

C-199-99

Sentencia C-199/99

MATERNIDAD-Protección

La protección a la maternidad, como principio constitucional, asume respecto de la actuación normativa del Legislador la connotación de parámetro crítico. Aunque de algunos principios constitucionales no pueda derivarse de manera directa la existencia de un derecho fundamental, su rango constitucional en todo caso obliga a que la legislación sea obligatoriamente confrontada con ellos y se exponga a ser declarada inexecutable si deja de reflejar, debiéndolo, la orientación de sentido que emana de su imperativo deóntico. La indemnización derivada de la supresión de un cargo de carrera en favor de su titular, resultará de sumar los factores de resarcimiento que contemple la ley. El principio de protección a la maternidad, empero, exige considerar como hecho relevante en términos constitucionales la situación que rodea a la mujer embarazada que como funcionaria de carrera pierde su empleo con ocasión de la supresión que se decreta por el órgano competente. La Corte prohíja el punto de vista sostenido por el Procurador General de la Nación y, en la parte resolutive, proferirá una decisión de exequibilidad condicionada a que la interpretación del texto demandado se haga en los términos aquí establecidos, vale decir, bajo el entendido de que la “indemnización básica” incorpora, adicionalmente, la respectiva compensación por los salarios dejados de percibir en el interregno entre el retiro y la fecha del parto, lo mismo que una adecuada compensación que permita a la mujer embarazada recibir la atención médica necesaria.

CARGO DE CARRERA ADMINISTRATIVA DESEMPEÑADO POR EMPLEADA EMBARAZADA-Protección

No está exento de contradicción el intento de fundar un régimen diferenciado sobre la base de ciertos rasgos o situaciones que afectan a las funcionarias embarazadas de carrera – hasta el punto de que su presencia o ausencia significa protección total o meramente parcial –, cuando simultáneamente se desestima la importancia de los mismos rasgos o situaciones. La protección en el primer caso se confiere, pese a la provisionalidad de la inserción en la carrera y a la calificación insatisfactoria, pero son estos dos hechos desencadenantes los que sirven para sustentar el tratamiento diferenciado que se da respecto del segundo caso en el que únicamente provee una protección parcial. Lo anterior indica que el rasgo o situación que lógicamente ha debido servir de presupuesto al régimen de protección no podía ser distinto de la maternidad. El mismo Legislador al hacer un uso contradictorio de los rasgos o situaciones que seleccionó, socavó la validez de los regímenes diferenciados establecidos. El patrón de comparación escogido por el Legislador, por las razones expuestas, no permite en vista de la finalidad perseguida – protección a la maternidad –, estructurar sobre su base supuestos distintos para crear regímenes diferenciados. La violación al principio de igualdad es patente, salvo que se interprete el precepto en el sentido de que la “indemnización básica” comprende, adicionalmente, (1) la respectiva compensación por los salarios dejados de percibir entre la fecha del retiro del servicio y la verificación del parto, y (2) el pago mensual, a la correspondiente entidad promotora de salud, de la parte de la cotización al Sistema General de Seguridad Social en Salud que corresponde a la entidad pública en los

términos de la ley, durante toda la etapa de gestación y los tres meses posteriores al parto. Sólo si se prohíja esta interpretación, que es plausible sostener en razón de la equivocidad del texto legal, no se quebrantaría el principio de igualdad.

Referencia: Expediente D-2181

Actor: Hubert Teller Fonseca Y Maria Luisa Mendez Abril

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 62 (parcial) de la Ley 443 de 1998, "Por la cual se expiden normas sobre carrera administrativa y se dictan otras disposiciones"

Magistrado Ponente:

Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Santa Fe de Bogotá, D.C., abril siete (7) de mil novecientos noventa y nueve (1999).
Aprobada por acta N° 20

La Sala Plena de la Corte Constitucional, integrada por su Presidente Eduardo Cifuentes Muñoz y por los magistrados Antonio Barrera Carbonell, Alfredo Beltrán Sierra, Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo, Alejandro Martínez Caballero, Fabio Morón Díaz, Vladimiro Naranjo Mesa y Martha Victoria Sáchica de Moncaleano

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

ha pronunciado la siguiente

S E N T E N C I A

I. ANTECEDENTES

1. El Congreso de la República expidió la Ley 443 de 1998, "Por la cual se expiden normas sobre carrera administrativa y se dictan otras disposiciones", la cual fue publicada en el Diario Oficial N° 43.320 de junio 12 de 1998.

Los ciudadanos Hubert Teller Fonseca y María Luisa Méndez Abril demandaron parcialmente el artículo 62 de la Ley 443 de 1998, por considerarlo violatorio de los artículos 13, 43, 44 y 53 de la Constitución Política.

