

Sentencia T-341/94

DERECHO A LA SALUD/DERECHO A LA PROCREACION

Se entiende por salud, el “estado en que el ser orgánico ejerce normalmente todas sus funciones”. De allí, que la actora consideró que recuperar la ovulación, equivalía a recuperar su salud. La peticionaria tenía derecho a que se le prestara la atención médica que requería en el período posterior a su parto y que, el ser tratada para recuperar plenamente su función reproductora, hacía parte de su derecho a la salud.

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Irrenunciabilidad/MATERNIDAD-Protección

La actora tenía derecho a ser afiliada forzosamente al régimen del seguro social y ese derecho es, constitucionalmente, irrenunciable, según los principios establecidos en el artículo 53 de la Carta (“...irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales...”), que refrenda el contenido del artículo 48 ibídem, en el que expresamente se garantiza “...a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social” (inciso segundo). Si la actora tenía el derecho irrenunciable a ser afiliada al régimen del I.S.S. y no hubo de renunciar a ninguna de las prestaciones que implica la protección a la maternidad, las prestaciones y servicios médicos que ese régimen consagra para los afiliados, son el mínimo irrenunciable al que tenía derecho la actora, y el que tiene derecho a reclamar del empleador que no la afilió al I.S.S., a pesar de que así lo ordenaba el Decreto-Ley 1650 de 1977, independientemente de que proceda o no la aplicación, por parte del I.S.S, de sanciones al patrono por la omisión en que incurrió.

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Vulneración por no suministrar tratamiento médico

Si la actora hubiera acudido al ISS en calidad de afiliada con más de cuatro (4) semanas de cotización, habría recibido la prestación médica consistente en el tratamiento de su anovulación, para poder afirmar que Avianca tenía que proporcionar esa misma prestación a su empleada y, al no hacerlo, violó el derecho a la seguridad social de la peticionaria, afectando también sus derechos a la salud y a la integridad personal. Ya que la actora tenía derecho a que, como parte de su seguridad social irrenunciable, se le tratara para que

podiera recuperar todas sus funciones orgánicas normales, y ese tratamiento no se le proporcionó por quien tenía la obligación constitucional y legal de hacerlo, entonces es claro que se le violó el derecho, y que la empresa que se arrogó la facultad de negar esa prestación médica a la que la actora no podía, ni quería renunciar, debe resarcir el daño ocasionado indebidamente.

DERECHO A LA PROCREACION

Al cambiar Avianca su política de atención médica, no para todos los trabajadores a su servicio, como lo informó a la Corte, sino únicamente para con la actora, suspendiendo las incapacidades para volar, la situó en la disyuntiva de: aceptar que se le negara el acceso a los medios que le permitían ejercer los derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos o renunciar a sus intentos de recuperar la función ovulatoria y a la anhelada maternidad, para poder conservar el empleo. No cabe duda alguna sobre la motivación de tal cambio: fue el ejercicio del derecho a procrear por parte de la actora, porque así lo comunicó el Jefe del Departamento Médico de Avianca al Médico Jefe de la Aeronáutica Civil

DERECHO A LA IGUALDAD-Vulneración/PRESTACIONES MEDICO ASISTENCIALES-Exclusión/DISCRIMINACION POR SEXO

La negativa de Avianca a proporcionar, costear o auxiliar económicamente a la actora el tratamiento de la disfunción resultante de su parto prematuro con producto no viable, fue una exclusión de la accionante del régimen general de las prestaciones médicas mínimas e irrenunciables, motivada, según el Departamento Médico de Avianca, en consideraciones económicas, que situó a la petente en condiciones de desigualdad injustificadas, en comparación con cualquier otro trabajador que, debiendo ser forzosamente afiliado al régimen de los seguros sociales efectivamente lo fue. Se dio una objetiva diferencia de trato entre los trabajadores forzosamente afiliables al régimen de los seguros, que efectivamente fueron afiliados por sus empleadores al I.S.S. y la actora, que también era forzosamente afiliable y no ingresó al régimen del I.S.S. porque su patrono decidió asumir la seguridad social directamente, al menos para algunos de sus empleados, arrogándose indebidamente la competencia para decidir cuáles prestaciones médicas mínimas del régimen de los seguros sociales le eran costeables y cuáles no. Al decidir que la disfunción de la actora no era

