

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

DERECHOS SOCIALES, ECONOMICOS Y CULTURALES-Alcance/DERECHOS SOCIALES, ECONOMICOS Y CULTURALES-Libertad de configuración legislativa

MADRE CABEZA DE FAMILIA EN PROGRAMA DE RENOVACION DE LA ADMINISTRACION PUBLICA-Normatividad legal y reglamentaria

MADRE CABEZA DE FAMILIA DE TELECOM-De ella depende hija mayor de 18 años y menor de 25 incapacitada para trabajar por razón de estudios

MADRE CABEZA DE FAMILIA DE TELECOM-Reintegro al cargo por cuanto de ella depende hija mayor de 18 años incapacitada para trabajar por razón de estudios

El Apoderado General de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones TELECOM en Liquidación no puede entender excluidas de la protección prevista en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002 a las madres de hijos mayores de 18 años y menores de 25 incapacitados para trabajar por razón de sus estudios. Lo expuesto, toda vez que el derecho de los menores de 25 años, incapacitados para trabajar por razón de los estudios, comporta un avance en materia del reconocimiento de los derechos sociales económicos y culturales de la población, cuya regresión, de presentarse en el programa de Renovación de la Administración, exigiría una justificación razonable y proporcionada. El Apoderado General de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones TELECOM deberá reintegrar a la peticionaria, al cargo de ocupaba el 23 de junio de 2005, sin solución de continuidad y que podrá descontar del valor a su cargo las sumas pagadas a la misma a título de indemnización, sin afectar el mínimo vital de la madre y de su grupo familiar.

Referencia: expediente T-1241553

Acción de tutela instaurada por Gloria Bell Moyano Bautista contra la Empresa Nacional de Telecomunicaciones TELECOM

Magistrado Ponente:

Dr. ALVARO TAFUR GALVIS

Bogotá, D. C., cinco (5) de abril de dos mil seis (2006).

La Sala Octava de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araujo Rentería y Álvaro Tafur Galvis, en ejercicio de su competencia constitucional y legal, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en el proceso de revisión de las providencias adoptadas por el Juzgado Sexto Laboral del

Círcito y por la Sala Laboral del H. Tribunal Superior ambos de Bogotá, dentro de la acción de tutela instaurada por Gloria Bell Moyano Bautista en contra de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones TELECOM en Liquidación, por violación de sus derechos a la igualdad y acceso a la justicia, porque fue despedida por la accionada, pese a que su hija adelanta estudios y debe velar por sus padres de avanzada edad y sin alternativa económica.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

-El 22 de septiembre de 2003, el apoderado general de la Empresa Nacional de Comunicaciones TELECOM en Liquidación le informó a la señora Gloria Bell Moyano Bautista que dada su condición de madre cabeza de familia, “deberá continuar laborando hasta la culminación del Programa de Renovación de la Administración Pública, conforme con lo establecido en el artículo 176 del Decreto [190 del 30 de enero de 2003]”.

-El 20 de mayo del 2005, la señora Gloria Bell Moyano Bautista fue informada sobre “la posibilidad que tiene para solicitar el reintegro a la empresa bajo la protección especial otorgada por el Gobierno Nacional en los términos de la Ley 790 de 2002 y su Decreto reglamentario 190 de 2003, acreditando las siguientes condiciones:

-Ser madre cabeza de familia y que TELECOM hubiere reconocido dicha calidad mediante las certificaciones correspondientes.

-Que antes de la fecha de la expedición de la sentencia SU-388 del 13 de abril de 2005, haya presentado acción de tutela por considerar vulnerados sus derechos fundamentales, sin tener en cuenta que estos (sic) hubieren sido resueltos desfavorablemente”.

-Mediante comunicación del 10 de junio de 2005, dirigida a la señora Gloria Bell Moyano Bautista, el Apoderado General para la liquidación de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones TELECOM le informó que “ha sido reintegrada a su cargo a partir de la fecha, sin solución de continuidad en el contrato laboral desde que la Empresa suprimió el cargo (...)”.

-El 23 de junio de 2005, la señora Moyano Baustista fue informada de la supresión de su cargo “de acuerdo a lo establecido en los artículos 1 y 2 del Decreto 2062 del 24 de julio de 2003”. Señala la comunicación:

“Atentamente me permito informarle que según lo establecido en el Decreto 190 de 2003, reglamentario de la ley 790 de 2002, la condición de madre cabeza de familia sin alternativa económica es la que cumplen aquellas mujeres con hijos menores de 18 años de edad, biológicos o adoptivos que dependen económicamente y de manera exclusiva de ellas y cuyo ingreso familiar corresponde únicamente al salario que devenga del organismo o entidad pública a la cual se encuentra vinculada.

Por lo anterior me permito comunicarle que al cumplir su hijo mayoría de edad, cesan los beneficios establecidos en la ley para las madres cabeza de familia (...)”.

2. La demanda

La señora Gloria Bell Moyano Bautista interpone acción de tutela como mecanismo transitorio, en contra de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones TELECOM en Liquidación, por violación de sus derechos fundamentales a la igualdad, a la protección especial a que tienen derecho las mujeres cabeza de familia y a la no discriminación.

Refiere que ingresó a laborar en la Empresa accionada el 30 de noviembre de 1992 y que el 31 de enero de 2004 su empleador la retiró del cargo “estando en el denominado Reten Social”, para más adelante disponer su reintegro, en virtud de la protección concedida por esta Corte mediante Sentencia SU-388 de 2005 y despedirla nuevamente, esta vez en razón de que su hija Andrea alcanzó la mayoría de edad.

Afirma tener derecho a ser reintegrada, sin solución de continuidad, “debido a que mi hija depende aún económicamente de mi, por cuanto se encuentra estudiando en la Universidad Pontificia Bolivariana seccional de Bucaramanga (Santander) facultad de Psicología, cursando cuarto semestre por lo tanto se encuentra imposibilitada para trabajar (...) condición establecida por el artículo 2º de la ley 82 de 1993 para tener la calidad de madre cabeza de familia y mis ingresos dependen únicamente de lo que recibía de Telecom en Liquidación y no tengo otra alternativa económica, de igual manera dependen económicamente mis dos ancianos progenitores quienes por su edad y estado de salud están incapacitados para trabajar”.

Refiere que el 2 de agosto de 1993 se divorció del padre de su hija, y que “no recibo aporte económico ni de él ni de ninguna otra persona”.

En síntesis solicita que se ordene a la accionada reintegrarla a su cargo, sin solución de continuidad, “como mecanismo transitorio, para evitar un perjuicio irremediable, toda vez que si la Empresa persiste en su posición de excluirme del retén social por haber cumplido mi hija la mayoría de edad y no se ajusta a las disposiciones constitucionales y legales, los daños que me ocasionarían no tendrían remedio”.

Reconoce que “existe otro medio de defensa judicial”, pero así mismo afirma “que la demora en su decisión perjudicaría en todos los niveles a mi núcleo familiar quienes nos encontraríamos totalmente desamparados frente a un Estado que desconoce sus obligaciones para con sus ciudadanos, en especial con los niños y los ancianos, quienes merecen especial protección (...)”.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

El Coordinador de la Unidad Jurídica de TELECOM en Liquidación, por intermedio de apoderado, solicita que se niegue la protección invocada, “por cuanto la entidad accionada no ha vulnerado ningún derecho fundamental a la accionante”.

Sostiene que la hija de la actora “cumplió la mayoría de edad el día 14 de junio de 2005”, razón por la cual el día 23 del mismo mes la señora Moyano Bautista fue despedida de su cargo, dado que la misma “dejó de cumplir con los requisitos establecidos por la Corte Constitucional mediante Sentencia de Unificación del 13 de abril de 2005 y de la Ley 790 de 2002 y el Decreto Reglamentario 190 de 2003”.

Agrega que la norma reglamentaria, “es muy clar[a] al estipular la definición de MADRE CABEZA DE FAMILIA CON HIJOS MENORES DE 18 AÑOS DE EDAD” y que por consiguiente la

actora “no podía continuar en el retén social razón por la cual se le informó mediante comunicación No. 05-05438 del 23 de junio de 2005 dicha decisión, precisamente en cumplimiento de las normas arriba citadas el retiro de manera oficial (...)”.