La representante judicial del Ministerio de Justicia y del Derecho, a través de memorial calendado el 15 de octubre de 1998, se opuso a las pretensiones de la demanda y solicitó declarar ajustado a la Carta Política el artículo 62 de la Ley 443 de 1998.

Mediante escrito fechado el 15 de octubre de 1998, el apoderado del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social defendió la constitucionalidad de la disposición acusada.

A través de memorial fechado el 15 de octubre de 1998, la representante judicial del Departamento Administrativo de la Función Pública, expresó sus razones en favor de la declaratoria de exequibilidad de la norma demandada.

El Procurador General de la Nación, mediante concepto fechado el 28 de octubre de 1998, solicitó a la Corte declarar la exequibilidad de los apartes acusados del artículo 62 de la Ley 443 de 1998, bajo el entendido de que a la mujer en estado de embarazo “adicionalmente se le ha de reconocer a título de indemnización el valor correspondiente a los salarios que dejaría de percibir (...) desde el momento en que sea desvinculada de su cargo, hasta la fecha probable del parto, como también el derecho a que se le sigan pagando los aportes a las instituciones prestadoras de los servicios de salud a fin de que (...) pueda disfrutar de los mismos, hasta las doce semanas subsiguientes al parto”.

TEXTO DE LAS NORMAS DEMANDADAS

LEY NUMERO 443 DE 1998

(Junio 11)

“Por la cual se expiden normas sobre carrera administrativa y se dictan otras disposiciones”

El Congreso de la República

DECRETA:

(...)

Artículo 62.- Protección a la maternidad. Cuando un cargo de carrera se encuentre provisto con una empleada en estado de embarazo mediante nombramiento provisional o en período de prueba, el término de duración de éstos se prorrogará automáticamente por tres meses más después de la fecha del parto.

Cuando una empleada de carrera, en estado de embarazo obtenga calificación de servicios no satisfactoria, la declaración de insubsistencia de su nombramiento se producirá dentro de los ocho (8) días calendario siguientes al vencimiento de la licencia de maternidad.

Cuando por razones del buen servicio deba suprimirse un cargo ocupado por una empleada de carrera, en estado de embarazo, y no fuere posible su incorporación en otro igual o equivalente, además de la indemnización a que tendría derecho, deberá pagársele, a título de indemnización por maternidad, el valor de doce (12) semanas de descanso remunerado a que tiene derecho como licencia de maternidad.

(Se subraya lo demandado)

CARGOS DE LA DEMANDA

2. Los demandantes señalan que el artículo 62 de la Ley 443 de 1998 establece tres hipótesis diferentes de protección a la servidora pública que se encuentra en estado de embarazo: (1) cuando ocupa un cargo de carrera de manera provisional o en período de prueba; (2) cuando

se encuentra inscrita en el régimen de carrera y obtiene una calificación de servicios no satisfactoria; y, (3) cuando ocupa un cargo de carrera que debe ser suprimido por razones de buen servicio y no puede ser ubicada en otro cargo igual o equivalente.

A su juicio, el tratamiento que la norma antes anotada otorga a la servidora pública que se encuentra en la última de las situaciones mencionadas, consistente en el pago de una indemnización equivalente al valor de las doce semanas de descanso remunerado a que se tiene derecho como licencia de maternidad, es discriminatorio frente al tratamiento que la misma norma dispensa en las dos primeras situaciones. Consideran que la señalada indemnización es “insuficiente, ínicua, irrisoria toda vez que sólo alcanza a cubrir o compensar el período de licencia de maternidad, en otros términos, el período de postparto, equivalente a tres meses; y no salvaguarda real y efectivamente los derechos inalienables y valores constitucionales que se arriesgan tales como la vida, la familia, el cuidado de los niños, la seguridad social entre otros; pues queda desprotegido el período de embarazo, que comprende desde el momento de la concepción hasta la fecha del parto”. Agregan que “en los dos primeros casos las mujeres embarazadas reciben una mejor y especial protección que en el tercer caso, por cuanto las primeras han sido amparadas por la ley durante su período de embarazo y postparto, mientras que a la última sólo se le protege en el período del postparto”. En estas circunstancias, estiman que la disposición acusada vulnera aquellas normas constitucionales que obligan al Estado y los particulares a brindar una especial protección a la mujer embarazada durante el embarazo y después del parto (C.P., artículos 13, 43, 44 y 53).

Los actores indican que el hecho de que la servidora pública cuyo cargo es suprimido reciba una doble indemnización no desvirtúa el vicio de inconstitucionalidad que presenta la norma demandada. En su opinión, “la indemnización por servicios es una retribución a la que tiene derecho cualquier servidor público, hombre o mujer, inscrito en la carrera administrativa cuando su cargo le es suprimido y opta por la misma, de modo que en este caso la indemnización por servicios no es una retribución especial para la mujer en estado de embarazo”.