enfermedad y, por tanto, no ameritaba ser tratada, el Departamento Médico generó una discriminación basada en el papel que la mujer cumple en la procreación y, como consecuencia de ella, un enriquecimiento indebido.

La actora cuenta con la posibilidad de acudir a la jurisdicción laboral en procura de la defensa de sus derechos. Dejar sin ningún efecto el despido injustificado, es decir, ordenar el reintegro de la actora, hace referencia a un derecho convencional, que corresponde al juez laboral decidir sobre el punto planteado y el juez de tutela, en este caso, se estaría arrogando indebidamente esa competencia si llegare a ordenar el reintegro, pues estaría amparando un derecho de rango convencional y no constitucional.

Ref.: Expediente No. T-35300.

Acción de tutela en contra de la Empresa Aerovías Nacionales de Colombia S. A. – Avianca- por presunta violación de los derechos a la vida, de los inherentes a la condición femenina, a la integridad personal, a la salud, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad, a la seguridad social, al trabajo, al debido proceso, a procrear y formar una familia.

Temas:

Improcedencia de la tutela existiendo un mecanismo alternativo para la defensa de los derechos conculcados.

Derecho a la salud, alcance.

Derecho a la familia.

Derecho a la igualdad.

ACTORA: Petra Rönner Porst.

MAGISTRADO PONENTE: Carlos Gaviria Díaz.

En Santafé de Bogotá, D.C., a los veintisiete (27) días del mes de julio de mil novecientos noventa y cuatro (1994), la Sala Cuarta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, compuesta por los Magistrados Jaime Vidal Perdomo -Conjuez de la Corte que reemplaza al Dr. José Gregorio Hernández Galindo-, Hernando Herrera Vergara y Carlos Gaviria Díaz, éste

último en calidad de ponente,

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCIÓN,

procede a dictar sentencia en la revisión de los fallos de instancia proferidos durante el trámite del proceso de la referencia.

ANTECEDENTES.

1. HECHOS.

El 18 de octubre de 1988, la señora Petra Rönner Porst se vinculó a la empresa Aerolíneas Nacionales de Colombia S.A. -Avianca S.A.-, como Copiloto Aprendiz de Jet-Boeing 727, por medio de un contrato de trabajo a término definido de un año (folio 194 del 2° cuaderno).

El 27 de septiembre de 1988, se le había practicado el examen médico de admisión (folio 204 del 2° cuaderno), en el que se hizo constar que, para la época, la paciente no registraba historia obstétrica. En cambio, se tramitó ante el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, y se obtuvo, autorización de esa entidad, para renunciar a las prestaciones sociales que se pudieran derivar de “miopía, usa lentes - dentadura incompleta” (folios 201 y 202 del 2° cuaderno).

El 20 de abril de 1990, Petra Rönner Porst contrajo matrimonio civil con Luis Ignacio Andrade Blanco (folios 155 a 164 del 2° cuaderno).

La señora Rönner quedó embarazada y se le suspendieron las actividades de vuelo el 16 de julio de 1991; “...la incapacidad de ley por maternidad, debe iniciarse el día 13 de febrero de 1992” (folio 144 del 2° cuaderno).

Sin embargo, la accionante dio a luz prematuramente (23 de noviembre de 1991) y el neonato, Mateo, resultó aún no viable y falleció el 30 de noviembre de 1991, lo que ocasionó un trauma grave a la pareja (folios 125, 126 y 130 del 2° cuaderno).