Se refiere también a lo improcedente que resulta promover acciones de tutela sobre controversias laborales que surgen con ocasión de la terminación del contrato de trabajo, “siendo de competencia exclusiva del juez del trabajo, a través del proceso ordinario y no del juez de tutela”, cuando, como en el caso de autos, a la accionante “se le canceló y pagó no solo todos los salarios y demás prestaciones laborales durante la vigencia del retén social, así como lo relacionado con la seguridad social hasta el momento de la terminación del contrato (...) sino también la liquidación final de prestaciones sociales e indemnización (...)”.

Finalmente la apoderada de la Empresa accionada se detiene en “la urgencia y la inminencia que caracteriza a la acción de tutela”, con el fin de destacar que tales presupuestos no se cumplen en el asunto de la referencia, “por cuanto pasado casi un año y medio desde que ocurrió el primer retiro (a partir del 1º de febrero de 2004 y no se ha iniciado ningún proceso ordinario por la parte actora, con lo cual es claro que no existe ningún perjuicio irremediable en cabeza de ésta” -destaca el texto-..

1. Pruebas

-En el expediente obran en fotocopia, entre otros documentos:

-Comunicaciones de 22 de septiembre de 2003, 20 de mayo y 10 de junio de 2005, dirigidas por el Apoderado General para la Liquidación de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones TELECOM a la actora con el fin de reconocerle su calidad de Madre Cabeza de Familia y así

mismo i) ponerle de presente su derecho a permanecer vinculada a la entidad “hasta la culminación del Programa de Renovación de la Administración Pública”, ii) informarle sobre la posibilidad de solicitar su reintegro al cargo del que fue despedida el 31 de enero de 2004, en cumplimiento de lo previsto en la sentencia SU-388 de 2005 y más adelante respecto de su obligación de presentarse a laborar, en la misma ciudad donde prestaba sus servicios al momento de la supresión de su cargo.

-Registro civil del matrimonio contraído entre Gloria Bell Moyano Bautista y Alfonso Prieto García, el 6 de diciembre de 1986, con anotación marginal por sentencia de divorcio, proferida por el Juzgado Segundo de Familia de Bucaramanga el 2 de agosto de 1993.

-Registro civil que da cuenta del nacimiento de Silvia Andrea, hija de Gloria Bell Moyano Bautista y Alfonso Prieto García, ocurrido el 14 de junio de 1987.

-Certificación expedida el 2 de agosto de 2005 por la Jefa de Admisiones Registro y Control Académico de la Pontificia Universidad Bolivariana, de conformidad con el cual “SILVIA ANDREA PRIETO MOYANO identificada con la cédula de ciudadanía 1098636187 se encuentra cursando el CUARTO (IV) nivel del Programa de PSICOLOGÍA, en jornada diurna, con una intensidad de veinte (20) horas/semana, durante el segundo semestre del 2005”.

-Declaración Extraprocesal, rendida por Waldina Bautista Moyano y Luis Abraham Moyano Patiño, en la Notaría Novena de Bucaramanga el 13 de septiembre de 2005.

Informan los declarantes que tienen 81 y 82 años respectivamente y que dependen económicamente “de nuestra hija GLORIA BELL MOYANO BAUTISTA, con cédula de ciudadanía número 37.820.114 expedida en Bucaramanga, ya que debido a nuestra edad, no

estamos en capacidad de trabajar, ni tampoco recibimos pensión de jubilación, ni renta adicional para sufragar los gastos de subsistencia”.

5. Las sentencias que se revisan

5.1 Fallo de primera instancia

El Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, niega a la actora la protección impetrada.

Señala el fallador de instancia que al alcanzar Silvia Andrea Prieto Moyano la mayoría de edad, la actora “dejó de cumplir los requisitos” que permitían considerar a su progenitora como madre cabeza de familia, así ésta deba velar por sus padres de avanzada edad y que éstos no puedan proveer por su propia subsistencia.

En este punto trae a colación apartes de la sentencia SU-388 de 2005, para sostener que la dependencia de los padres no cuenta para efecto de determinar la condición de mujer cabeza de familia, cuanto la circunstancia no motivó el reconocimiento del derecho a la permanencia en el cargo.

Indica la providencia:

“(..) no se acreditó que la actora hubiera acreditado ante la entidad la condición que ahora se alega como es el caso de tener a su cargo a sus ancianos padres LUIS ABRAHAN MOYANO PATIÑO y WLADINA BAUTISA DE MOYANO, luego no resulta oportuno a esta altura

exponiendo un hecho nuevo no advertido en su momento, pretender nuevamente ser beneficiaria del llamado reten social, pues en este caos resulta dar aplicación a lo señalado por la Corte Constitucional en el sentido de que no se reúnen los requisitos allí señalados para que se acceda a la solicitud de reintegrar, toda vez que el hecho de que se considere a la actora como madre cabeza de familia al tener a su cargo el sostenimiento de sus padres ancianos es posterior a dicha sentencia y por lo tanto no le resulta aplicable la misma consecuencia que pesa sobre las acciones de tutela adelantadas con anterioridad al 13 de abril de 2005 (fecha de la sentencia SU-388) por lo que debe entenderse que su situación quedó satisfecha con el pago de la indemnización reconocida por la entidad en la suma de \$72.901.154 (...)”.

1. Impugnación

La señora Gloria Bell Moyano Bautista impugna la decisión, como quiera que “con el cumplimiento de uno cualquiera de los presupuestos constitucionales señalados por la H. Corte Constitucional se tiene la condición de madre cabeza de familia con derecho a la protección laboral reforzada”.

Sostiene que esta Corte determinó que el empleador está en el deber de reconocer la condición constitucional de madre cabeza de familia, cuando se demuestre cualquiera de los requisitos relacionados por esta Corte en la Sentencia SU-388 de 2005 y nadie puede negar que tiene a su cargo a una hija “incapacitada para trabajar” y a sus padres ancianos, de quienes es su único sustento, dado que recibe ayuda sustancial de los demás miembros de su familia.

1. Decisión de segunda instancia

La Sala Laboral del H. Tribunal Superior de Bogotá confirma la providencia recurrida i) porque “la señora Moyano Bautista, aunque si estuvo protegida por el “reten social” mientras cumplió los requisitos para ello, ahora no está catalogada como “madre cabeza de familia” pues su hija ya cumplió la mayoría de edad y, a pesar de ser estudiante y no trabajador, dicha mayoría de edad produce la exclusión de su madre del retén social”; y ii) en razón de que la actora plantea una controversia de índole contractual, de modo que “proceder a su estudio sería imponerle al Tribunal que entrara en condiciones de tipo legal invadiendo la competencia de la justicia ordinaria”.

Para concluir sostiene que la acción de tutela “es una forma especial de obtener la protección de los derechos inherentes a la persona misma”, y que “dentro de estos derechos no está contemplado el reintegro de la accionante”.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

La Corte Constitucional a través de esta Sala es competente para revisar las sentencias proferidas en el asunto de la referencia, en desarrollo de las facultades conferidas por los artículos 86 y 241 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33 al 36 del Decreto 2591 de 1991 y en cumplimiento del auto del 9 de diciembre del 2005, expedido por la Sala de Selección de Tutelas Número Doce.

1. Problema jurídico planteado

Debe esta Sala pronunciarse sobre las decisiones atrás reseñadas, adoptadas por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá y la Sala Laboral del H. Tribunal Superior de la misma ciudad, que niegan a la actora la protección invocada por improcedente.

La decisión de primera instancia, como ya se expresó, se funda en que la actora perdió su condición de madre cabeza de familia y no puede recuperarla así su hija estudie y tenga a cargo la manutención de sus padres, ancianos y sin recursos. El ad quem, por su parte, confirma el fallo del primer grado en cuanto a la negativa, pero no entra al fondo del asunto en razón de que considera improcedente la acción.

Por su parte, la actora insiste en que su condición de madre cabeza de familia le da derecho a exigir el reintegro y el Apoderado Especial para la Liquidación de Telecom sostiene que la condición de mujer cabeza de familia se pierde, irremediablemente al arribar los hijos a la mayoría de edad.

Ahora bien, no se discute que la actora fue despedida de su cargo porque su hija alcanzó la mayoría de edad y que la misma ostenta la condición de estudiante universitaria.