INTERVENCIONES

Intervención del Ministerio de Justicia y del Derecho

1. La apoderada del Ministerio de Justicia y del Derecho señala que corresponde al legislador el desarrollo de las normas constitucionales que consagran una especial protección a la mujer embarazada, motivo por el cual aquél tiene amplia competencia para regular los asuntos relacionados con tal protección.

Conforme a la anterior premisa, indica que la indemnización por un monto de doce semanas a que tiene derecho la servidora pública en embarazo cuyo cargo es suprimido y no puede

ser reubicada en uno equivalente, la que equivale a la remuneración que, en condiciones normales, obtendría como licencia de maternidad, constituye un desarrollo legislativo legítimo de las normas constitucionales que protegen a la mujer en estado de gravidez. Agrega que no es cierto que la mencionada indemnización sólo corresponda al período de post-parto, toda vez que “la protección [constitucional] es una sola y se genera por todo el tiempo en que se encuentre laborando la mujer”. Al respecto, manifiesta que “una indemnización que coincide con lo que debería recibir por concepto de licencia de maternidad, (...) no es susceptible de discusión por cuanto el legislador tiene plena autonomía y potestad para establecer la indemnización que estime conveniente, con miras claro, a proteger los derechos de toda persona”.

Intervención del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social

4. En concepto del apoderado del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social la disposición parcialmente demandada debe ser declarada exequible. No obstante su escrito se contrae, fundamentalmente, a transcribir literalmente algunos apartes de la sentencia C-470 de 1997 de la Corte Constitucional, en la que se reconoce el derecho a la mujer embarazada a una estabilidad laboral reforzada. Finalmente, afirma que la indemnización establecida en los apartes acusados del artículo 62 de la Ley 443 de 1998, se enmarca dentro de los parámetros establecidos en la citada providencia y, en consecuencia, no discrimina a la mujer embarazada, “sino antes por el contrario, [le] evita un perjuicio a ella y al nasciturus”.

Intervención del Departamento Administrativo de la Función Pública

5. La representante judicial del Departamento Administrativo de la Función Pública señala que, según la sentencia C-470 de 1997, una servidora pública en estado de gravidez puede ser despedida, sin que haya lugar al reconocimiento y pago de una indemnización por maternidad, siempre y cuando la entidad pública de que se trate expida una resolución motivada que explique la justa causa que determina el despido. Conforme a lo anterior, estima que la disposición acusada consagra una hipótesis de despido justificado de una empleada embarazada, en la cual, sin embargo, se le otorga una indemnización. Indica, además, que las indemnizaciones a que se refiere el aparte acusado del artículo 62 de la Ley 443 de 1998 se fundamentan en la supresión legal de un empleo público basada en razones del buen servicio y no en la protección de la maternidad.

En opinión de la interviniente, el tratamiento que dispensa la disposición demandada a la mujer embarazada no es discriminatorio frente a las restantes hipótesis establecidas en el artículo 62 de la Ley 443 de 1998, como quiera que éstas y aquél regulan situaciones de hecho distintas que, por tanto, requieren una regulación legal diferenciada. Al respecto, asegura que “el derecho a la ‘estabilidad laboral reforzada’ no podrá impedir la supresión del empleo que ocupa una empleada de carrera en estado de embarazo, cuando dicha supresión surja como resultado de procesos de modernización del Estado, ni podrá obligar a éste a mantener en la planta de personal empleos que no requiere, por el sólo hecho de estar ejercidos por mujeres embarazadas. Por esta razón, el tratamiento dado en estas circunstancias tiene que ser diferente cuando se presentan los eventos a los cuales hacen referencia los incisos 1° y 2° del artículo 62 de la Ley 443 de 1998, (...)”.

Concepto del Procurador General de la Nación

6. El jefe del Ministerio Público señala que “la disposición acusada representa un avance en relación con la situación que se presentaba con anterioridad, puesto que no existía dentro de la legislación ningún tratamiento especial en favor de la mujer embarazada que fuera declarada insubsistente por la supresión del cargo. Sin embargo, en concepto de este despacho la garantía consagrada en favor de estas personas no es integral, ya que en aplicación de la norma impugnada, ellas quedan desprotegidas en aspectos de trascendental importancia en el período de la gestación, como es el de la seguridad social”.

