

Sentencia T-1101/03

MUJER CABEZA DE FAMILIA-Protección constitucional especial

DISMINUIDO FISICO MENOR DE EDAD-Protección integral

DERECHO A LA CONTINUIDAD EN EL SERVICIO DE SALUD-Atención médica a menor

Se debe prestar servicio continuo y eficiente a las personas usuarias de la seguridad social en salud, y preferentemente al niño discapacitado y beneficiario del trabajador asalariado. Si el niño es beneficiario del sistema de seguridad social, la ciencia médica debe acudir para dar una mejor condición de vida, así la enfermedad no pueda derrotarse. De manera que no es válido eludir el cumplimiento del servicio público esencial a la salud, diciendo, como ocurre en el presente caso, que la “enfermedad es congénita” y por lo tanto incurable, lo cual llevaría a la conclusión inconstitucional de permitirse la suspensión del servicio. Esta Corte Constitucional en el caso de los niños enfermos del síndrome de dawn, indicó que el Instituto de los Seguros Sociales no puede exonerarse de prestar ciertos servicios asistenciales. Curar implica no solamente derrotar la enfermedad sino muchas cosas mas, como por ejemplo, mejoramiento de las condiciones de vida de la persona, prolongación de la vida ante la perspectiva de que la ciencia descubra la manera de superar la enfermedad y disminuir las secuelas y los dolores.

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL-Cargos de carrera administrativa/DERECHO DE PERMANENCIA EN UN CARGO-No es un derecho fundamental/DERECHO DE PERMANENCIA EN UN CARGO-Procedencia excepcional de tutela

REINTEGRO AL CARGO DE MADRE CABEZA DE FAMILIA/ACCION DE TUTELA TRANSITORIA Y REESTRUCTURACION ADMINISTRATIVA

REESTRUCTURACION DE PLANTA DE PERSONAL DE HOSPITAL-Violación de derechos fundamentales de empleada que no se dejó en el servicio/SUSPENSION PROVISIONAL DE ACTO ADMINISTRATIVO-No impide prosperidad de tutela transitoria

Dada la situación especial en que se encuentra la demandante la entidad demandada, a saber, el Hospital Regional San Rafael de San Juan de Cesar, ha debido incluir el nombre de la trabajadora dentro de las once auxiliares de enfermería que permanecieron en la institución

a raíz de la reestructuración. Al desvincularla, dicha Institución violó los derechos fundamentales de la peticionaria y de su hija menor e inválida. Si bien es cierto, la demandante puede acudir a la vía contencioso administrativa, esto no impide la prosperidad de la tutela como mecanismo transitorio porque se causa un perjuicio irremediable si no se da pronta protección a la familia y especialmente a su hija inválida. Así lo determinó la sentencia de primera instancia, que ordenó el reintegro, a condición de que se presentara la correspondiente demanda contencioso administrativa, dentro del término de cuatro meses, como lo dice el artículo 8° del decreto 2591 de 1991. Por tal razón, se confirmará lo decidido por el a-quo. Se debe dejar en claro que la tutela no prospera de manera definitiva porque la entidad demandada ejercitó el derecho a la reestructuración de la planta de personal. Como se trata de un mecanismo transitorio, la caducidad para instaurar la acción es la que figura en el Código Contencioso Administrativo y por eso en el fallo de primera instancia se señaló un término improrrogable de 4 meses. La sentencia de segunda instancia no concedió la tutela con el argumento de que dentro de la acción contencioso administrativa existe la suspensión provisional, luego, dice el ad-quem, desaparece el perjuicio irremediable. La Corte Constitucional ha dicho que la suspensión provisional no impide la prosperidad de la tutela como mecanismo transitorio.

Referencia: expediente T-773773

Peticionaria: Maribel Oñate de Daza

Procedencia: Juzgado Laboral de San Juan del Cesar

Magistrado Ponente:

Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

Bogotá, D. C., veinte (20) de noviembre de dos mil tres (2003).

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Marco Gerardo Monroy Cabra quien la preside, Eduardo Montealegre Lynett y Alvaro Tafur Galvis, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente

SENTENCIA

Dentro de la revisión de la sentencia proferida por el Juzgado Laboral de San Juan del Cesar el 7 de mayo de 2003, y de la sentencia dictada por la Sala Civil - Familia - Laboral del Tribunal Superior de Riohacha el 17 de junio de 2003, dentro de la acción de tutela instaurada por la señora Maribel Oñate de Daza contra el Hospital Regional San Rafael de San Juan del Cesar.

ANTECEDENTES

1. La señora Maribel Oñate de Daza se vinculó al Hospital Regional San Rafael de San Juan del Cesar, al cargo de ayudante de enfermería (hoy auxiliar de enfermería), mediante Resolución # 109 del 5 de diciembre de 1977. Concursó para carrera administrativa y fue inscrita por Resolución # 718 de 1993. En consecuencia, ha superado los 20 años de servicio pero no tiene la edad para pensión de vejez.

2. Se afilió a la Caja Nacional de Previsión Social desde hace más de 25 años y es allí donde le han prestado la atención en salud, no solamente a ella sino, en calidad de beneficiaria, a su hija Liyanet Daza Oñate, nacida el 9 de octubre de 1987.

3. La menor Liyanet Daza Oñate, padece varias enfermedades: i) síndrome de Turner, 45X0, congénito, con mosomía para el cromosoma X (diagnóstico del doctor Emilio Yunis); ii) riñón en herradura (diagnóstico del doctor Cástulo Ropain Lobo); iii) hipotrofia uterino (diagnóstico del doctor Jesús Lamus Rodríguez); iv) hipeteroidismo (diagnóstico de la doctora Kenny de Toro). En la historia clínica aparece que ha venido dándosele la atención y se ha conceptuado que el tratamiento debe ser sin interrupciones. Ese tratamiento, según las pruebas que aparecen en el expediente y se relata en la petición de tutela consiste en la aplicación de: "ayerogen X 0.625 MG # 63 TBL, provera x 5 mg # 21 tab., Eltroxin x50 mg # 45 tab, Posture D # 30 tab, Biotropin x 4 unidades # 37 amp."

4. La señora Maribel Oñate de Daza es cabeza de familia. En declaración juramentada, Jaime Orlando Coronado y Diana Vega declaran que la señora Oñate de Daza es quien sustenta a la familia porque el marido de ella se encuentra desempleado ya que su fuente de trabajo se encuentra ubicado en una zona (Badilo, Cesar) donde ahora se hallan los grupos armados al margen de la ley.