Esta Sala ha de establecer, entonces, si la circunstancia de alcanzar los 18 años puede ser esgrimida por una entidad pública para dar por terminada la protección constitucional establecida en el artículo 43 constitucional, para lo cual esta Sala reiterará la jurisprudencia constitucional, sobre el carácter progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales y determinará el estado del derecho a la educación de los mayores de 18 años, en la legislación y en la jurisprudencia, con el fin de establecer si la actora está siendo discriminada, como la misma lo asegura.

3. Consideraciones preliminares

3.1 Los derechos económicos, sociales y culturales

El Pacto Internacional sobre Derechos Económicos Sociales y Culturales¹, al igual que el Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales², prevalentes en el orden interno de conformidad con lo dispuesto en los artículos 9° y 93 de la Carta Política, precisan hacer efectivos los derechos que esos instrumentos internacionales regulan en el ámbito de la familia, el trabajo, la educación, la vivienda, la ciencia y la cultura, por ello disponen que los Estados Parte, entre otras medidas, deberán adoptar las medidas necesarias para otorgar a la familia “la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo” -PDESC artículo 10, PSS artículo 15-.

Disponen los instrumentos que se traen a colación que se “deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes”, procurando una mejora continua en sus condiciones de existencia; con el “fin de garantizar la plena maduración de sus capacidades física, intelectual y moral” -PDESC artículo 11, PSS artículo 15-.

Los artículos 13 y 14 del Pacto en mención y de igual manera el artículo 15 del Protocolo a que se hace referencia, reconocen el derecho de toda persona a la educación y, entre otras convenciones, prevén que la enseñanza superior deberá, al igual que la primaria y la secundaria “ser accesible a todos sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza

gratuita”.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Se detienen los artículos 16 del Pacto, 1° y 2° del Protocolo en la obligación de los Estado Parte de adoptar medidas dirigidas a la aplicación de los derechos reconocidos en los instrumentos y presentar informes sobre “los progresos realizados”, con el fin de asegurar su respeto real y efectivo. Medidas estas que comportan la adopción de procedimientos constitucionales y “disposiciones legislativas o de otro carácter”, si los derechos económicos, sociales y culturales no estuvieran garantizados en el ordenamiento.

Coinciden las disposiciones antes referidas con las previsiones constitucionales, por cuya virtud la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y los niños y adolescentes tienen derecho a un formación integral, para su mejoramiento cultural, científico y tecnológico, con miras a su acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica y a los demás bienes y valores de la cultura –artículos 42, 43, 44 y 67 C.P.-.

Esta Corte, al estudiar la conformidad con la Carta Política del deber del Estado colombiano de emprender la tarea de realizar los derechos económicos, sociales y culturales “hasta el máximo de sus recursos disponibles” a fin de lograr progresivamente su máxima efectividad, destacó el carácter esencial de la misma, con ocasión de la revisión constitucional del Protocolo Adicional a la Convención Americana y de su Ley aprobatoria.

Se detuvo esta Corte “en la interpretación académica más respetada sobre el sentido y la aplicación de las normas internacionales sobre derechos económicos, sociales y culturales³”, con el fin de precisar el alcance del compromiso que adquiriría el Estado al asumir el llamado de la comunidad internacional a lograr un real y efectivo avance en las condiciones existenciales de los asociados.

Trajo entonces la Corte a colación “la doctrina internacional más autorizada en la materia, la cual está contenida, de un lado, en los diversos informes oficiales elaborados por el Relator y por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas⁴, y de otro lado, en los llamados “Principios de Limburgo”, adoptados por unos expertos en la materia reunidos en Maastrich, Holanda, en junio de 1986”, y así pudo concluir:

-Que el carácter progresivo de los derechos económicos sociales y culturales de prestación no comporta que los Estados “pueden demorar la toma de las medidas necesarias para hacerlos efectivos” sino “la obligación de iniciar inmediatamente el proceso” y actuar tan rápidamente como les sea posible en tal dirección.

-Que aquellos derechos económicos, sociales y culturales que no comportan prestación “sino un deber de respeto de parte de las autoridades” no son de realización progresiva sino de cumplimiento inmediato.

-Que toda medida de “carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga⁵”.

-Que “se considera que existe una violación a las obligaciones internacionales” si los Estados i) no aseguran el mínimo vital previsto en el Pacto, ii) no adoptan todas las medidas que sean necesarias para atender el llamado progresivo a mejorar la condiciones existentes, hasta el máximo de los recursos disponibles⁶ y iii) no elaboran estrategias y programas para su efectiva promoción y realización.

Ahora bien, en consonancia con lo expuesto, esta Corte encontró acorde con las previsiones de la Carta Política el deber de las autoridades de emprender acciones tendientes a hacer efectivos los derechos económicos, sociales y culturales y de respetar los derechos de igual contenido, pero de inmediato cumplimiento. Indica la decisión:

“9- La Corte considera que el deber de hacer efectivos progresivamente los derechos económicos, sociales y culturales consagrado por el artículo 1º del presente convenio, y según la autorizada doctrina internacional sobre sus alcances, armoniza plenamente con la Carta. En efecto, la Constitución no sólo consagra que es deber de las autoridades hacer efectivos todos los derechos constitucionales (CP art. 2º) sino que además consagra la fórmula política del Estado social de derecho (CP art. 1º), la cual, como esta Corporación lo ha destacado en múltiples decisiones, implica que el Estado no se debe limitar a proclamar los derechos sino que tiene que tomar las medidas conducentes para hacerlos efectivos⁷.

Así, la Corte ha señalado que el “Estado Social de Derecho no sólo demanda de éste la proyección de estrategias para dar soluciones a las necesidades básicas de la comunidad en lo social y en lo económico, sino que exige acciones concretas para satisfacerlas; por lo tanto, la oferta o el compromiso estatal para atender en concreto dichas necesidades requiere ser traducido a la realidad, más aún cuando se trata de proteger o amparar derechos fundamentales.⁸” Igualmente, esta Corporación ha reconocido que muchos derechos sociales, o muchos de sus aspectos, son de aplicación inmediata, tal y como sucede con los principios mínimos del trabajo contenidos en el artículo 53 superior. Finalmente, la Corte coincide con la doctrina internacional en que los derechos sociales prestacionales tienen también un contenido esencial, pues no otro es el alcance de la noción de “mínimo vital” desarrollada por la jurisprudencia de esta Corporación. Por todo lo anterior, la Corte considera que el artículo 1º del convenio bajo revisión es exequible.

10- La obligación del artículo 1º es general, pues abarca todo tipo de políticas y de medias. En cambio el artículo 2º consagra un deber más referido al campo jurídico, pues señala que los Estados se comprometen a adoptar “las medidas legislativas o de otro carácter que

fueren necesarias para hacer efectivos” los derechos reconocidos en el Protocolo. Ahora bien, la doctrina internacional ha señalado que si bien las decisiones legales y políticas juegan un papel esencial en el desarrollo y la realización de los derechos sociales, es claro que no sólo las normas legales o las medidas administrativas son idóneas para el cumplimiento de este deber estatal. Así, es doctrina aceptada que dentro de las medidas de “otro carácter” aptas para desarrollar los derechos sociales caben de manera preferente las decisiones y los controles judiciales Así, conforme a los Principios de Limburgo No 18 y 19, como muchas veces “las medidas legislativas no serán suficientes para poder cumplir con las obligaciones que se derivan del Pacto”, es deber de los “dotarse de recursos efectivos, tales como las apelaciones ante un magistrado, cuando sea necesario” para la realización de estos derechos.

11- La Corte considera que esta obligación estatal, conforme es interpretada por la doctrina internacional, coincide con la Carta. Así, de un lado, es indudable que los derechos sociales orientan la actividad del Legislador, que debe entonces establecer todas las regulaciones necesarias para la realización efectiva de estos derechos. Es más, conforme a la jurisprudencia de la Corte, la ley juega un papel esencial, a veces ineludible, en la materialización de los derechos sociales, pues “no se ve cómo pueda dejar de acudirse a ella para organizar los servicios públicos, asumir las prestaciones a cargo del Estado, determinar las partidas presupuestales necesarias para el efecto y, en fin, diseñar un plan ordenado que establezca prioridades y recursos. La voluntad democrática, por lo visto, es la primera llamada a ejecutar y a concretar en los hechos de la vida social y política la cláusula del Estado social, no como mera opción sino como prescripción ineludible que se origina en la opción básica adoptada por el constituyente”⁹. Con todo, para la Corte también es claro la obligación de tomar medidas legislativas no significa que algunas de las cláusulas del tratado no sean directamente auto ejecutables, pues algunos derechos son de aplicación inmediata, tal y como se señaló anteriormente. Además, tampoco debe pensarse que estos derechos sociales prestacionales son puramente programáticos, esto es, que son únicamente obligaciones para las autoridades pero que no implican derechos correlativos de los particulares, puesto que, en determinados contextos y dadas ciertas condiciones, los derechos sociales prestacionales pueden ser protegidos por diferentes vías judiciales, como las acciones de nulidad e inconstitucionalidad, las acciones populares o incluso la acción de

tutela¹⁰. Por eso esta Corporación coincide con la doctrina internacional en que las decisiones judiciales deben incluirse dentro de los medios jurídicos idóneos para la realización de los derechos sociales prestacionales, tal y como ya lo había señalado la Corte en anterior ocasión”.