Considera que, aunque la hipótesis consagrada en la disposición demandada es de aplicación excepcional, los derechos de la mujer en estado de gravidez no pueden ser desconocidos por el Legislador. A este respecto, manifiesta que “la norma establece que la indemnización que ha de recibir la mujer embarazada en caso que deba ser declarada insubsistente por razones del servicio, al decir que el pago de la indemnización por este concepto obedece al derecho que se tiene al pago de la licencia por maternidad. Entonces, cabe preguntarse, en el mismo sentido expresado por los demandantes, ¿cuál es la protección que el legislador le otorga a dicha mujer durante el período del embarazo? A partir del contenido de la norma acusada, puede afirmarse que no le brinda ninguna seguridad social a la madre, ni al hijo que espera durante el tiempo comprendido entre la declaración de insubsistencia y el momento del parto”.

El Procurador estima que “son entonces dos los conceptos respecto de los cuales quedan desprotegidas las madres que se encuentran dentro de los supuestos previstos en el inciso parcialmente demandado: el salario que hubiera percibido en caso de no ser suprimido el cargo, desde el momento en que sea declarada insubsistente la mujer embarazada hasta el momento del parto, y la seguridad social a que tiene derecho durante todo el embarazo y posteriormente, en el período de la licencia de maternidad, desprotección que en este sentido se hace extensiva al hijo que espera”. Agrega que “se rompe el principio de igualdad ante las cargas públicas, si se pretende que la mujer embarazada deba renunciar a la estabilidad económica y a la seguridad social por una decisión de la administración, que si bien redundaría en favor del interés general, afecta en forma grave a la madre, a su familia y al ser que espera. No puede aducirse que la indemnización pagada a todos los trabajadores por el hecho de la supresión del cargo y por la consecuente pérdida del derecho adquirido a la estabilidad del empleo, pueda imputarse a los gastos derivados de la maternidad, puesto que estos son dos conceptos totalmente diferentes”.

Conforme a lo anterior, la vista fiscal solicita a la Corte que declare la constitucionalidad de la disposición acusada, bajo el entendido de que a la servidora pública en estado de embarazo “adicionalmente se le ha de reconocer a título de indemnización el valor correspondiente a los salarios que dejaría de percibir (...) desde el momento en que sea desvinculada de su cargo, hasta la fecha probable del parto, como también el derecho a que se le sigan pagando los aportes a las instituciones prestadoras de los servicios de salud a fin de que (...) pueda disfrutar de los mismos, hasta las doce semanas subsiguientes al parto”.

II. FUNDAMENTOS

Competencia

1. En los términos del artículo 241-4 de la C.P. la Corte Constitucional es competente para conocer de la presente demanda.

Protección constitucional de la maternidad

2. La Corte establecerá si la Constitución Política, además de enunciar el principio superior de protección a la maternidad, - que genera en cabeza del Congreso la correspondiente competencia para desarrollarlo y configurarlo de acuerdo con pautas y políticas propias derivadas del libre juego democrático -, contiene regulaciones sustantivas en esta materia que, por fuerza, tengan que reflejarse en las normas que se adopten con miras a concretar el mandato constitucional mencionado.

El estudio que se emprende con ese propósito, explora el asunto a través de dos vías complementarias que, sin embargo, admiten un tratamiento separado. La primera consiste en determinar si en el supuesto de la supresión del cargo ocupado por una empleada de carrera en estado de embarazo [tercera hipótesis de la norma demandada], cuando quiera que no fuere posible su incorporación en otro igual o equivalente, la indemnización a su favor podría excluir la compensación económica correspondiente a la pérdida de la remuneración durante el tiempo de gravidez y la no prestación de los servicios médicos y similares. En el evento de que la cifra de la indemnización pudiera prescindir de este factor, sin que ello signifique agravio constitucional, evidentemente se confirmaría en este aspecto la plena libertad de configuración normativa del legislador y, por consiguiente, el resarcimiento parcial dispuesto por la norma demandada a título de "indemnización por maternidad" - equivalente a doce semanas de descanso remunerado -, no podría invalidarse por parte de la Corte, salvo que esta solución como lo señalan los demandantes violara por sí misma el principio de igualdad al ser contrastada con las hipótesis primera y segunda de la disposición atacada. Precisamente, en este caso, de presentarse, el análisis tendría que ensayar una segunda vía, la cual si bien asume la ausencia de criterios constitucionales sustantivos, se dirige a determinar si pueden hacerse extensivos los criterios legales adoptados para algunas hipótesis a otras situaciones similares arbitraria e injustificadamente omitidas por el legislador.

3. La Constitución Política en punto a la supresión de los empleos públicos, se limita a contemplar esta posibilidad y a fijar las competencias para su realización y regulación, las cuales incumben respectivamente al Gobierno y al Congreso, en el nivel central; a los gobernadores y asambleas, en el departamental; y, a los alcaldes y concejos, en el municipal (C.P. art. 150-7; 189-14,15,16; 300-7;305-7,8; 313-6; 315-7). No se determinan en la Constitución el monto o los factores que permiten establecer la indemnización, en favor de los funcionarios de carrera que se ven forzados a soportar que su régimen especial deje de existir como consecuencia de la supresión del cargo. La Constitución faculta al legislador tanto para regular el sistema de carrera -lo que incluye la determinación de sus causales de terminación-, como para suprimir entidades y cargos, todo lo cual entraña un amplio poder dispositivo.