5. Por Acuerdo 06 de 2003, del Hospital San Rafael de San Juan del Cesar, se reestructuró la

planta de personal de dicho Hospital. Por Resolución # 090 de 14 de abril de 2003 se nombraron 11 Auxiliares de Enfermería, cargo que desempeñaba la tutelante, sin que se incluyera el nombre de Maribel Oñate de Daza, no obstante que se encuentra amparada por la carrera administrativa, por la ley 790 de 2002 y por el decreto 190 de 2003.

6. Con fundamento en dicho Acuerdo, el 31 de marzo de 2003 se le comunicó a Maribel Oñate que “a partir del 1° de abril del año 2003, queda desvinculado (a) de la Institución”. Es decir que se la desvinculó antes de proferirse la Resolución 090 de 2003.

7. El 4 de abril de 2003 la afectada interpuso recursos para agotar la vía gubernativa y recalcó que opta por “la reincorporación”. No hay constancia de que el Hospital hubiera contestado a tales recursos. En el informe que el Gerente del Hospital San Rafael de San Juan del Cesar le envía al juez de tutela no se hace referencia alguna a que ya hubiere respondido sobre el agotamiento de la vía gubernativa. El Gerente se limita a resaltar lo siguiente: i) los pasos para la reestructuración; ii) su opinión de que la interesada espere 6 meses para ver si hay un cargo vacante o de lo contrario se le pagará la indemnización, pero a renglón seguido por sentado que no se reintegraría porque dice: “..la tutelante convive con el cónyuge y con la indemnización que le será reconocida podrá iniciar una nueva vida laboral..”; iii) conceptua que la ley 790 de 2002 y el decreto 190 de 2003 son aplicables solamente a entidades del orden nacional.

8. La tutelante indica que con el retiro se le han violado a ella y a su hija los derechos a la vida, a la salud, a la seguridad social, a la igualdad, a la dignidad, los derechos del niño y los que surgen de los artículos “1,2,25,125,209 de la C.P.”. Y, expresamente interpone la tutela como mecanismo transitorio.

PRUEBAS

Se adjuntaron a la solicitud de tutela:

- Las resoluciones de nombramiento, promoción, inscripción en la carrera administrativa y desvinculación de la señora Maribel Oñate de Daza;
- Agotamiento de la vía gubernativa;
- Diagnósticos médicos y copias de historia clínica sobre la salud de la menor Liyanet

Daza Oñate;

- Registro civil de Liyanet Daza Oñate;
- Declaraciones extrajuicio para demostrar que Maribel Oñate de Daza es mujer cabeza de familia;
- Fotocopia de la cédula de ciudadanía y del carnet de afiliación a la EPS de la tutelante.

Se allegaron al expediente por parte del Hospital los actos administrativos sobre reestructuración administrativa de dicha Entidad.

Prueba resultante de la decisión de primera instancia:

Como la tutela prosperó en primera instancia, el 12 de mayo de 2003 la Junta Directiva del Hospital le dio facultades al Gerente para que se reintegrara a la señora Maribel Oñate por un término no mayor de 4 meses; y, en la misma fecha se profirió la Resolución 0123 que a la letra dice:

“Artículo Primero. Modificar la planta de personal de la E.S.E. Hospital San Rafael, en la vigencia 2003, definida según Acuerdo # 06 de marzo de 2003 en el cargo de auxiliar de enfermería según el siguiente detalle:

“UNIDAD PUNCIONAL DE APOYO Y ATENCION AL USUARIO

“NOMBRE	CARGO	CODIGO	ASIGNACION MEN.
Maribel Oñate Daza	Aux. de enfermería	555	\$724.798”

SENTENCIAS OBJETO DE REVISION

La primera instancia se decidió mediante la sentencia proferida por el Juzgado Laboral de San Juan del Cesar el 7 de mayo de 2003. El juzgado de instancia fundamentó su decisión en que se trata de una mujer cabeza de familia, con una hija muy enferma, que hubo un perjuicio irremediable al retirar a la señora Maribel Oñate de Daza que da lugar a conceder la tutela como mecanismo transitorio por violación a los derechos a la salud, la vida, la seguridad

social y los derechos del menor y por consiguiente ordena el reintegro “como mecanismo transitorio”. En consecuencia, la sentencia le da un término de cuatro meses a la tutelante “para que instaure la acción correspondiente ante el Tribunal Contencioso Administrativo. Si no la instaura, cesarán los efectos de este proveído”.

En segunda instancia, la sentencia fue dictada por la Sala Civil - Familia - Laboral del Tribunal Superior de Riohacha el 17 de junio de 2003 que revocó la decisión del a-quo.

En sentir del Tribunal, la tutela es improcedente porque la vía adecuada está señalada en el artículo 85 del C.C.A. Para el ad-quem no existe perjuicio irremediable porque puede pedir el reintegro y la suspensión provisional mientras se tramita la acción contencioso administrativa.

INSISTENCIA PARA LA SELECCION

La Defensoría del Pueblo insistió para que el caso de la tutela # 773773 fuera revisado porque considera que se dan los presupuestos necesarios para que se otorgue, de manera transitoria, la protección constitucional. En su sentir:

- a. El derecho a la salud, en tratándose de un niño, como sujeto constitucionalmente privilegiado, adquiere el carácter de fundamental de conformidad con el artículo 44 de la C.P. y, por lo tanto, es un deber irrenunciable del Estado amparar dicho derecho;
- b. Es procedente el amparo, a pesar de existir otros mecanismos judiciales, porque se utiliza para evitar un perjuicio irremediable;
- c. En consecuencia, procede la tutela de manera transitoria, lo cual no impide que paralelamente se ejerciten las acciones contencioso administrativas conducentes.

COMPETENCIA

Esta Sala de Revisión es competente para conocer de la revisión del fallo en el presente caso, de conformidad con los artículos 86 y 241 de la Constitución Política y el decreto 2591 de 1991.

TEMAS JURIDICOS

La tutela la instauró la señora Maribel Oñate Daza a nombre propio y de su menor hija Liyanet Daza Oñate y la solicitó como mecanismo transitorio. Alega como violados los siguientes derechos: a la vida, a la salud, a la seguridad social, a la igualdad, a la dignidad, los derechos del niño y los que surgen de los artículos 1,2,25,125,209 de la C.P. Tres serán los temas jurídicos a desarrollar: La protección tutelar a la mujer cabeza de familia, la protección integral a los niños disminuidos físicos y la tutela como mecanismo transitorio en casos de reestructuración administrativa.

1. Normatividad sobre protección a la madre cabeza de familia

El inciso 2° del artículo 43 de la C. P. establece que “El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia”.

El artículo 2° de la ley 82 de 1993 dice que es cabeza de familia “quien siendo soltera o casada, tenga bajo su cargo, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar”.