3.1 Acción de tutela y derechos económicos, sociales y culturales

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Advirtió sin embargo la Corte que “el juez constitucional no puede en principio intervenir en el proceso de asignación de derechos constitucionales de carácter prestacional, pues ello implicaría una grave lesión al principio democrático y, eventualmente, la ruptura de principios y derechos tan fundamentales como la igualdad”¹².

Señala la Corte en el proveído a que se hace mención:

“16. Por lo expuesto, la Corte, con arreglo a la Constitución, ha restringido el alcance procesal de la acción de tutela a la protección de los derechos fundamentales. Excepcionalmente ha considerado que los derechos económicos, sociales y culturales, tienen conexidad con pretensiones amparables a través de la acción de tutela. Ello se presenta cuando se comprueba un atentado grave contra la dignidad humana de personas pertenecientes a sectores vulnerables de la población y el Estado, pudiéndolo hacer, ha dejado de concurrir a prestar el apoyo material mínimo sin el cual la persona indefensa

sucumbe ante su propia impotencia. En estas situaciones, comprendidas bajo el concepto del mínimo vital, la abstención o la negligencia del Estado se ha identificado como la causante de una lesión directa a los derechos fundamentales que amerita la puesta en acción de las garantías constitucionales.

Por fuera del principio a la dignidad humana que origina pretensiones subjetivas a un mínimo vital - que impide la completa cosificación de la persona por causa de su absoluta menesterosidad -, la acción de tutela, en el marco de los servicios y prestaciones a cargo del Estado, puede correctamente enderezarse a exigir el cumplimiento del derecho a la igualdad de oportunidades y al debido proceso, entre otros derechos que pueden violarse con ocasión de la actividad pública desplegada en este campo. En estos eventos, se comprende, la violación del derecho fundamental es autónoma con relación a las exigencias legales que regulan el servicio público.

En el contexto de un servicio estatal ya creado o de una actividad prestacional específica del Estado, puede proceder la acción de tutela cuandoquiera que se configuren las causales para ello, ya sea porque no existe medio judicial idóneo y eficaz para corregir el agravio a un derecho fundamental o bien porque aquélla resulta indispensable como mecanismo transitorio con miras a evitar un perjuicio irremediable. La intervención del juez de tutela, en estos casos, opera forzosamente dentro del perímetro demarcado por la ley y las posibilidades financieras del Estado - siempre que la primera se ajuste a la Constitución Política -, vale decir, tiene naturaleza derivada y no es en sí misma originaria. En este sentido, por ejemplo, puede verificarse que la exclusión de una persona de un determinado servicio estatal, previamente regulado por la ley, vulnere la igualdad de oportunidades, o signifique la violación del debido proceso administrativo por haber sido éste pretermitido o simplemente en razón de que el esquema diseñado por la ley quebranta un precepto superior de la Carta".

Siguiendo la línea jurisprudencial ya referida, mediante Sentencia SU-225 de 1998 esta Corte concedió el amparo constitucional promovido en su mayoría por madres cabeza de familia de escasos recursos, que abogaban porque sus hijos menores accedieran a una prestación no incluida en el programa estatal de inmunización para la infancia¹³.

Para el efecto esta Corte consideró del caso preguntarse sobre si ¿puede el juez constitucional ordenar la protección de un derecho constitucional de carácter prestacional, que tiene diversos alcances y cuya satisfacción implica erogaciones fiscales, en aquellos eventos en los que no existe ley o sus previsiones son claramente insuficientes?".

Lo anterior al advertir, de una parte, que "la tesis adoptada por la Corte en la sentencia SU-111/97, no puede ser simplemente transpuesta al ámbito de los derechos de prestación que, por expresa disposición constitucional, constituyen per se derechos fundamentales de aplicación inmediata (...)" y, de otra, que la improcedencia de una acción de amparo no puede dar lugar a que los órganos políticos consideren que las exigencias constitucionales en la materia constituyen "simple consejo (...) para que, cuando lo consideren oportuno, pongan en marcha políticas de protección a la salud de la infancia".

Acudió entonces esta Corte, para responder el interrogante propuesto, a una interpretación armónica de las disposiciones constitucionales que desarrollan el carácter social del Estado, con aquellas que regulan el ejercicio democrático del poder público, para así concluir que los derechos fundamentales se componen de un núcleo esencial y de unos elementos complementarios, el primero directamente exigible mediante la acción de tutela y no negociable en el proceso político y los segundos de atención progresiva y programática, es decir exigibles conforme lo permitan la disponibilidad de recursos y las prioridades políticas coyunturales. Señala la decisión:

"En criterio de la Corte, esta tercera alternativa es la única que permite la aplicación simultánea de las distintas normas constitucionales pues, de una parte, obedece el mandato constitucional que otorga, sin excepción, el carácter de fundamentales a los derechos de los niños contenidos en el artículo 44 y, de otra, atiende a los imperativos insoslayables de todo Estado democrático de Derecho. En consecuencia, con sujeción a los principios de aplicación integral de la Constitución y de armonización concreta, es la doctrina que la Corporación debe prohijar".

12. En virtud de lo anterior, considera la Corte que del artículo 44 tantas veces citado se deriva claramente que, la Constitución, respetuosa del principio democrático, no permite, sin embargo, que la satisfacción de las necesidades básicas de los niños quede, integralmente, sometida a las mayorías políticas eventuales. Por esta razón, la mencionada norma dispone que los derechos allí consagrados son derechos fundamentales, vale decir, verdaderos poderes en cabeza de los menores, que pueden ser gestionados en su defensa por cualquier persona, contra las acciones u omisiones de las autoridades públicas y de los particulares. No obstante, la armonización de esta norma con el principio democrático - que dispone que los órganos políticos son los encargados de definir las políticas tributarias y presupuestales - exige que sólo la parte del derecho que tiende a la satisfacción de las necesidades básicas del menor - lo que se ha denominado su núcleo esencial -, pueda ser directamente aplicada por el juez, mientras que es el legislador quien debe definir su completo alcance. Se trata entonces de derechos que tienen un contenido esencial de aplicación inmediata que limita la discrecionalidad de los órganos políticos y que cuenta con un mecanismo judicial reforzado para su protección: la acción de tutela.

13. La anterior restricción constitucional al principio democrático, se justifica, entre otras razones, porque dicho principio no puede oponerse a la reclamación de pretensiones esenciales de un grupo de la población que no está en capacidad de participar del debate público y que, por lo tanto, no tiene voz propia en la adopción de las decisiones políticas que lo afectan. En este caso, alegar que el núcleo esencial de los derechos fundamentales prestacionales del artículo 44 no es de aplicación directa sino que, en todo caso, debe ser

mediado por una decisión política - legislativa o administrativa -, significa someter la satisfacción de las necesidades básicas de los niños, en nombre de la participación, a un proceso del cual se encuentran completamente marginados. En otras palabras, la razón que justifica la aplicación preferente del principio democrático a la hora de adscribir derechos prestacionales, resulta impertinente en tratándose de derechos fundamentales de los menores.

14. La intervención del juez se limita a exigir el cumplimiento efectivo del núcleo esencial del derecho prestacional fundamental, más allá de lo cuál sólo puede actuar si media la respectiva decisión política. En estas condiciones, es necesario identificar los criterios para definir el núcleo esencial de un derecho prestacional fundamental, es decir, aquella parte del derecho que es de aplicación inmediata.