No obstante el ámbito dilatado de la función legislativa en este campo, debe ella ajustarse a los valores y principios que conforman el marco de dicha competencia. En efecto, la protección a la maternidad constituye un principio de estirpe constitucional que no puede

soslayar el legislador cuando por la índole de la materia que se regula su tratamiento es pertinente. La circunstancia que le sirve de sustrato fáctico a la norma demandada, enfrenta al Legislador ante la necesidad de concretar el programa normativo que se desprende del indicado principio constitucional. No puede la ley, en este caso, circunscribirse a regular un incidente del régimen de carrera o de la dinámica del aparato del Estado, sin afectar en un sentido positivo o negativo a la maternidad.

La protección a la maternidad, como principio constitucional, asume respecto de la actuación normativa del Legislador la connotación de parámetro crítico. Aunque de algunos principios constitucionales no pueda derivarse de manera directa la existencia de un derecho fundamental, su rango constitucional en todo caso obliga a que la legislación sea obligatoriamente confrontada con ellos y se exponga a ser declarada inexecutable si deja de reflejar, debiéndolo, la orientación de sentido que emana de su imperativo deóntico¹.

La indemnización derivada de la supresión de un cargo de carrera en favor de su titular, resultará de sumar los factores de resarcimiento que contemple la ley. El principio de protección a la maternidad, empero, exige considerar como hecho relevante en términos constitucionales la situación que rodea a la mujer embarazada que como funcionaria de carrera pierde su empleo con ocasión de la supresión que se decreta por el órgano competente.

La relevancia del estado de gravidez representa la primera consecuencia de la constitucionalización del principio de protección a la maternidad, puesto que la pérdida del empleo y el retiro de la carrera en lo que concierne a la mujer embarazada significa, en la mayoría de los casos, la inmediata extinción de la fuente material de subsistencia y de los correlativos medios de cuidado y atención, los que cobijan además a la criatura. A lo anterior se agrega la relativa y, a veces, aguda disminución de las oportunidades de trabajo que impide a la mujer embarazada recabar ingresos o paliar el menoscabo económico en que se ve sumida con ocasión de la supresión de su cargo de carrera. Sin olvidar la angustia y desazón que un suceso de esta índole tiene sobre la mujer que se encuentra en tal estado, la maternidad de suyo conlleva en un momento dado la imposibilidad de aportar la fuerza de trabajo a cualquier menester productivo, lo que de llevarse a cabo puede inclusive repercutir negativamente sobre la salud de la madre y de su hijo.

La relevancia que el supuesto hipotético analizado ostenta, permite elaborar, a la luz del mencionado principio constitucional, un patrón o referencia material para juzgar las normas legales dictadas por el Congreso. El principio de protección a la maternidad no se satisface con la mera atención que el Legislador conceda a la condición de embarazo de la empleada de carrera; adicionalmente, la respuesta normativa a ese hecho natural debe apuntar en la dirección del principio de solidaridad y, por tanto, expresarse en términos de inequívoca protección. Sólo de esta manera podrá concluirse que el Legislador ejerció sus competencias dentro del marco trazado por la Constitución.

El supuesto hipotético del que se nutre la norma demandada, no ha sido en principio ignorado por ella. Si la operación de supresión de una entidad o de una serie de empleos públicos de carrera, pese a afectar a mujeres embarazadas, hace caso omiso de la situación de estas últimas, ello indicaría que se habría dejado de realizar el inexcusable juicio de

relevancia y, por consiguiente, la inconstitucionalidad sería flagrante. La indemnización que desconozca la maternidad, así resarza de manera idéntica a los funcionarios de una misma categoría, no es neutral. La funcionaria de carrera embarazada, que por causa directa de la supresión del cargo, pierde y no recupera su empleo, sufre un perjuicio material y psicológico que tiene una entidad particular y que no está presente en los demás empleados. La no reparación de este daño, por lo expuesto, tiene el significado de expulsar la maternidad a una zona de penumbra social, lo que entraña la utilización por el Legislador de un criterio de discriminación prohibido por el artículo 13 de la Constitución y una clara afrenta a la dignidad de la mujer. De otro lado, el principio de equidad que ordena el mantenimiento de la igualdad ante las cargas públicas, en el que se inspira la indemnización en favor de los empleados de carrera cuyos cargos se suprimen, terminaría siendo injustamente quebrantado, puesto que sobre las mujeres embarazadas y sobre sus criaturas, sin compensación alguna, se haría gravitar la carga de redimensionar el aparato público. El Legislador que con su silencio tolere semejante débito no compensado, desacata los mandatos superiores de solidaridad y protección a la maternidad, los que no pueden ser peormente incumplidos que cuando lejos de ser ésta amparada sobre su abandono se pretende edificar el interés general.