El decreto 190 de 2003 que reglamenta la ley 790 de 2002 en su artículo 1° da unas definiciones, entre ellas la de cabeza de familia:

“Madre cabeza de familia sin alternativa económica. Mujer con hijos menores de 18 años de edad, biológicos o adoptivos, o hijos inválidos que dependan económicamente y de manera exclusiva de ellas, y cuyo ingreso familiar corresponde únicamente al salario que devenga del organismo

La ley 100 de 1993 le da especial protección a la mujer cabeza de familia y el acuerdo 77 de 1997 que la desarrolla, establece en su artículo 9 que las madres cabeza de familia están en cuarto orden de prioridad, después de las mujeres en estado de embarazo, los limitados físicos y las personas de la tercera edad, pero antes de el resto de población vulnerable.

En cuanto al reintegro al trabajo de la mujer cabeza de familia, la ley 790 de 2002, sobre renovación de la administración pública, en el artículo 12 de su capítulo II, “Rehabilitación profesional y técnica” establece:

Artículo 12. Protección especial. De conformidad con la reglamentación que establezca el Gobierno Nacional, no podrán ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley.”.

El decreto 190 de 2003, artículo 13.2 indica cómo se aplica la protección especial del citado artículo 12 de la ley 790 de 2002:

“Con base en las certificaciones expedidas por los jefes de personal o quienes hagan sus veces y en las valoraciones del tipo de limitación previstas en el numeral anterior, el secretario general de la respectiva entidad analizará, dentro del estudio técnico correspondiente a la modificación de la planta de personal y teniendo en cuenta la misión y los objetivos del organismo o entidad, el cargo del cual es titular el servidor público que se encuentra en alguno de los grupos de la protección especial y comunicará a los jefes de la entidad respectiva los cargos que de manera definitiva no podrán ser suprimidos o las personas a quienes se les deberá respetar la estabilidad laboral”. (Subraya fuera de texto).

2. Precedentes jurisprudenciales sobre la protección especial

Antes de expedirse la ley 790 de 2002, la Corte Constitucional ya había analizado la estabilidad laboral de la madre que sostenía a su hijo enfermo. En la sentencia T-800 de 1998 se protegió a una auxiliar de enfermería despedida de un hospital. La Corte consideró que los derechos fundamentales de la tutelante y los de su hijo, merecían ser protegidos de manera provisional a fin de precaver los perjuicios irremediables que podrían derivarse de la decisión emitida por el director del Hospital demandado. La sentencia dijo que los que ocupan cargos de carrera administrativa, por haberse vinculado mediante calificación de méritos, tienen una estabilidad laboral mayor que la de los servidores que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción; ésta se traduce en la imposibilidad que tiene el ente nominador de desvincularlos por razones distintas a las taxativamente previstas en la Constitución y la Ley. Una razón podría ser la modificación de la planta de personal, sin embargo, en circunstancias excepcionales se puede proteger la estabilidad mediante la

acción de tutela. La sentencia T-800/98 señaló al respecto:

“No obstante, la Corte ha establecido que la protección ofrecida por la acción de tutela es viable, si logra demostrarse de manera particular, que la afectación de un derecho sin rango fundamental afecta a uno que sí lo tiene. Aplicando esta jurisprudencia en relación con el derecho al trabajo, la misma Corporación ha dicho que la prerrogativa de permanecer en un cargo determinado eventualmente puede llegara a dañar un derecho fundamental, dependiendo de las circunstancias particulares del caso.

En relación con este tópico, dijo la Corte:

“Una derivación del derecho al trabajo podría convertirse en parte esencial del mismo derecho, cuando concurren, a lo menos, varios elementos, como son la conexidad necesaria con el núcleo esencial del derecho en un caso concreto, la inminencia de un perjuicio si se desconoce el hecho, merecimiento objetivo para acceder al oficio o para ejercerlo, la necesidad evidente de realizarlo como única oportunidad para el sujeto. Si se confunde el derecho fundamental con los derivados del mismo, se daría el caso de que todo lo que atañe a la vida en sociedad sería considerado como derecho fundamental, lo cual es insostenible”.(Sentencia T-047/95, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa. Subrayas por fuera del original)

“.....

“Para la fecha de desvinculación de la peticionaria, el hospital demandado no había iniciado el proceso de selección por méritos que la Ley le obligaba llevar a cabo. La Administración toleró por más de dos años la irregular vinculación de aquella a la función pública, en abierta oposición a los preceptos normativos. Por dicha razón, esta Sala considera que el hospital no puede alegar su propio incumplimiento como justa causa para afectar los derechos de la tutelante, sometida a una vinculación irregular por la propia desidia de aquél.

Y, continúa diciendo la sentencia T-800/98:

“Los hechos que arriba se mencionan permiten vislumbrar que la pérdida del trabajo por parte de la demandante y su consiguiente vacancia, la enfrentaría, junto con su hijo, a un

perjuicio irremediable que no podría ser corregido a tiempo, si no es porque la acción de tutela permite evitarlo. En estas condiciones, la acción de tutela se erige como el mecanismo provisional idóneo para preservar, por un lado, el derecho al trabajo de la tutelante, y por el otro, el derecho a la salud y a la vida de su hijo, en virtud de la protección especial que la Carta Política reserva para los niños (art.44), para las madres cabeza de familia (art.43) y para aquellos individuos que por razones económicas, entre otras, se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta (art.13).

Se podría argüir que la jurisprudencia antes transcrita no analizó el tema del retiro por reestructuración y que, además, la protección legal especial a la estabilidad laboral de la madre cabeza de familia se estableció para empleados del orden nacional.

