determinado profesional, pareciera que el derecho presuntamente vulnerado, no fuera ninguno de los invocados, sino el de escoger el profesional médico, lo cual no se encuentra establecido, en su calidad de afiliada a la Caja Nacional de Previsión.

La acción de tutela no se consagró en la Constitución de 1991 para escoger el profesional que el afiliado quiera le preste el servicio médico; éste no es un derecho fundamental y por lo tanto la tutela era improcedente.

5. - Por otra parte, habiéndose interpuesto la tutela contra la Caja Nacional de Previsión, no era posible como lo hizo el Tribunal dar una orden a un particular como lo es el profesional de la medicina a quien se "obligó" a atender a la accionante.

*Consuelo Sarria Olcos*

Fecha: Ut Supra.

**NOTA DE RELATORIA:** A este salvamento adhiere el doctor Julio César Uribe Acosta.

#### **TUTELA CONTRA PARTICULARES - Improcedencia (Aclaración de Voto)**

**El art. 42 del D. 2591 / 91 que prevé la tutela contra particulares, dice que procederá contra acciones u omisiones de éstos, entre otros, en el siguiente caso: "cuando aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación del servicio público de salud para proteger los derechos a la vida, a la intimidad, a la igualdad y a la**

**autonomía". Como en el evento de autos la tutela no se dirigió contra el médico citado, estimo que no era procedente decretarla de oficio.**

*Consejo de Estado. - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. - Aclaración de Voto del Dr. Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Referencia: Expediente No. AC - 384. Actor: Luz Amparo Vanegas Sánchez.

El suscrito Consejero comparte en su esencia lo dispuesto en el presente fallo; empero, considera necesario aclarar algunos aspectos analizados en él, a saber:

1. - El art. 13 del Decreto 2591 / 91 señala que la acción de tutela procede "... contra la autoridad pública o el representante del órgano que presuntamente violó o amenazó el derecho fundamental"; el médico JAIME RENGIFO AGUDELO, a quien se refiere el fallo impugnado en su ordinal 3o., no tenía el carácter de representante de la Caja Nacional de Previsión Social, Seccional del Tolima.

2. - El art. 42 del mismo ordenamiento, que prevé la tutela contra particulares, dice que procederá contra acciones u omisiones de éstos, entre otros, en el siguiente caso:

"2. - Cuando aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación del servicio público de salud para proteger los derechos a la vida, a la intimidad, a la igualdad y a la autonomía".

Como en el evento de autos la tutela no se dirigió contra el médico citado, estimo que no era procedente decretarla de oficio.

3. - Debe observarse que en el expediente se habla y menciona a dos doctores "Rengifo Agudelo"; uno, que firma los documentos de folios 3 y 25, que es Vicepresidente de la Sociedad Tolimense de Obstetricia y Ginecología, cuyo nombres es "JAIME RENGIFO AGUDELO"; y otro, que se menciona en los documentos de folios 15, 16, 18 y 19 y que firma el del folio 23, cuyo nombre es "Fernando Rengifo Agudelo". Las dos firmas son diferentes y corresponden a personas distintas, como puede observarse a simple vista.

En consecuencia, no es muy claro que el mismo Dr. RENGIFO AGUDELO que en principio negó el servicio, sea el que estaba tramitando contrato de servicios con Cajanal, o viceversa, como se lee en el fallo.

4. - Por lo demás, la remisión al Tribunal de Etica Médica era lo procedente, como en efecto se hizo, porque la negativa de prestar el servicio atenta contra los más elementales principios que inspiran el conocido como "Juramento Hipocrático".

Estas las razones, pues, que llevan a formular algunas observaciones al fallo en comento.

*Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Santafé de Bogotá, D.C., diciembre 10. de 1992.

NOTA DE RELATORIA: A esta aclaración adhieren los doctores Diego Younes Moreno, Dolly Pedraza de Arenas, Joaquín Barreto Ruiz. De otra parte, los doctores Daniel Suárez y Juan Montes, reducen sus aclaraciones de voto a los siguiente:

"No obstante que comparto la decisión contenida en el presente asunto, debo aclarar mi voto con relación al aparte del fallo donde se afirma:

'Con respecto a la violación de los derechos a que se refieren los artículos 43 y 48 de la Carta, tiene dicho la Sala que ellos no corresponden, de conformidad con la definición que hizo la propia Constitución, a la categoría de derechos fundamentales y por tanto no pueden ser objeto de la acción de tutela'. (Fls. 91 - 92).

Para el suscrito, los derechos allí consagrados tienen el carácter de fundamentales y, consecuentemente, deben ampararse con la acción de tutela".

*Daniel Suárez Hernández.*

"Aclaro el voto en el sentido que por un principio fundamental previsto en el Título I artículo 1o. inciso 2o. de la C.N. la seguridad social que corre a cargo del Estado conlleva para las autoridades públicas como razón de ser de su institucionalización el cometido de asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. Aquí en este caso el médico al servicio de la Caja, en otros términos vinculado a la seguridad social soporta la carga en el ejercicio de su profesión de cumplir con ese deber social y desde luego la Entidad, es decir, la Caja de Previsión, la cual, de suyo, tiene que prestar sin dilación el servicio al paciente".

Atentamente,

*Juan de Dios Montes Hernández* Santafé de Bogotá, D.C., 26 de noviembre de 1992.