Cabe, sin embargo, que la norma legal tome en consideración la hipótesis estudiada, pero sólo otorgue, por el sacrificio de la situación administrativa, una compensación o resarcimiento parcial, como aparentemente es el caso de la disposición demandada en la que la indemnización pareciera limitarse al pago de las doce semanas de la licencia de maternidad, excluyendo la cancelación de la remuneración por el término del embarazo que excede la fecha del retiro forzoso. En este evento la pérdida de la oportunidad del empleo, de la que se origina un salario y un conjunto de derechos sociales, está directamente relacionada con la supresión del cargo de carrera y se manifiesta en grave daño o sacrificio que sufre la mujer embarazada. La protección parcial de la maternidad cuando los principios de equidad, solidaridad y dignidad, como acaba de exponerse, proscriben que sobre el debilitamiento de la posición jurídica, física y espiritual de la mujer embarazada se construya el interés general, no redimen al Estado por el agravio que todavía a ella inflige, máxime si se considera que tanto la maternidad como la criatura son inescindibles como objeto de protección².

La Corte puede ahora dar término al primer camino metodológico emprendido, y anticipar una conclusión. Aunque la Constitución no ofrece un criterio específico en lo que atañe a la situación de la mujer embarazada cuyo cargo se extingue como consecuencia de una reestructuración administrativa, el programa normativo que descubre el principio de protección a la maternidad, reforzado por los otros mandatos superiores ya aludidos, tiene la virtud de establecer un criterio de control que adquiere materialidad en el evento de que el legislador aborde la materia y la someta a regulación, la cual no podrá, en consecuencia, ni dejar de pronunciarse sobre esa circunstancia que tiene relevancia constitucional indiscutible, ni tampoco pretender servir el interés general a costa de negar el amparo a la mujer embarazada.

El aserto anterior debe aplicarse a la presente controversia y, para ello, se torna indispensable fijar la atención en la literalidad de la disposición impugnada. A este respecto se observa que la equivocidad del texto del inciso final del artículo demandado, admite dos interpretaciones disímiles, una de las cuales vulnera la Constitución. Si se considera que bajo

el concepto de la “indemnización básica” se compensa pecuniariamente a la mujer embarazada, además del sacrificio que representa la pérdida del empleo de carrera, en razón de las sumas y derechos que deja de devengar y gozar entre la fecha de su retiro y la del parto, entonces la “indemnización por maternidad” que contempla la norma, tendría simplemente el sentido de reconocer un resarcimiento adicional y, por lo tanto, no podría ser objetado, más aún cuando su propósito sería el de reparar íntegramente un aspecto del sacrificio de la funcionaria que constitucionalmente, por lo expuesto, no puede ser preterido. En caso contrario, esto es, si la “indemnización básica”, entre otros conceptos, no cubre esta eventualidad, la “indemnización por maternidad” contenida en la disposición, también por los argumentos expuestos, violaría la Constitución. Por consiguiente, la Corte prohíja el punto de vista sostenido por el Procurador General de la Nación y, en la parte resolutive, proferirá una decisión de exequibilidad condicionada a que la interpretación del texto demandado se haga en los términos aquí establecidos, vale decir, bajo el entendido de que la “indemnización básica” incorpora, adicionalmente, la respectiva compensación por los salarios dejados de percibir en el interregno entre el retiro y la fecha del parto, lo mismo que una adecuada compensación que permita a la mujer embarazada recibir la atención médica necesaria.

4. La decisión a la que llega la Corte igualmente recibe el aval de las conclusiones a las que se puede arribar a partir del análisis comparativo de los tres supuestos de protección a la maternidad a los que alude el artículo parcialmente demandado. Si las funcionarias a que se refiere la norma, pese a encontrarse en situaciones administrativas distintas - nombramiento provisional o período de prueba [primera hipótesis]; obtención de una calificación de servicios no satisfactoria [segunda hipótesis]; supresión del cargo y no incorporación en otro igual o equivalente [tercera hipótesis] -, son susceptibles de ser sujetas a un mismo patrón de comparación que sea relevante para los efectos de un determinado tratamiento jurídico, no podrá eludirse el juicio de igualdad y sus resultados serán definitivos para apreciar la constitucionalidad de la respectiva regulación.