Para responder las inquietudes anteriores es necesario recordar que la protección es constitucional (artículo 43 C.P.) y que la jurisprudencia ha precisado que lo que se protege es a la familia y en especial a los niños, sin excepción. En efecto:

a. La sentencia C-1039 de 20031 expresamente dice : “Sin embargo, mas allá de la protección que se le otorgue a la mujer cabeza de familia, debe entenderse que lo que el legislador quiere proteger es el grupo familiar que de ella depende, en especial a los niños”, aspecto que se resalta en la parte resolutive del fallo. De ahí que la sentencia en mención liga la protección constitucional a la estabilidad laboral al decir: “Significa lo anterior, que la regla general será la permanencia en el empleo de la mujer cabeza de familia, como una consecuencia de la obligación estatal que consagra el artículo 43 de la Carta,...”

b. La sentencia antes citada se remite a la sentencia C-964/03 y dice:

“Recuerda ahora la Corte que, en la misma dirección se pronunció recientemente la sentencia C-964 de 21 de octubre de 2003 al analizar la constitucionalidad parcial de los artículos 2 a 21 de la ley 82 de 1993 (M:P: Dr. Alvaro Tafur Galvis).”.

c. La sentencia C-184 de 20032 reiteró la protección a la mujer cabeza de familia y recordó algunos precedentes, de la siguiente manera:

“3.2.4. La jurisprudencia constitucional, desde sus inicios, también ha adoptado medidas de protección específica para las madres cabeza de familia, precisando de esta forma el alcance

del sentido del mandato constitucional, según el cual toda autoridad pública está llamada a brindar un apoyo especial a la mujer cabeza de familia.³ Tal fue el caso de la sentencia T-593 de 1992 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), en la cual se decidió el conflicto entre una mujer cabeza de familia y su empleador. La accionante había interpuesto una demanda laboral en contra de su patrono luego de haber sido despedida por éste. La demanda se falló a su favor y se ordenó al empleador reintegrarla a su puesto en las mismas condiciones en que se encontraba originalmente. La mujer fue reintegrada pero no en Bogotá, en donde vivía con sus tres hijos de 14, 11 y 8 años de edad, sino en Melgar. Esta nueva situación era bastante gravosa para ella. El salario devengado, el mínimo legal, difícilmente le alcanzaba para cubrir sus gastos, en especial porque ahora debía pagar un arriendo en Melgar. Además, tenía que dejar solos a sus hijos de lunes a sábado, razón que dio lugar, entre otros problemas, a que su hija de 11 años sufriera un accidente cocinando y se quemara. Ante este estado de cosas, interpuso una acción de tutela en defensa de sus derechos y los de sus hijos, solicitando que fuera trasladada a Bogotá nuevamente. La Corte resolvió confirmar la decisión del Tribunal Superior de Bogotá en la que se ordenó al empleador trasladar a la accionante a ésta ciudad al mismo puesto de trabajo en que antes se estaba desempeñando. En esa ocasión dijo la Corte,

“No cree la Corte, al contrario de lo expresado en dicho proveído, que exista una total independencia entre las amenazas reales que gravitan sobre los derechos de los menores y la reiterada negativa de la Empresa al traslado de la madre a Santa Fe de Bogotá, pues si bien es cierto que tal actitud no puede señalarse como causa eficiente de la enfermedad cardiaca que padece una de las niñas ni del accidente sufrido por la otra – es claro que la demanda no hace semejante imputación ni ella resulta tampoco del fallo de segunda instancia ni de la presente providencia- lo cierto es que la intransigencia de la sociedad demandada tiene un efecto práctico inocultable que consiste en la física imposibilidad de que la madre dispense a dichas menores los cuidados, la protección y el apoyo que, según la norma constitucional (artículo 44), hacen parte de sus derechos fundamentales, máxime cuando el alejamiento forzado de la señora PATARROYO no fue el resultado de su libre decisión al celebrar el contrato de trabajo sino el efecto inmediato de una reacción de la empresa ante el fallo judicial que ordenó su reintegro. Precisamente en eso consiste la tutela en este caso: en la orden de obligatorio e inmediato cumplimiento, impartida por el Tribunal de Santa Fe de Bogotá mediante providencia que se confirmará, para que alguien (aquí la Compañía “Central de Mezclas S.A.”), cuya conducta envuelve la vulneración o amenaza de

derechos fundamentales (en este proceso los de la familia PATARROYO, en especial las hijas menores de la misma), actúe en el sentido de acatar integralmente la sentencia del juez laboral que había dispuesto el reintegro de la demandante en las mismas condiciones de trabajo en que se encontraba cuando fue despedida, una de ellas la de desempeñar su cargo en esta ciudad. Ello corresponde también al cumplimiento del contrato laboral, a cuyo tenor la trabajadora no puede ser trasladada si el traslado significa perjuicio para ella o desmejora sus condiciones salariales como acontece en el presente caso.”⁴

En otro caso, en la sentencia T-414 de 1993 (M.P. Carlos Gaviria) se consideró que una autoridad pública había violado el derecho al trabajo de una mujer cabeza de familia, al sellar el taller de herrería que perteneció a su difunto esposo, y que constituía el único ingreso de ella y de su familia. Dijo la Corte:

“(…) la intervención del Estado en el libre ejercicio del oficio de la actora, que se concretó en la Resolución No. 335 del 92, no sólo resulta inconstitucional por violar los derechos al trabajo y al debido proceso, como se expuso en extenso, sino que, además, en el caso de la actora, esa actuación administrativa pretermitió, a plena ciencia y conciencia, la obligación que la Constitución Política impone al Estado en su artículo 43, de apoyar ‘... de manera especial a la mujer cabeza de familia.’ De esta manera, se actuó en contra del Estado social de derecho al expedir la irregular Resolución No. 335, porque a una mujer cabeza de familia (...) no solo no se la ha apoyado de manera especial, sino que, sabiendo que la muerte de su marido la dejó (y con ella a sus hijos) en situación de desamparo tal que hubieron de arrimarse al solidario aunque hacinado hogar paterno, con la Resolución acusada también se la convirtió en desempleada. Se le privó de los únicos medios lícitos con que contaba para cumplir, respecto de sus hijos menores, las obligaciones que les impone a los padres el artículo 44 de la Constitución, de las cuales la actora es única titular desde que se produjo su viudez. Se tenía una mujer que, a pesar del desamparo producido por la muerte de su esposo, se hizo productiva y socialmente responsable de las necesidades de sus hijos menores y se la convirtió en una desempleada, que puede impetrar del Estado el subsidio alimentario de que habla el artículo 43, pues se encuentra en la lactancia del menor de sus hijos.”⁵

d. A su vez, la sentencia C-660/20006 señala la caracterización constitucional de la familia en los siguientes términos:

El régimen constitucional de la familia, cuya piedra angular es el artículo 42, en concordancia con el artículo 5°, busca hacer de esta institución el ámbito adecuado para que dentro de un clima de respeto, no violencia, e igualdad, sus integrantes puedan desarrollarse a plenitud como seres humanos, con la garantía de intimidad que permita el transcurso de la dinámica familiar sin la intromisión de terceros. Busca, así mismo, lograr un equilibrio entre la estabilidad necesaria para el desarrollo de sus miembros con la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad a que tienen derecho cada uno de sus integrantes, aspecto éste donde cobra especial importancia la existencia de un ambiente de respeto por cada persona y de libre expresión de los afectos y emociones. Porque la Constitución Nacional reconoce en la familia una institución esencialmente dinámica y vital, donde cobran especial importancia los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, la libertad de conciencia, el derecho a la intimidad.”