Ya se ha indicado que el aspecto del derecho prestacional fundamental que no puede quedar sometido al debate político es, justamente, aquel que tiende a la satisfacción más elemental de las necesidades básicas del titular del derecho. Ciertamente, existen carencias cuya satisfacción escapa absolutamente al control de la persona que las sufre; que son ineludibles pues no dependen de su voluntad o deseo; cuya satisfacción es absolutamente imprescindible para evitar un daño que, desde cualquier concepción constitucionalmente aceptable, constituye alteración grave de las condiciones mínimas esenciales del concepto de dignidad humana.

Así por ejemplo, hace parte del núcleo esencial del derecho a la salud de los menores, el atentado grave - por acción o por omisión - contra su salud, que de ninguna manera puede ser evitado o conjurado por la persona afectada y que pone en alto riesgo su vida, sus capacidades físicas o psíquicas o su proceso de aprendizaje o socialización. En consecuencia, nada obsta para que el juez, ante la demostración de tan grave circunstancia, profiera la orden adecuada para liberar al menor de la situación de extrema necesidad en la que ha sido puesto por acción u omisión de los agentes constitucionalmente responsables de asegurar la

plenitud de sus derechos”.

Ahora bien, establecida la procedencia de la acción de tutela frente a la vulneración del núcleo esencial del derecho de los menores a la salud, esta Corte, en la oportunidad a que se hace mención, precisó que “la cláusula de erradicación de las injusticias presentes, contenida en el artículo 13 de la Carta”, obliga al juez de amparo a avanzar en la materia con el objeto de velar por el restablecimiento del principio de la igualdad, previa “calificación constitucional acerca del grado de cumplimiento histórico que en la situación concreta ha debido tener el mandato de erradicación de las injusticias presentes, atendidas las posibilidades legales y fácticas del momento”.

Expuso la Corte cómo, frente a situaciones de evidente marginalidad y discriminación, las autoridades públicas deberán demostrar al juez de amparo, no solo que “, pese a haber desplegado todos los esfuerzos exigibles, el Estado no se encuentra en la posibilidad real de satisfacer la necesidad básica insatisfecha”, sino también “que su omisión no tiene como único resultado afianzar la condición de marginación en que viven los actores”, toda vez que la pasividad del Estado ante las injusticias “(..) no se compadece con los deberes que le impuso a las autoridades públicas la consagración constitucional de un orden justo”.

3.2 Libertad de configuración legislativa, en el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales

La competencia del legislador en la configuración y desarrollo progresivo de los derechos económicos sociales y culturales es asunto que no admite duda en la Carta Política, como lo enfatiza la jurisprudencia constitucional, “pues la Constitución ha conferido al Congreso una gran libertad para que defina el alcance de estos derechos y concrete los mecanismos

institucionales y los procedimientos para su realización efectiva¹⁴".

No obstante, lo anterior no significa que en el desarrollo legal de los derechos prestacionales se puedan desconocer los principios y valores constitucionales, como tampoco la base normativa constitucional integrada por los tratados de derechos humanos ratificados por el Congreso¹⁵, que compromete al Estado colombiano con la implantación progresiva de los derechos económicos sociales y culturales.

Por ello esta Corte, mediante sentencia C-1165 de 2002, declaró inexequible el artículo 34 de la Ley 344 de 1996¹⁶, fundada en que "la disminución de los recursos para el régimen subsidiado de salud, de ninguna manera realiza el postulado constitucional de la ampliación progresiva de la cobertura de la Seguridad Social que ordena el artículo 48 de la Carta, pues salta a la vista que a menores recursos y mayores necesidades insatisfechas en salud, dadas las circunstancias económico-sociales que vive el país, en lugar de aumentar la cobertura de la Seguridad Social, así como la calidad del servicio, se verán necesariamente afectados en forma negativa, en desmedro del bienestar de quienes más requieren de la solidaridad de los asociados y de la actividad positiva del Estado por encontrarse en situación de debilidad por sus escasos o ningunos recursos económicos, aún estando en capacidad de trabajar, pero azotados por el desempleo y otros flagelos sociales"¹⁷.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

En la misma línea, mediante Sentencia C-671 de 2002 fue declarada exequible, en el entendido fijado por esta Corte, la expresión "activo" ¹⁸, contenida en el párrafo 3 del artículo 24 del Decreto ley 1795 de 2000¹⁹.

Señaló la Corte que sin perjuicio de la finalidad legítima de proteger la viabilidad financiera de los regímenes especiales de seguridad social en salud, reduciendo el conjunto de beneficiarios, la exclusión constituye en sí misma “un retroceso en la garantía del derecho a la salud, pues personas que tenían asegurada una protección de ese derecho constitucional, quedan entonces excluidas del sistema”, sin que se garantice el cubrimiento de la prestación.

Indica la decisión:

“13- Como hemos visto, el problema en el presente caso deriva de que un grupo social, que ya era beneficiario de un sistema especial de seguridad social en salud, deja de serlo, sin que la ley garantice que esas personas queden cubiertas por otro sistema de seguridad social en salud. Esta regulación implica un retroceso en la garantía del derecho a la salud, pues personas que tenían asegurada una protección de ese derecho constitucional, quedan entonces excluidas del sistema.

Ahora bien, la Constitución y los tratados de derechos humanos señalan que si bien los derechos sociales prestacionales no son de aplicación inmediata e integral, sin embargo los Estados tienen no sólo el deber de tomar todas las medidas posibles para lograr su realización progresiva integral sino que además deben asegurar el goce de estos derechos a todos los habitantes, sin ninguna discriminación. Por ello, tal y como esta Corte ya lo ha explicado²⁰, en plena armonía con la jurisprudencia y la doctrina internacional sobre el tema, el mandato de progresividad no debe ser entendido como una justificación de la inactividad del Estado en la protección de esos derechos²¹. Por el contrario, el Estado colombiano tiene claros compromisos internacionales y constitucionales en relación con los derechos sociales prestacionales, como la salud. De un lado, el Estado tiene la obligación de iniciar inmediatamente el proceso encaminado a la completa realización de ese derecho.

De otro lado, existen unos contenidos mínimos o esenciales de satisfacción de ese derecho que el Estado debe garantizar a todas las personas. Esto es, la progresividad hace referencia al reconocimiento de prestaciones mayores y superiores en relación con cada uno de esos derechos sociales prestacionales, pero ese mandato de progresividad no excusa el incumplimiento del deber del Estado de asegurar, tan pronto como sea posible, coberturas universales de los contenidos mínimos de esos derechos, tal y como esta Corte ya lo había reconocido con anterioridad²².

Finalmente, el mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve menguada, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado debe presumirse en principio constitucional, y por ello está sometido a un control judicial estricto²³. Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social prestacional”.

En consonancia con la competencia amplia del legislador en la regulación de los derechos prestacionales y de manera acorde con las limitaciones que surgen de posibilidades operativas y financieras del Estado en la materia, esta Corte mediante Sentencia C-451 de 2005²⁴ declaró ajustado al ordenamiento constitucional el límite de 25 años, establecido en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 para disfrutar de la pensión de sobrevivientes del hijo incapacitado para trabajar, por razón de sus estudios, que dependía económicamente del causante al momento de su muerte.

Destaca la decisión que el legislador, en ejercicio de su amplia potestad de configuración en la materia, dispuso que los hijos menores de 18 años, al igual que los hijos inválidos y los

menores de 25 años incapacitados para trabajar en razón de sus estudios, tendrían derecho a la sustitución pensional “lo cual se explica ante la presunción de incapacidad para trabajar y asumir de forma autónoma sus propias obligaciones”.

Agrega la providencia que si bien la protección de las personas en condiciones de orfandad, sin perjuicio de su mayoría de edad se justifica plenamente, con miras a garantizar que su formación académica les permita un mejor desempeño en el futuro, de ello no se sigue que esta situación “puede prolongarse indefinidamente en el tiempo como lo pretende el demandante, pues de ser así la consecuencia sería entronizar en la norma un tratamiento que no tomara en consideración otras circunstancias externas”.

Trajo a colación esta Corte, en la oportunidad que se reseña, el carácter fundamental del derecho de los menores de 25 años a gozar de una prestación económica que les permita adelantar estudios -advertido por diferentes Salas de Revisión²⁵-, a cuyo tenor la calidad de estudiante exige del Estado una respuesta que compromete su deber de asegurar la vigencia de un orden justo y hacer efectivo el principio constitucional de la igualdad, dentro del marco legal del derecho a la sustitución pensional²⁶.