El tratamiento jurídico en los tres casos prima facie es diferente. En la primera hipótesis, la protección a la maternidad se expresa mediante la prórroga automática del término de duración del nombramiento provisional o del período de prueba, hasta “por tres meses más después de la fecha del parto”. En la segunda hipótesis, el hecho del embarazo obliga a que la declaración de insubsistencia se produzca dentro de los ocho días calendarios siguientes al vencimiento de la licencia de maternidad. En la tercera hipótesis, por la supresión del cargo, sin perjuicio de la indemnización básica a que tendría derecho la funcionaria de carrera, se dispone reconocer a ésta una “indemnización” por maternidad equivalente a doce semanas de descanso remunerado. En el fondo, el régimen o tratamiento jurídico que se da en las dos primeras hipótesis es semejante puesto que consiste en articular como medida de protección la conservación del cargo - por ende de su remuneración periódica y de los correlativos derechos asistenciales -, por lo menos mientras dura el embarazo. En cambio, en la tercera hipótesis, la conservación del cargo durante el embarazo se niega y, en su lugar, se otorga una indemnización por el equivalente a doce semanas de la licencia de maternidad.

El punto crucial que, en consecuencia, debe resolverse estriba en determinar si las diferencias que tomó en la cuenta el Legislador justifican los disímiles regímenes de protección que éste ha configurado. Los dos extremos de la comparación son, de un lado, los propios de las hipótesis primera y segunda y, del otro lado, los de la hipótesis tercera. En el

primer caso [hipótesis 1ª y 2ª], el aseguramiento de una fuente de sustento económico durante el embarazo, conforma la protección que el Estado ofrece a la funcionaria embarazada. En el segundo caso [hipótesis 3ª], esa protección se traduce en una indemnización pecuniaria equivalente a doce semanas de descanso remunerado.

Para el Legislador resultaron relevantes como rasgos diferenciadores de suficiente entidad como para fundar sobre ellos un sistema de protección caracterizado por la conservación de la fuente económica de sustento durante el embarazo, la provisionalidad del nombramiento, el ingreso a la carrera en periodo de prueba y la calificación no satisfactoria de servicios. Como estas situaciones no se pueden predicar de la mujer embarazada a la que se refiere el segundo caso y, en cambio, allí el rasgo diferenciador que advierte el Legislador es el muy particular de la supresión del cargo y la no incorporación en otro equivalente, el régimen de protección que se decreta es diverso del anterior.

La Corte estima que si el propósito del Legislador era - como lo pone de presente el epígrafe del mismo artículo 62 - brindar protección a la mujer embarazada vinculada de una o de otra manera a un cargo de carrera, los rasgos a sopesar no podrían ser otros que los relacionados con la necesidad de protección que, sin lugar a dudas, se puede predicar por igual en los dos casos. Dicha necesidad de protección surge del estado de embarazo común a las tres categorías de funcionarias, para las cuales su situación administrativa específica - provisionalidad; declaración de servicios no satisfactoria; supresión del cargo -, no deja de ser secundaria como elemento determinante del concreto régimen de protección. Las mencionadas situaciones específicas, por el contrario, ofrecen una faceta idéntica como quiera que son vicisitudes de orden administrativo que generan un riesgo a las futuras madres que es, en esencia, el que pretende sortearse mediante el régimen de protección. En otras palabras, los hechos subyacentes son fácticamente distintos, pero operan por igual como desencadenantes de un mismo riesgo. En efecto, el régimen de protección se orienta por una misma finalidad tuitiva y se configura de manera idónea para responder adecuadamente al riesgo o situación de indefensión que es naturalmente el mismo, independientemente del hecho desencadenante que en las tres hipótesis es distinto.

Podría alegarse que en el primer caso, la finalidad de la norma es la de instituir una medida para evitar la discriminación contra la mujer embarazada, al paso que en el segundo se busca simplemente otorgar una indemnización bajo la forma de una prestación concreta. En realidad, la finalidad de protección explica el tratamiento jurídico en las tres hipótesis y ésta necesariamente es polivalente, ya que tanto sirve para neutralizar la discriminación como para ofrecer a la mujer embarazada prestaciones que son indispensables para subvenir a sus necesidades materiales. En todo caso, en el primer caso (hipótesis 1ª y 2ª), si se admite en gracia de discusión que el objetivo de la norma sea la de disuadir comportamientos discriminatorios, la medida de protección se manifiesta a través de prestaciones materiales y, a su turno, en el segundo caso (hipótesis 3ª), si se postula en aras del debate, que el fin de la norma es el reconocimiento inmediato de una prestación - aunque en estricto rigor una indemnización equivale a un pago -, dado que deja por fuera la protección material durante el estado de embarazo, comporta ella una indefensión y un aprovechamiento estatal indebido, que por fuerza entraña una clara discriminación. En otras palabras, en el primer caso para desalentar la discriminación se pone en marcha un mecanismo de protección material, de suerte que el medio para cumplir la finalidad consiste en la preservación de una

fuente de sustento; en el segundo caso, se protege materialmente a la mujer, pero sólo de manera parcial - ocho semanas de descanso remunerado -, aunque en vista de que la prestación es sólo parcial, se produce una discriminación.