3. Protección integral de los niños disminuidos físicos

El artículo 13 C.P. consagra la especial protección del Estado a las personas que se encuentren en condiciones de debilidad manifiesta a causa su condición mental o física. El artículo 47 C.P. fija la obligación estatal de adelantar planes de integración, rehabilitación y previsión para disminuidos físicos y establece la prestación de atención especializada cuando estos lo requieran. Es un tratamiento preferencial para obtener el derecho a la igualdad con respecto a quienes tienen la totalidad de sus capacidades.

En la sentencia T-1034/017 se dijo:

“La búsqueda de este óptimo estado de salud tiene mayor importancia en el caso de los disminuidos físicos o mentales. Como consecuencia de las misiones encomendadas al Estado en los artículos constitucionales antes citados, la responsabilidad del cuidado del enfermo mental recae en el Estado en caso de que la familia se vea imposibilitada para asumir esa carga o que el disminuido físico no tenga familia. Dijo la Corte con anterioridad:

“Esta connotación especial reconocida al derecho a la salud, derivada de su vinculación directa con el bienestar del ser humano, adquiere mayor relevancia tratándose de disminuidos físicos y psíquicos, pues frente a éstos, dadas las circunstancias de debilidad manifiesta en que se encuentran, el Estado adquiere un compromiso irrenunciable de servicio que lo obliga a procurar por su rehabilitación e integración social, en mayor medida,

cuando la familia no se encuentra en condiciones de hacerlo.”⁸

En otra ocasión, esta Corporación se pronunció en el siguiente sentido:

“No sobra advertir que una de las finalidades del Estado es el servicio a la comunidad y garantizar la efectividad de los principios entre los cuales se encuentra básicamente el respeto a la dignidad humana y la obligación del Estado de proteger la vida de las personas residentes en Colombia pero con mayor razón aquellos que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta (Art. 13 C.P.).”⁹

El artículo 15 del decreto 1938 de 1994, establece que podrá brindarse soporte psicológico, terapia paliativa para el dolor, la disfuncionabilidad y la incomodidad o terapia de mantenimiento¹⁰. Esta afirmación es armónica con el cubrimiento a los menores hasta los 18 años y de por vida en caso de ser deficientes físicos, al tenor del artículo 163 de la ley 100 de 1993 que dispone:

Art. 163 “El plan de salud obligatorio de salud tendrá cobertura familiar. Para estos efectos, serán beneficiarios del Sistema el (o la) cónyuge o el compañero o la compañera permanente del afiliado cuya unión sea superior a 2 años; los hijos menores de 18 años de cualquiera de los cónyuges, que haga parte del núcleo familiar y dependan económicamente de éste, los hijos mayores de 18 años con incapacidad permanente o aquellos que tengan menos de 25 años, sean estudiantes con dedicación exclusiva y dependan económicamente del afiliado. A falta del cónyuge, compañero o compañera permanente, e hijos con derecho, la cobertura familiar podrá extenderse a los padres del afiliado no pensionados que dependan económicamente de éste.”

La protección cobra mas fuerza si el disminuido físico es al mismo tiempo menor de edad. La sentencia T-1158 de 2001¹¹ dijo:

“La Convención de las Naciones Unidas de 1989, sobre los Derechos del niño, ratificada por Colombia el 28 de enero de 1991, señala en su artículo 19 que los Estados Partes deben adoptar toda clase de medidas para proteger a los menores de toda forma de violencia física o mental, lesión corporal o abuso, trato negligente, maltrato o explotación, incluyendo abuso sexual, mientras permanezca bajo el cuidado de los padres, guardianes legales u otra persona que tenga a cargo su cuidado. La Convención Americana sobre derechos humanos,

en su artículo 19 establece: “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del estado”.

Esa protección significa que se debe actuar teniendo siempre en cuenta el interés superior del niño. En este aspecto, la Convención sobre los derechos del niño, artículo 3º, ordena:

“1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los Tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño.

“2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas que sean responsables de él ante la ley y con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

“3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada”.

El interés superior del niño está consagrado en el artículo 44 de la C.P. y ha sido resaltado en la sentencia T-408/9512:

“El denominado “interés superior” es un concepto de suma importancia que transformó sustancialmente el enfoque tradicional que informaba el tratamiento de los menores de edad. En el pasado, el menor era considerado “menos que los demás” y, por consiguiente, su intervención y participación, en la vida jurídica (salvo algunos actos en que podía intervenir mediante representante) y, en la gran mayoría de situaciones que lo afectaban, prácticamente era inexistente o muy reducida.

Con la consolidación de la investigación científica, en disciplinas tales como la medicina, la psicología, la sociología, etc., se hicieron patentes los rasgos y características propias del desarrollo de los niños, hasta establecer su carácter singular como personas, y la especial

relevancia que a su status debía otorgar la familia, la sociedad y el Estado. Esta nueva visión del menor se justificó tanto desde una perspectiva humanista - que propende la mayor protección de quien se encuentra en especiales condiciones de indefensión -, como desde la ética que sostiene que sólo una adecuada protección del menor garantiza la formación de un adulto sano, libre y autónomo.”

El niño es un sujeto privilegiado. En la T-283/94 13 se explicó este aspecto:

“La consideración del niño como sujeto privilegiado de la sociedad produce efectos en distintos planos. La condición física y mental del menor convoca la protección especial del Estado y le concede validez a las acciones y medidas ordenadas a mitigar su situación de debilidad que, de otro modo, serían violatorias del principio de igualdad (CP art. 13). Dentro del gasto público social, las asignaciones dirigidas a atender los derechos prestacionales en favor de los niños deben tener prioridad sobre cualesquiera otras (CP art. 350). Todas las personas gozan de legitimidad para exigir el cumplimiento de los derechos de los niños y la sanción de los infractores (CP art. 44). La coordinación de derechos y la regulación de los conflictos que entre éstos se presenten en el caso de que se vea comprometido el de un menor, debe resolverse según la regla pro infans (CP art. 44).”

Por eso, la T-715/99 dijo que no puede haber una simple graduación en la protección, sino que debe ser una protección real, de carácter vinculante absoluto. A contrario sensu, una protección precaria viola los derechos constitucionales fundamentales del menor.

Esa protección preferente al discapacitado, máxime cuando es menor también ha sido motivo de las sentencias T-179/00, T-339/95, T-620/99, T-488/2001. La sentencia T-298/94 14 analizó concretamente el tratamiento médico a los niños discapacitados:

“Aparte del tratamiento de favor que debe dispensarse al niño, en cualquier proceso social, en el presente la consideración de disminuido psíquico del menor suponía un trato todavía más especial (CP arts. 13, 47 y 95-2). El niño que sufre retardo mental, a la situación de indefensión propia de su edad y condición agrega la derivada de su defecto psíquico y, por consiguiente, plantea a la sociedad la máxima exigencia de protección.....