Efectivamente, esta Corte se ha pronunciado reiteradamente sobre el carácter fundamental del derecho a la sustitución pensional del menor de 25 años, incapacitado para trabajar por razón de sus estudios, dado el carácter constitucional del acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica y a los demás bienes y valores de la cultura, en conexidad con el derecho a la vida en condiciones dignas, a la seguridad social, a la salud y al trabajo. Indica la Corte:

Dentro de las condiciones establecidas legalmente para su reconocimiento, se exige la demostración de la calidad de estudiante; de este modo, el criterio definido en el sentido expuesto en la anterior cita jurisprudencial, permite señalar que el derecho a la educación configura, igualmente, un valor tutelable del derecho prestacional a la sustitución pensional, situación que parte del cumplimiento de un fin esencial del Estado, como es el de asegurar la vigencia de un orden justo (C.P. art. 20.) y del principio de igualdad (C.P., art. 13) en el intento de favorecer a las personas que se encuentran en una situación de vulnerabilidad por la “involuntaria e insufrible necesidad o, que por circunstancias de debilidad manifiesta, de carácter económico, físico o mental, requieren un tratamiento diferencial positivo o protector, con el fin de recibir un trato digno e igualitario en la comunidad (inciso 2 y 3 del artículo 13 C.N.).”²⁷

En este orden de ideas, la protección especial estatal predicable del derecho a la sustitución pensional por estudios, tiene su razón de ser en el estado de debilidad manifiesta que presenta la persona que hasta ahora ostenta la calidad de estudiante, por cuanto es indudable su estado de indefensión cuando apenas transita por el camino de la formación educativa, en aras de acceder a un conocimiento que le permita valerse por sí misma, a través de la capacitación para ejercer una profesión u oficio y alcanzar un desarrollo humano integral, con la posibilidad de desenvolverse autónomamente en el campo laboral, personal y social”²⁸.

Se aprecia entonces que el legislador, en ejercicio de su libertad de configuración legislativa y en un intento de mitigar el estado de debilidad manifiesta que comporta la orfandad, reconoce a los mayores de 18 años y menores de 25 el derecho a la sustitución pensional, con miras a que accedan a programas educativos o culminen los ya iniciados.

3.2 Madre Cabeza de Familia en el Programa de Renovación de la Administración Pública

3.2.1 Determinación legislativa

El artículo 43 de la Carta Política dispone que el Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia y de los artículos 9°, 42, 45, 67 y 93 del mismo ordenamiento se desprende que el apoyo deberá comprender la más amplia protección y asistencia posibles, mientras las mujeres sean responsables del cuidado y la educación de niños y adolescentes haciendo accesible a éstos la educación en todos los niveles, con el fin de garantizar la plena maduración de sus capacidades física, intelectual y moral -artículos 10 y 11 PDSEC y artículos 13 y 14 PSS-.

Ahora bien, como lo señala la jurisprudencia de esta Corte, el cometido de hacer realidad el apoyo que demandan las mujeres cabeza de familia requiere de acciones afirmativas²⁹, es decir de políticas o medidas dirigidas a favorecer al grupo que se busca apoyar, en este caso con el fin de eliminar o reducir las desigualdades de tipo social, cultural o económico que lo afectan³⁰.

En armonía con lo expuesto, la Ley 82 de 1993 “por la cual se expiden normas para hacer realidad la protección especial a la que tienen derecho las mujeres cabeza de familia”, a la vez que delimita la pertenencia al grupo y reafirma la obligación del Estado y la sociedad de apoyo estatal en los campos de la educación, la salud y la vivienda, dispone que en ningún caso la condición de “Madre Cabeza de Familia” será motivo de discriminación en el ejercicio de los derechos sociales, económicos y culturales a que alude la norma.

De acuerdo con el artículo 2°, la pertenencia al grupo está dada por la condición “desde el momento en que ocurra el mismo evento” declarada ante Notario, en el entendido de que se trata de “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”³¹ –se destaca-.

También la Ley 790 de 2002 adopta una medida de acción afirmativa a favor de las madres cabeza de familia sin alternativa económica, consistente en que “no podrán ser retirados del servicio”, “en el entendido que la protección debe extenderse a los padres que se encuentren en la misma situación, en aras de proteger la prevalencia de los derechos de los niños y el grupo familiar al que pertenecen”³².

En consonancia con lo expuesto, tanto la permanencia en los cargos -sin perjuicio del Programa de Renovación de la Administración Pública- de quienes ostentan la condición de “Cabeza de Familia”, como el ingreso bajo condiciones especiales a la seguridad social, a los establecimientos de educación primaria y secundaria, a textos escolares, servicios bibliotecarios y auxilios educativos, a programas de vivienda, a procesos de adquisición y venta de bienes estatales y de contratación de servicios, a la capacitación, el desarrollo de microempresas y las líneas especiales de crédito, son acciones que otorgan un trato preferencial dentro del marco de apoyo constitucional especial previsto en los artículos 13, 42, 43, 44, 45 y 67 de la Carta Política.

Siendo así está claro que el desconocimiento de la acción afirmativa que comporta el derecho a la permanencia en el cargo, dentro del Programa de Renovación de la Administración Pública, constituye un acto de discriminación y una tremenda injusticia, sin que para el efecto pueda esgrimirse que una vez las personas dependientes alcanzaron la mayoría de edad cesa la protección, porque para el efecto debe considerarse si la situación

que da derecho a la protección efectivamente culminó, es decir si el mayor de 18 años está real y efectivamente posibilitado para trabajar.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

“Para los efectos de la presente ley, entiéndase por “Mujer 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. Parágrafo. Esta condición y la cesación de la misma, desde el momento en que ocurra el respectivo evento, deberá ser declarada por la mujer cabeza de familia de bajos ingresos ante notario, expresando las circunstancias básicas de su caso y sin que por este concepto se causen emolumentos notariales a su cargo.

3.2.2 Precisión reglamentaria

El Gobierno Nacional mediante Decreto 190 de 200333, expedido con el propósito de reglamentar parcialmente la Ley 790 de 2002, se detiene en la expresión “Mujer Cabeza de Familia”, sin que por ello se pueda afirmar que la acción afirmativa prevista en el artículo 12 de la citada ley, en desarrollo del artículo 43 constitucional y bajo los lineamientos de la Ley 82 de 1993, no comprende a la mujer soltera o casada quien tiene a su cargo hijos incapacitados para trabajar, como quiera que la norma dispone:

“Artículo 1º. Definiciones. Para los efectos de la ley 790 de 2002 y del presente decreto se entiende por

(..)

Mujer 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 o entidad pública a la cual se encuentra vinculada”.

Es decir que el Gobierno Nacional tomó en consideración, para efecto de la reglamentación de la Ley 790 de 2002 tan solo la acepción “mujer con hijos menores de 18 años de edad”, del universo que comporta el artículo 12 de la norma, en materia del desarrollo progresivo y programático de los derechos económicos, sociales y culturales, dentro del Programa de Renovación de la Administración Pública, que a la letra dice:

“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.” -se destaca-

Además, como quedó explicado, en nuestro ordenamiento, desde las condiciones establecidas por el artículo 275 del Código Sustantivo del Trabajo en sus inicios, “los hijos menores o incapacitados para trabajar por razón de sus estudios o por invalidez³⁴ han sido considerados dependientes y por ello sujetos de especial consideración y reconocimiento en materia de procurar los recursos para su subsistencia, como lo dispuso el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 y lo prevé en la actualidad el artículo 13 de la Ley 797 de 2003.

Señala al respecto la Sentencia T-173 de 1994:

“Este derecho es cierto e indiscutible, irrenunciable; la transmisión en el sector privado fue reglada por la Ley 33 de 1973 artículo 1º. Teniendo como antecedentes el Código Sustantivo del Trabajo art.275, Ley 171 de 1961 art.12, Ley 5º de 1969 art.1º, Decreto 435 de 1971 art.15 y la Ley 10 de 1972 art.10. En la Ley 100 de 1993 a esta situación se le da el calificativo de PENSION DE SOBREVIVIENTES (artículo 46 a 49). Se ratifica que a ella tiene derecho en forma vitalicia el cónyuge supérstite y se aclara que además son beneficiarios los hijos menores de 18 años y hasta los 25 siempre que estén incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante y mientras subsistan las condiciones de invalidez (art.47-b)”³⁵.