Las antinomias que surgen al comparar los tratamientos diferenciados, son consecuencias del error en que incurrió el Legislador al basar sus regímenes de protección a la maternidad en rasgos que para este propósito carecían de relevancia, ignorando que aquellos debían ser una respuesta a las necesidades propias de la maternidad, de suyo semejantes en las tres hipótesis. El patrón de comparación que ha debido escogerse por el Legislador, con miras a establecer una política de protección para la mujer embarazada vinculada a la carrera, justamente no podía desligarse de la maternidad misma y del cúmulo de exigencias de protección que comporta. De haberse adoptado este patrón de comparación, las tres hipótesis se habrían fundido en un supuesto normativo único, toda vez que como funcionarias embarazadas la maternidad es el rasgo común relevante para los efectos de su protección.

No tiene sentido que, por ejemplo, a unas funcionarias en un caso se les conceda plena protección en razón de su maternidad y que a otras funcionarias que están en la misma situación dicho amparo se niegue o sólo se conceda de manera parcial. Funcionarias vinculadas provisionalmente a la carrera, gozarían de plena protección en lo referente a su maternidad; lo que se niega a las inscritas de manera permanente y que son retiradas por razones ajenas a su desempeño. Tampoco es razonable que a este último grupo no se le otorgue protección integral que, en cambio, si se le reconoce a otro grupo compuesto por funcionarias embarazadas que han recibido calificación de servicios no satisfactoria.

En este orden de ideas, no está exento de contradicción el intento de fundar un régimen diferenciado sobre la base de ciertos rasgos o situaciones que afectan a las funcionarias embarazadas de carrera - hasta el punto de que su presencia o ausencia significa protección total o meramente parcial -, cuando simultáneamente se desestima la importancia de los mismos rasgos o situaciones. La protección en el primer caso se confiere, pese a la provisionalidad de la inserción en la carrera y a la calificación insatisfactoria, pero son estos dos hechos desencadenantes los que sirven para sustentar el tratamiento diferenciado que se da respecto del segundo caso en el que únicamente provee una protección parcial. Lo anterior indica que el rasgo o situación que lógicamente ha debido servir de presupuesto al régimen de protección no podía ser distinto de la maternidad. El mismo Legislador al hacer un uso contradictorio de los rasgos o situaciones que seleccionó, socavó la validez de los regímenes diferenciados establecidos.

Por lo expuesto, la exequibilidad condicionada en los términos ya descritos, corresponde a la decisión más conforme con las premisas y los razonamientos de los dos métodos de interpretación que en esta ocasión se ha considerado oportuno agotar.

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional

RESUELVE:

Declarar la EXEQUIBILIDAD de la parte demandada del artículo 62 de la Ley 443 de 1998 bajo el entendido de que la expresión “la indemnización a que tendría derecho”, a la que se refiere la primera parte del tercer inciso del mencionado artículo, incorpora (1) la compensación por la totalidad de los salarios dejados de percibir en el interregno entre el retiro y la fecha del parto y, (2) el pago mensual, a la correspondiente entidad promotora de salud, de la parte de la cotización al Sistema General de Seguridad Social en Salud que corresponde a la entidad pública en los términos de la ley, durante toda la etapa de gestación y los tres meses posteriores al parto.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, cúmplase, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Presidente

ANTONIO BARRERA CARBONELL

Magistrado

ALFREDO BELTRAN SIERRA

Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ

Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Magistrado

Magistrado

FABIO MORON DIAZ

Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Magistrada (E)

PABLO ENRIQUE LEAL RUIZ

Secretario General (E)

1 En algunas especiales circunstancias, del principio de protección a la maternidad pueden deducirse derechos fundamentales en cabeza de las mujeres en estado de embarazo. En este sentido ver, entre otras, las Sentencias C-470/97 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) y T-373/98 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

2 En general, sobre la protección constitucional a la mujer en estado de embarazo pueden consultarse, entre otras, las Sentencias C-470/97 (M.P. Alejandro Martínez Caballero); T-373/98 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz); sobre derecho a la educación de la mujer embarazada pueden verse las Sentencias T-420/92, T/492/94; T-079/94; sobre asistencia post parto y subsidio alimentario ver, entre otras, las Sentencias T- 179/93, T-437/93, T-373/98.