Los disminuidos físicos o mentales, en cierta medida, por su falta de autonomía, están inexorablemente supeditados a los demás, y si la sociedad no responde a su muda convocatoria de solidaridad, se ven abocados a su destrucción o a los padecimientos más crueles. Una sociedad democrática construida sobre el respeto a la dignidad humana, arriesga abdicar de sus propios principios y de toda pretensión de justicia, si desoye el llamado de sus miembros más débiles.”

“De igual manera, el artículo 23 de la Convención sobre los Derechos del Niño que adoptó la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, y que fue aprobada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991, dispone que “los Estados Parte reconocen el derecho del niño impedido a recibir cuidados especiales”, los cuales estarán destinadas “a asegurar que el niño impedido tenga un acceso efectivo a la educación, la capacitación, los servicios sanitarios, los servicios de rehabilitación, la preparación para el empleo y las oportunidades de esparcimiento y reciba tales servicios con el objeto de que el niño logre la integración social y el desarrollo individual, incluido su desarrollo cultural y espiritual, en la máxima medida posible”. Al mismo tiempo, el numeral e) del artículo 13 del Protocolo Adicional a la Convención sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales o Protocolo de San Salvador, es contundente cuando determina que “se deberán establecer programas de enseñanza diferenciada para los minusválidos a fin de proporcionar una especial instrucción y formación a personas con impedimentos físicos o deficiencias mentales”. El artículo 18 de esa misma disposición señala que “toda persona afectada por una disminución de sus capacidades físicas o mentales tiene derecho a recibir una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad. Con tal fin, los Estados Partes se comprometen a... c) incluir de manera prioritaria en sus planes de desarrollo urbano la consideración de soluciones a los requerimientos específicos generados por las necesidades de este grupo”. (Subraya fuera de texto).

4. Continuidad en la prestación del servicio de salud

El artículo 48 de la C. P. indica que la seguridad social debe sujetarse a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establezca la ley.

El artículo 365 de la C.P. establece: “Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del estado. Es deber del estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del

territorio nacional”.

La sentencia T-572 de 200215 dijo:

“Que la salud es un servicio público, y además esencial, no tiene la menor duda porque los artículos 48 y 49 expresamente dicen que la salud es servicio público, el artículo 366 C.P. presenta como objetivo fundamental del estado la solución a la salud, y la ley 100 de 1993 también lo indica en su artículo 2º.

Uno de los principios característicos del servicio público es el de la eficiencia. Dentro de la eficiencia está la continuidad en el servicio, porque debe prestarse sin interrupción.”

Dentro del concepto de eficiencia, se incluye la continuidad en la prestación del servicio. La sentencia SU-562/99 dijo al respecto:

“Que la salud es un servicio público, y además esencial, no tiene la menor duda porque los artículos 48 y 49 expresamente dicen que la salud es servicio público, el artículo 366 C.P. presenta como objetivo fundamental del estado la solución a la salud, y la ley 100 de 1993 también lo indica en su artículo 2º.

Uno de los principios característicos del servicio público es el de la eficiencia. Dentro de la eficiencia está la continuidad en el servicio, porque debe prestarse sin interrupción.”

Respecto a la continuidad, la T-179/2000 indicó:

“Si un menor de edad es beneficiario, en su calidad de hijo, de un trabajador subordinado, y tiene derecho a la atención integral de salud, y ésta se le principia a prestar, tiene derecho a la continuidad del servicio, siempre y cuando no aparezca razón constitucional válida para suspenderlo o que el médico tratante lo determine. En efecto: los artículos: 162 de la Ley 100 de 1993 y 11 del decreto 1938 de 1994 incluyen dentro del plan obligatorio de salud el tratamiento y rehabilitación de la enfermedad. Por consiguiente todo aquello que apunte en tal sentido debe ser atendido dentro del POS. Pero la determinación sobre cuál debe ser el tratamiento o la rehabilitación le corresponde al médico tratante como se indicó en la T-480/97.”

Conforme a la jurisprudencia anterior, se debe prestar servicio continuo y eficiente a las

personas usuarias de la seguridad social en salud, y preferentemente al niño discapacitado y beneficiario del trabajador asalariado. Si el niño es beneficiario del sistema de seguridad social, la ciencia médica debe acudir para dar una mejor condición de vida, así la enfermedad no pueda derrotarse. De manera que no es válido eludir el cumplimiento del servicio público esencial a la salud, diciendo, como ocurre en el presente caso, que la “enfermedad es congénita” y por lo tanto incurable, lo cual llevaría a la conclusión inconstitucional de permitirse la suspensión del servicio. Esta Corte Constitucional en el caso de los niños enfermos del síndrome de dawn, indicó que el Instituto de los Seguros Sociales no puede exonerarse de prestar ciertos servicios asistenciales. Curar implica no solamente derrotar la enfermedad sino muchas cosas mas, como por ejemplo, mejoramiento de las condiciones de vida de la persona, prolongación de la vida ante la perspectiva de que la ciencia descubra la manera de superar la enfermedad y disminuir las secuelas y los dolores. Sobre este aspecto la jurisprudencia se ha pronunciado entre otras, en las siguientes sentencias: T-067/94, T-068/94, T-430/94, T-204/94, T20/95.

En la T-179/2000 se dijo, en cuanto al trato eficiente que se debe dar a los niños discapacitados:

La eficacia también incluye una actividad administrativa que se traduzca, en atención adecuada y humana al usuario. Para ello se requiere una eficiente gestión por parte de las EPS y éstas no pueden invocar sus deficiencias o fracasos para no prestar el servicio, máxime tratándose de niños inválidos. La citada sentencia T-179/2000 agregó:

“Para ello se requiere que haya elementos materiales y funcionales que humanicen el tratamiento, y un sistema organizativo que los desarrolle hasta el máximo punto posible. La eficacia en la prestación del servicio es un derecho positivo de las personas frente al Estado y frente a las EPS y, consecuentemente, es un deber de ellos cumplir adecuadamente con el servicio público a la seguridad social en salud.”

5. La tutela como mecanismo transitorio

El artículo 8° del artículo 2591 de 1991 dice cuándo la tutela prospera como mecanismo transitorio:

“Aun cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial, la acción de tutela

procederá cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

“En el caso del inciso anterior, el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado.