Habría que entender entonces, que el concepto “Mujer Cabeza de Familia” referida a quienes tienen derecho a permanecer en el cargo, en el Programa de Renovación de la

Administración Pública, comprende a 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”, sin perjuicio de la precisión que de la expresión –hijos menores propios-, se encuentra en el artículo 1º numeral 1.3 del Decreto 190 de 2003.

Lo anterior en cuanto, resultaría discriminatorio y regresivo excluir de la acción afirmativa prevista en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002 a las madres responsables de la educación de personas mayores de 18 años y menores de 25 incapacitadas para trabajar.

4. Caso concreto

Como lo revelan los antecedentes, el 10 de junio de 2005 la señora Gloria Bell Moyano Bautista, en su condición de mujer cabeza de familia, fue reintegrada al cargo que ocupaba en la Empresa Nacional de Comunicaciones TELECOM, en acatamiento a lo dispuesto por esta Corte en Sentencia SU-388 del mismo año y retirada del cargo el 23 del mimo mes, porque su hija cumplió 18 años.

Sostiene la actora y así lo demuestra, que tiene derecho a ser reintegrada al cargo, porque su hija está incapacitada para trabajar en razón de que cursa estudios universitarios y cuida y sostiene a sus padres ancianos.

Debe en consecuencia esta Sala resolver, si alcanzada por su hija la mayoría de edad, la señora Gloria Bell Moyano podía ser retirada del cargo que ocupaba en la Empresa Nacional

de Comunicaciones TELECOM en Liquidación teniendo como marco la normativa constitucional sobre derechos económicos, sociales y culturales y las medidas afirmativas adoptadas por el legislador para apoyar a la mujer cabeza de familia y a los integrantes de su grupo familiar, al tenor de los artículos 2º de la Ley 82 de 1993 y 12 de la Ley 790 de 2002.

Ahora bien, como la Sala Laboral del H. Tribunal Superior de Bogotá niega la protección por improcedente, aduciendo que la actora debe promover en la justicia ordinaria su derecho al reintegro, previamente esta Sala deberá pronunciarse sobre la procedencia de la acción.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

En las Sentencias SU- 388 y 389 de 2005 esta Corte consideró ineficaces los medios ordinarios para resolver sobre el reintegro a la administración pública de quienes dada su condición de padre o madre cabeza de familia tienen derecho a permanecer en el cargo, sin perjuicio del proceso de renovación de la estructura de la Rama Ejecutiva del orden nacional, en los términos de la Ley 790 de 2002.

Expuso la Corte, en punto al proceso de liquidación de la Empresa de Telecomunicaciones TELECOM, que “por tratarse de un proceso de liquidación cuya fecha límite es relativamente próximo (a más tardar el 12 de junio de 2007) la acción de tutela se proyecta como el mecanismo apropiado para asegurar un verdadero respeto de los derechos fundamentales (...)”, como quiera que “(..) las otras vías judiciales podrían resultar eficaces ante la próxima e inexorable desaparición de la empresa” -SU-388 de 200536.

En este orden de ideas, esta Sala deberá estudiar el asunto de fondo, como quiera que la señora Gloria Bell Moyano fue retirada de la Empresa a que se hace mención, en razón del

estado de liquidación de la entidad y sin perjuicio de su derecho a permanecer en el cargo, en los términos del artículo 12 de la Ley 790 de 2002.

4.2 La calidad de Madre Cabeza de Familia de la actora

Obra en el expediente la constancia de que la actora es madre de Silvia Andrea Prieto Moyano, de 18 años de edad, quien en el segundo semestre del año 2005 cursaba el Cuarto Nivel del programa de diez semestres, de Psicología, de la Universidad Pontificia Bolivariana, seccional Bucaramanga.

Afirma la actora y la accionada no la contradice, que Silvia Andrea, los padres de aquella de 81 y 82 años y ella misma dependen únicamente de sus ingresos.

Así las cosas el Apoderado General de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones TELECOM no podía desconocer que la actora tiene derecho a permanecer en el cargo, porque el artículo 12 de la Ley 790 de 2002 y el artículo 2º de la Ley 82 de 1993 lo disponen, así el artículo 1º del Decreto 190 de 2003 no defina lo que debe entenderse por personas incapacitadas para trabajar, cuando alude a la definición de la expresión “Mujer Cabeza de Familia”.

De manera que el Apoderado General de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones TELECOM en Liquidación no puede entender excluidas de la protección prevista en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002 a las madres de hijos mayores de 18 años y menores de 25 incapacitados para trabajar por razón de sus estudios.

Lo expuesto, toda vez que el derecho de los menores de 25 años, incapacitados para trabajar por razón de los estudios, comporta un avance en materia del reconocimiento de los derechos sociales económicos y culturales de la población, cuya regresión, de presentarse en el programa de Renovación de la Administración, exigiría una justificación razonable y proporcionada .

No hacen falta mayores consideraciones para concluir, entonces, que el Apoderado General de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones TELECOM deberá reintegrar a la señora Gloria Bello Moyano Bautista, al cargo de ocupaba el 23 de junio de 2005, sin solución de continuidad y que podrá descontar del valor a su cargo las sumas pagadas a la misma a título de indemnización, sin afectar el mínimo vital de la madre y de su grupo familiar.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

5. Conclusiones. Las sentencias de instancia serán confirmadas

El Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá y la Sala Laboral del H. Tribunal Superior de esta misma ciudad, en las sentencias de instancia, niegan a la señora Gloria Bell Moyano Bautista la protección invocada, puesto que consideran que el Apoderado General de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones TELECOM no vulneró sus derechos fundamentales al retirarla del cargo y que, de considerarlo así, la actora debe acudir a la justicia ordinaria para solicitar su reintegro.

De manera que las decisiones que se revisan habrán de revocarse i) porque la acción de tutela es procedente para resolver sobre el reintegro de las madres y padres cabeza de familia en casos de la liquidación inminente de la entidad obligada al restablecimiento y ii) el

Apoderado General de la Empresa accionada vulneró el artículo 43 constitucional y los artículos 12 de la Ley 790 de 2002 y 2º de la Ley 80 de 1993, al desconocer el derecho de la actora -en su condición de madre cabeza de familia sin alternativa económica- a permanecer en el cargo, ya que de ella depende una persona menor de 25 años incapacitada para trabajar en razón de sus estudios.

Se quebrantan, en consecuencia, los derechos fundamentales de la actora y de su hija, a acceder a formación universitaria, en condiciones de igualdad.

Entonces las sentencias de instancia serán revocadas para disponer el reintegro de la actora al cargo que ocupaba el 23 de junio de 2005, sin solución de continuidad, sin perjuicio del derecho de la entidad accionada de descontar los valores pagados a título de indemnización.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Octava de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero. REVOCAR las sentencias adoptadas el 6 de octubre de 2005 y el 2 de noviembre de

2005 por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá y la Sala Laboral del H. Tribunal Superior de la misma ciudad, para no conceder la acción de tutela instaurada por Gloria Bell Moyano Bautista contra la Empresa Nacional de Telecomunicaciones TELECOM

Segundo. CONCEDER a la actora el amparo de sus derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas y justas.

En consecuencia la Empresa accionada, en las 48 horas siguientes a esta decisión, reintegrará a la actora al cargo que ocupaba el 23 de junio de 2005, o a uno igual o de superior categoría, sin solución de continuidad y podrá descontar, de los valores a su cargo, lo cancelado a la actora a título de indemnización, sin afectar su mínimo vital y el de su grupo familiar.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Tercero.- Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

JAIME ARAUJO RENTERÍA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales fue adoptado y abierto a la firma por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2200 A, de 16 de diciembre de 1966. Ley 76 de 1968.

2 El Protocolo Adicional a la Convención Americana o Pacto de San Salvador se suscribió el 17 de noviembre de 1988 -Ley 319 de 1996, Sentencia C-251 de 1997 M.P. Alejandro Martínez

Caballero-.

3 La Sentencia C-251 de 1997 para efecto de consultar los principios que informan la aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales, esta Corte remite a “Human Rights Quarterly, vol 9, No 2, |987, pp 121 y ss”.