También como consecuencia del parto prematuro, la señora Rönner quedó padeciendo de infertilidad secundaria y se le recomendó un tratamiento médico dirigido a corregir la anovulación severa que la afectaba. Solicitó a Avianca S.A. que se lo proporcionara o le auxiliara para pagarlo, pero el Jefe del Departamento Médico de la empresa "...le explicó que la Compañía no podía asumir los elevados costos" (folio 86 del 2° cuaderno).

Ante esa negativa, la señora Rönner consultó al Dr. Luis Martín Uribe Damy, Ginecobstetra, quien el 14 de octubre de 1993 certificó: "Doy constancia de que la señora Petra Rönner Porst, se encuentra en tratamiento actualmente, para inducción de ovulación, y ha realizado aproximadamente 15 ciclos de tratamiento en este consultorio, con las siguientes drogas: *Pergonal-500 - 3 ampollas IM/día, durante 15 días cada ciclo. *Profasi x 5.000 UI-2 ampollas IM en cada ciclo de tto." (folio 90 del 2° cuaderno).

Esos medicamentos le provocaron mareos, náuseas y otros efectos secundarios que, sumados a la necesidad de practicarse continuos chequeos durante el tratamiento, hicieron que se le incapacitara para volar. Durante 1993, "...la paciente totaliza 62 días de incapacidad en 5 ciclos de tratamiento" (folio 83 del 2° cuaderno).

El 16 de diciembre de 1993, el Jefe del Departamento Médico de Avianca S.A., le explicó al Médico Jefe de la Aeronáutica Civil, que a la señora Rönner no se le concederían más incapacidades derivadas de su tratamiento, pues, "Según políticas de la Compañía Avianca, y en nuestro concepto médico, no se trata de una enfermedad, sino de un estado provocado a (sic) lograr otra finalidad como es la ovulación y obtener así la fecundación. Por estas razones se le han suprimido por este concepto las incapacidades" (folio 83 del 2° cuaderno).

Según la actora, "...teniendo en cuenta que no podía asumir la responsabilidad de desempeñar actividades de vuelo en condiciones que ponían en peligro no sólo mi salud y mi vida, sino también la seguridad de mis compañeros tripulantes y de los pasajeros, me presenté a la jefatura del Departamento de Medicina de Aviación de la Aeronáutica Civil de Colombia, para que determinara si mis condiciones permitían desempeñar actividades de vuelo o no, ante la presión ejercida por la empresa constriñéndome a que debía estar volando" (folio 50 del 1er cuaderno).

Como resultado, el Jefe de la División de Medicina de Aviación de la Aeronáutica Civil,

comunicó (21 de diciembre) a Avianca S.A. que: "...esta División se abstiene de renovar Certificado Médico a la Copiloto Petra Rönner Porst, portadora del Certificado Médico de Primera Clase No. 35458046, por presentar reacciones adversas medicamentosas con citrato de clomifeno, las cuales son incompatibles para desempeñar actividades de vuelo. Se expide incapacidad médica por el término de noventa (90) días a partir de la fecha..." (folio 82 del 2° cuaderno).

El 5 de enero de 1994, Avianca S.A. comunicó a la señora Rönner su decisión de cancelar sin justa causa el contrato de trabajo que las comprometía (folio 80 del 2° cuaderno) y el 15 de febrero consignó las prestaciones de ley en un depósito judicial (folio 79 del 2° cuaderno).

2. DEMANDA DE TUTELA.

Una vez enumerados los hechos, la actora expuso su concepto de violación, según el cual, Avianca S.A. le vulneró los derechos a la vida, a la integridad personal, a la salud, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad, a la seguridad social, al trabajo, al debido proceso, a procrear, a formar una familia, y sus derechos como mujer, transgrediendo las normas constitucionales consagradas en los artículos 5, 11, 12, 13, 16, 25, 42, 43, 48, 49 y 53 de la Carta Política.