“En todo caso el afectado deberá ejercer dicha acción en un término máximo de cuatro meses a partir del fallo de tutela.

“Si no la instaure cesarán los efectos de éste.

“ Cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un daño irreparable, la acción de tutela también podrá ejercerse conjuntamente con la acción de nulidad y de las demás procedentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En estos casos, el juez si lo estima procedente podrá ordenar que no se aplique el acto particular respecto de la situación jurídica concreta cuya protección se solicita, mientras dure el proceso”.

Para que la tutela prospere como mecanismo transitorio, la situación debe ser grave para el afectado, debe exigir una pronta e impostergable solución y debe tratarse de evitarse un perjuicio irremediable.

Sobre el perjuicio irremediable la T-439/2000 se fundamentó en la T-225/9316:

“Para determinar la irremediabilidad del perjuicio hay que tener en cuenta la presencia concurrente de varios elementos que configuran su estructura, como la inminencia que exige, en el caso que nos ocupa, medidas inmediatas; la urgencia que tiene el sujeto de derecho por salir de ese perjuicio inminente; y la gravedad de los hechos, que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales. La concurrencia de los elementos mencionados pone de relieve la necesidad de considerar la situación fáctica que legitima la acción de tutela como mecanismo transitorio y como medida precautelativa para garantizar la protección de los derechos fundamentales que se lesionan o que se encuentran amenazados.

Con respecto al término ‘amenaza’ es conveniente manifestar que no se trata de la simple posibilidad de lesión, sino de la probabilidad de sufrir un mal irreparable y grave de manera

injustificada. La amenaza requiere un mínimo de evidencia fáctica, de suerte que sea razonable pensar en la realización del daño o menoscabo material o moral.”

En la misma sentencia se precisa que es inminente lo “que amenaza o está por suceder prontamente”; que las medidas han de ser urgentes, es decir, “como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia.” Que el perjuicio se requiere que sea grave, “lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona.”; y “que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad.”

CASO CONCRETO

De las pruebas obrantes en el expediente se colige lo siguiente:

1. La señora Maribel Oñate de Daza es madre cabeza de familia porque aunque es casada, tiene bajo su cargo, económica o socialmente, en forma permanente, a su hija menor, incapacitada, sin ayuda de los demás miembros del núcleo familiar porque su esposo ha quedado sin trabajo, debido a dificultades de orden público, como lo declaran testigos bajo juramento. Por eso, el ingreso familiar corresponde únicamente al salario que devengaba la señora Oñate de Daza, como lo dicen los mismos testigos. Al perder el salario, la tutelante y su familia quedan gravemente afectadas.
2. La menor Liyanet Daza Oñate, hija de Maribel Oñate de Daza, es discapacitada grave. En efecto, padece de síndrome de Turner con mosomía para el cromosoma X, tiene riñón en herradura, hipotrofia uterino, hipeteroidismo.
3. Es urgente continuar el tratamiento a dicha menor porque en la historia clínica aparece que la atención debe ser sin interrupciones. Ese tratamiento. Según las pruebas que aparecen en el expediente y se relata en la petición de tutela requiere de la aplicación de: “ayerogen X 0.625 MG # 63 TBL, provera x 5 mg # 21 tab., Eltroxin x50 mg # 45 tab, Posture D # 30 tab, Biotropin x 4 unidades # 37 amp.”.
4. Dada la situación especial en que se encuentra la demandante la entidad demandada, a saber, el Hospital Regional San Rafael de San Juan de Cesar, ha debido incluir el nombre de la

trabajadora dentro de las once auxiliares de enfermería que permanecieron en la institución a raíz de la reestructuración. Al desvincularla, dicha Institución violó los derechos fundamentales de la peticionaria y de su hija menor e inválida, a saber:

a. Los derechos del niño a la vida, a la salud, a la seguridad social, en cuanto al dejar de ser beneficiario de su madre, queda desprotegido del sistema de seguridad social en salud, en el régimen del POS, ya que no se trata de una familia dentro de los estratos 2 o 1 que darían lugar al SISBEN; y, y, además, se rompió la continuidad en la prestación del servicio médico asistencial a un niño que requiere urgentemente de tratamiento médico;

b. El derecho a la igualdad, por cuanto otras enfermeras auxiliares en el hospital de San Juan del Cesar no fueron desvinculadas, mientras que la señora Oñate de Daza si fue retirada del servicio, no obstante estar protegida por su situación especial de madre cabeza de familia y de sostener una menor hija minusválida;

c. El derecho al trabajo por cuanto al perder su estabilidad laboral, estando protegida de manera especial, en su condición de madre cabeza de familia, de trabajadora en carrera administrativa y de madre que sostiene a su menor hija inválida, se le violaron derechos fundamentales al trabajo, al mínimo vital y a la dignidad.

d. Y, especialmente, porque en el presente caso concreto la tutela se concede para proteger a la familia de la señora Maribel Oñate de Daza y a su hija menor enferma: Liyanet Daza Oñate; como se dejó explicado en los considerados del presente fallo.

5. Si bien es cierto, la demandante puede acudir a la vía contencioso administrativa, esto no impide la prosperidad de la tutela como mecanismo transitorio porque se causa un perjuicio irremediable si no se da pronta protección a la familia y especialmente a su hija inválida. Así lo determinó la sentencia de primera instancia, que ordenó el reintegro, a condición de que se presentara la correspondiente demanda contencioso administrativa, dentro del término de cuatro meses, como lo dice el artículo 8° del decreto 2591 de 1991. Por tal razón, se confirmará lo decidido por el a-quo.

Se debe dejar en claro que la tutela no prospera de manera definitiva porque la entidad demandada ejercitó el derecho a la reestructuración de la planta de personal.

6. Como se trata de un mecanismo transitorio, la caducidad para instaurar la acción es la que figura en el Código Contencioso Administrativo y por eso en el fallo de primera instancia se señaló un término improrrogable de 4 meses.

7. La sentencia de segunda instancia no concedió la tutela con el argumento de que dentro de la acción contencioso administrativa existe la suspensión provisional, luego, dice el ad-quem, desaparece el perjuicio irremediable. La Corte Constitucional ha dicho que la suspensión provisional no impide la prosperidad de la tutela como mecanismo transitorio.

En la sentencia T-873/9917 se dijo que la simple posibilidad de la suspensión provisional no hace improcedente la acción de tutela, pues debe analizarse si dados los requisitos que el legislador ha previsto para su procedencia, ésta resultará idónea para la protección de los derechos y libertades que se dicen vulnerados. Y agrega el mencionado fallo:

“ En especial, ha de ponderarse si la existencia del mecanismo de la suspensión provisional que opera ante el contencioso administrativo, al hacer uso de las acciones que ante éste pueden interponerse, a efectos de controlar el ejercicio de este poder, puede convertirse realmente en un instrumento que excluya la procedencia de esta acción. En relación con este punto, vale la pena citar lo dicho en la sentencia SU 039 de 1997.