4 Ver los cuatro informes del Relator de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas publicados en 1989 (E/CN.2/Sub.2/1989/19), 1990 (E/CN.4/Sub.2/1990/19), 1991 (E/CN.4/Sub.2/1991/17) y 1992 (E/CN.4/Sub.2/1992/16). Ver igualmente las Observaciones Generales adoptadas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas adoptadas en sus distintos períodos de sesiones, en especial la Observación General No 3 adoptado en el Quinto Período de Sesiones de 1990, y que figuran en el documento E/1991/23-

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

6 Principio de Limburgo No 27.

7 Ver, entre otras, las sentencias T-406/92, T-426/92, C-479/92 y SU-111/96

8 Sentencia T-007 de 1995. Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonell.

9 Sentencia SU-111/97. MP Eduardo Cifuentes Muñoz. Fundamento Jurídico No 11.

10 Ibidem, Fundamentos Jurídicos No 16 y 17.

11 Mediante Sentencia SU-111 de 1997 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, esta Corte revisó las sentencias proferidos por el Tribunal Contencioso Administrativo del Chocó que concedía la protección, fundado, principalmente en que “las prestaciones asistenciales son de obligatorio cumplimiento y deben prestarse sin limitación alguna y por el tiempo que fuere necesario” y por el Consejo de Estado para revocar la decisión, i) en consideración a que “la actora podía haber utilizado otros mecanismos de defensa judicial contra el acto administrativo expedido por la Caja Nacional de Previsión -Seccional Chocó” y ii) porque para que una persona pueda exigir la prestación de servicios médicos de parte de una empresa promotora de salud debe estar afiliada a ella.

12 Esta Corte confirmó la providencia de segunda instancia que negó la protección y fundó su negativa i) en que la demandante dejó de incoar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso administrativa; ii) en que la pretensión de la “no se ajusta a los requisitos exigidos para poder obtener los servicios médico-asistenciales a que aspira”; y iii) en que “no se ha demostrado una afectación del derecho al mínimo vital”, sin perjuicio de que “la demandante sea vinculada al sistema general de seguridad social en salud – régimen subsidiado, si se dan las condiciones establecidas en la ley y en el procedimiento respectivo”.

13“Cuatrocientos dieciocho (418) padres de familia (...) en su mayoría, se trata de madres cabeza de familia o de trabajadores del sector informal, residentes en la localidad de Puente Aranda, Santa Fe de Bogotá, D.C., que carecen de los recursos suficientes para sufragar la atención en salud que requieren sus hijos menores de edad y tampoco se encuentran vinculados a alguna institución prestadora del servicio público de seguridad social., en nombre y representación de sus hijos menores de edad (...) entablaron acción de tutela contra el Ministerio de Salud y la Secretaría Distrital de Salud de Santa Fe de Bogotá, D.C. (...) al no suministrarles, en forma gratuita, la vacuna contra los virus que producen las enfermedades conocidas como meningitis Meningococcica y meningitis por Haemophilus Influenzae” -Sentencia SU-225 1998 M.P.Eduardo Cifuentes Muñoz.

14 Sentencia C- M.P. Alejandro Martínez Caballero. En esta oportunidad la Corte declaró exequibles los artículos 215 y 216 de la ley 100 de 1993

15 Sobre el bloque de constitucionalidad en materia de derechos económicos, sociales y culturales se puede consultar, entre otras las sentencias SU-624 de 1999 M.P. Alejandro Martinez Caballero y C-1165 de 2000 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

16 El artículo 34 de la Ley 344 de 1996, “Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones”, fue demandado porque al decir de los ciudadanos accionantes la disminución de recursos presupuestales para la seguridad social vulnera “el concepto mismo de Estado Social de Derecho que se consagra en el artículo 1 y en el preámbulo de la Carta Política” -Sentencia C-1165 de 2000 M.P. Alfredo Beltrán Sierra-..

17 Idem.

18 La expresión “activo”, contenida en el parágrafo 3 del artículo 24 del Decreto ley 1795 de 2000 fue demandada porque excluye, sin justificación del sistema de salud de la Fuerza Pública a los padres de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional que ya no estén en servicio activo, violando por consiguiente el principio de igualdad y el derecho a la seguridad social.

19 Mediante Sentencia C-1165 de 2002 M.P. Eduardo Montealegre Lynnet fue declarado exequible el vocablo “activo, contenido en el parágrafo 3 del artículo 24 del Decreto ley 1795 de 2000, en el entendido de que, de conformidad con lo señalado en el fundamento 13 de esta sentencia, pueden continuar siendo beneficiarios del SSMP, los padres del oficial o suboficial que haya dejado de ser miembro activo de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional, y haya pasado a ser pensionado, siempre y cuando estos oficiales hayan ingresado al servicio con anterioridad a la expedición de los decretos 1211 del 8 de junio de 1990 y 096 del 11 de enero de 1989 respectivamente, y sus padres demuestren que no tienen la posibilidad de ser beneficiarios de ningún otro sistema de seguridad social en salud”.

20 Ver, entre otras, la sentencia C-251 de 1997, fundamento 8.

21 Ver al respecto, las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas adoptadas en sus distintos períodos de sesiones, en especial la Observación General No 3 adoptado en el Quinto Período de Sesiones de 1990, y que figuran en el documento E/1991/23. Y a nivel doctrinal, ver los llamados “Principios de Limburgo”, adoptados por unos expertos en la materia reunidos en Maastrich, Holanda, en junio de 1986, y que constituyen la interpretación académica más respetada sobre el sentido y la aplicación de las normas internacionales sobre derechos económicos, sociales y culturales.

22 Ver, entre otras, las sentencias C-251 de 1997, fundamentos 8 y 9, y sentencia SU-225 de 1998, Fundamentos 11 y ss.

23 Al respecto, ver entre otras, las sentencias C-251 de 1997.. Fundamento 8., SU-624 de 1999, C-1165 de 2000 y C-1489 de 2000.

24 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

25 Al respecto se puede consultar, entre otras, las sentencias T-292 de 1995, T-173 de 1994 y T-190 de 1993.

26 Sentencia T-780 de 1999 M.P. Alvaro Tafur Galvis.

27 Sentencia T-292 de 1995, M.P. Dr. Fabio Morón Díaz.

28 Nota 26.

29 Sentencia SU-388 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

30 Al respecto consultar la Sentencia C-371de 2000 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

31 Sobre la conformidad con la Carta Política de la expresión “siendo soltera o casada” del artículo 2º de la Ley 82 de 1993, ver la Sentencia C-034 de 1999 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

32 Sentencia C-1039 de 2003 M.P. Alfredo Beltrán Sierra. En esta oportunidad, en atención al cargo formulado contra la expresión madres contenida en el artículo 12 de la Ley 790 de 2003 porque al decir del ciudadano demandante la expresión demandada “discrimina al hombre al excluirlo de la protección laboral especial descrita en la norma que la contiene, toda vez que se tiene a la mujer como beneficiaria de una situación en la cual también estaría inmerso el hombre, pues estos son iguales en cuanto a derechos y deberes”, declaró constitucional de manera condicionada la disposición”.

33 Al respecto consultar Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo C.P. Nicolás Pájaro Peñaranda 15 de julio de 2004. Radicación número 11001-03-25-000-2004-0001-01. En esta oportunidad el Consejo de Estado admitió la demanda de nulidad parcial de los artículos 14 y 16 del decreto 190 del 30 de enero de 2003, reglamentarios de la Ley 790 de 2002, y negó la suspensión provisional solicitada en razón de la vulneración de los artículos 12 de la Ley 790 de 2002, y. 43, 44 y 25 de la Constitución Política.

34 Disponía el inciso primero del artículo 275 del Código Sustantivo del Trabajo: “Fallecido un trabajador jubilado, su cónyuge y sus hijos menores de diez y ocho (18) años tendrán derecho a recibir la mitad de la respectiva pensión durante dos (2) años, contados desde la

fecha del fallecimiento, cuando el trabajador haya adquirido el derecho dentro de las normas de esta Código lo esté disfrutando en el momento de su muerte y siempre que aquellas personas no dispongan de medios suficientes para su congrua subsistencia. Respecto de la misma situación, pero en lo atinente a los beneficiarios de la sustitución pensional reconocida a trabajadores al servicio del Estado se puede consultar el artículo 39 del Decreto 3135 de 1968 y su Decreto reglamentario 1848 de 1969.

35 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

36 En igual sentido la sentencia T-1169 de 2003 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.