“En relación con la compatibilidad entre la acción de tutela y las acciones contencioso administrativas y la suspensión provisional del acto administrativo. Se expone las siguientes consideraciones:

“..... es viable cuando el interesado dispone de la acción contenciosa administrativa y la suspensión provisional es procedente, por las siguientes razones: A diferencia de la acción de tutela que persigue la efectiva protección de los derechos constitucionales fundamentales amenazados o vulnerados, la suspensión provisional, se encuentra estructurada bajo la concepción muy limitada de ser una medida excepcional, con base constitucional pero con desarrollo legal, que busca impedir provisionalmente la ejecución de actos administrativos que son manifiestamente violatorios del ordenamiento jurídico y cuando en algunos casos, además, su ejecución pueda ocasionar perjuicios a una persona. Dicha institución fue concebida como mecanismo de protección de derechos con rango legal, sin que pueda pensarse de modo absoluto que eventualmente no pueda utilizarse como instrumento para el amparo de derechos constitucionales fundamentales; pero lo que si se advierte es que dados

los términos estrictos en que el legislador condicionó su procedencia, no puede considerarse, en principio, como un mecanismo efectivo de protección de dichos derechos.

“La suspensión provisional opera mediante una confrontación directa entre el acto y la norma jurídica, generalmente contentiva de una proposición jurídica completa, que se afirma transgredida, así puedan examinarse documentos, para determinar su violación manifiesta; en cambio, cuando se trata de amparar derechos fundamentales el juez de tutela se encuentra frente a una norma abierta, que puede aplicar libremente a través de una valoración e interpretación amplia de las circunstancias de hecho. En razón de su finalidad se reconoce a la tutela, como mecanismo destinado a asegurar el respeto, vigencia y efectividad de los derechos fundamentales, cierta prevalencia sobre la suspensión provisional del acto administrativo, hasta el punto que es procedente instaurar conjuntamente la acción de tutela y la acción contencioso administrativa y dentro del proceso a que da lugar aquélla se pueden adoptar, autónomamente, medidas provisionales. La acción de tutela y la suspensión provisional no pueden mirarse como instrumentos de protección excluyentes, sino complementarios. Además, dentro del proceso de tutela es posible, independientemente de dicha suspensión, impetrar las medidas provisorias. La necesidad de proteger los derechos constitucionales fundamentales y de efectivizarlos, impone un cambio, una nueva concepción, de la institución de la suspensión provisional. El viraje que se requiere para adaptarla a los principios, valores y derechos que consagra el nuevo orden constitucional puede darlo el juez contencioso administrativo o inducirlo el legislador, a través de una reforma a las disposiciones que a nivel legal la regulan. El juez administrativo, con el fin de amparar y asegurar la defensa de los derechos fundamentales podría, aplicando directamente la Constitución Política, como es su deber, suspender los efectos de los actos administrativos que configuren violaciones o amenazas de transgresión de aquéllos”.

En consecuencia, no le asiste razón al ad-quem al negar la tutela como mecanismo transitorio con la simple afirmación de que existe la suspensión provisional. En el presente caso la suspensión provisional del Acuerdo que señaló la planta administrativa, automáticamente no significa que la tutelante recupera su puesto de trabajo.

DECISION

En mérito de lo expuesto la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando

justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Laboral de San Juan del Cesar el 7 de mayo de 2003, que concedió la tutela como mecanismo transitorio, dentro de la acción de tutela instaurada por la señora Maribel Oñate de Daza contra el Hospital Regional San Rafael de San Juan del Cesar, en los términos establecidos por el a-quo; y, por consiguiente REVOCAR la sentencia dictada por la Sala Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior de Riohacha el 17 de junio de 2003.

SEGUNDO. Por Secretaria, LÍBRESE la comunicación prevista por el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

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

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

IVAN HUMBERTO ESCRUCERIA MAYOLO

Secretario General(e)

2 M.P. Manuel José Cepeda

3 Para una descripción cuidadosa de la jurisprudencia de esta Corte sobre los derechos de la mujer, ver el libro *Cuerpo y Derecho*, op. cit.

4 La Corte coincidió con el juez de segunda instancia en que no existía otro medio de defensa

judicial idóneo para el caso: “En este caso estima la Corte Constitucional que, vistas las circunstancias en medio de las cuales se desenvuelven las relaciones entre la peticionaria y la empresa para la cual trabaja, particularmente su situación de indefensión respecto de ésta y la existencia de un perentorio proveído judicial no cumplido integralmente por la compañía condenada, los medios judiciales señalados por la juez de primera instancia como aptos para excluir la acción de tutela no lo son en realidad pues su utilización no aliviaría -al menos no con la oportunidad y la eficacia requeridas- la difícil coyuntura familiar en que ha sido puesta la demandante por la indolencia de su patrono y por la real inejecución de la orden judicial ya impartida.” Sentencia T-593/92, M.P. José Gregorio Hernández.

5 La Corte conciente de que en este caso la accionante contaba con otros medios de defensa judicial que en principio deberían ser usados antes de recurrir al mecanismo de la acción de tutela, pero segura a la vez de que existía una situación concreta que afectaba gravemente los derechos de los niños, optó por conceder la tutela como mecanismo transitorio, mientras se resolvía de fondo la cuestión ante la jurisdicción contencioso administrativa.

6 M.P. Dr. Alvaro Tafur Galvis

7 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

8 Ver Sentencia T-851/99 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa (En esa ocasión se concedió la tutela a una persona que se encontraba interna en la Beneficencia de Cundinamarca y se le había privado de este servicio por haber sobrepasado la edad que debían tener los pacientes del internado. En virtud de la demostrada incapacidad económica de los padres del accionante, la Corte consideró que el Estado en cabeza de la Beneficencia debía asumir la protección del derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida en condiciones dignas del accionante)

9 Ver sentencia T-046/97 M.P. Hernando Herrera Vergara (En esta ocasión se tuteló el derecho a la salud en conexidad con la vida en condiciones dignas de una indigente que no había sido recibida por la Beneficencia de Cundinamarca para ser internada en esta institución y ahí recibir el cuidado necesario a pesar de estar probado su estado de retardo mental severo y la necesidad de institucionalizarla)

10 Ver sentencia T-020/95

11 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

12 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

13 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

14 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

15 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

16 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

17 M.P. Alfredo Beltrán Sierra