En razón de esas presuntas violaciones a sus derechos, la actora solicitó que, sin perjuicio de lo que decida luego el juez laboral, se ordene a Avianca S.A. "...asumir las obligaciones que ha eludido en cuanto al tratamiento que requiero para normalizar mi estado de salud y para procrear" Además, pidió que, para evitar un perjuicio irremediable y como mecanismo transitorio, "...se deje sin ningún efecto la orden de despido por parte de Avianca S.A...."

3. FALLO DE PRIMERA INSTANCIA.

El Juzgado Veintinueve Civil del Circuito de Santafé de Bogotá conoció del proceso iniciado con la demanda de la señora Petra Rönner Porst y, el 3 de marzo de 1994, dictó sentencia de primera instancia, denegando por improcedente la tutela imprecada. Basó esa decisión, en las siguientes consideraciones:

La Constitución de 1991 consagró la acción de tutela para la protección inmediata de los derechos fundamentales. La nueva acción se caracteriza por ser subsidiaria y accesorio.

La terminación del contrato de trabajo por parte de Avianca S.A., hace que la acción sea extemporánea, pues, una vez producida, queda el camino abierto para el ejercicio de la acción laboral y ello descarta la viabilidad de la tutela.

Si bien es cierto que la tutela puede intentarse como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, en el presente caso no procede, en virtud de lo estipulado en el artículo 1° del Decreto 306 de 1992.

4. IMPUGNACIÓN.

La actora impugnó la decisión del a-quo en el término debido, aduciendo que:

El Juzgado del conocimiento desarrolló las consideraciones de orden legal, pero no se ocupó de estudiar la violación de los derechos fundamentales que fueron conculcados y la protección debida a los mismos.

Si “...la norma legal que consagraba la definición de perjuicio irremediable, fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia No. C 531/93, de noviembre 11 de 1993 (anexo), precisamente en cuanto a tal definición, el desarrollo de la misma, hecho por el Decreto 306 de 1992, quedó sin fundamento jurídico alguno” (folio 202 del 1er. cuaderno).

Es sabido y aceptado que la actora puede acudir a la jurisdicción laboral; pero, “¿...las acciones laborales son idóneas? conociendo de antemano que el trámite de un proceso ordinario es normalmente de 3 o más años, no garantiza, en forma inmediata la protección de mis derechos fundamentales vulnerados, de tal suerte que el mecanismo alternativo de defensa judicial no puede juzgarse idóneo y eficaz” (folios 203 - 204 del 1er. cuaderno)

“...No existe extemporaneidad alguna de la acción de tutela, que puede interponerse ‘en todo momento’, según el artículo 86 de la Constitución cuando quiera que se encuentre violado o amenazado un derecho fundamental como acontece en mi caso”(folio 205 del 1er. cuaderno)

5. FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, Sala Civil, conoció de la

impugnación y decidió confirmar la sentencia del a-quo, con las siguientes consideraciones:

La “...tutela no es de ningún modo simultánea, paralela, acumulativa, alternativa o sustitutiva de procedimientos ordinarios, ni una instancia más de competencia para decidir asuntos judiciales inherentes de procedimientos ordinarios” (folio 12 del 2° cuaderno).

“...Garantizado como fue el perjuicio que originó el rompimiento unilateral sin justa causa del contrato, el cual comprende el lucro cesante y el daño emergente en los términos que prevé la disposición en cita (artículo 8° del Decreto Legislativo 2351 de 1965), sin perjuicio del reintegro a que alude su numeral 5°, que es de competencia del juez de lo laboral y no del de tutela, de inmediato tiene que concluirse en la improcedencia de la acción que se analiza” (folio 13 del 2° cuaderno).

“...No ha de olvidarse que hubo una terminación unilateral e injusta del contrato de trabajo, motivada por el deseo de la peticionaria de tener un hijo y del tratamiento médico al que voluntariamente se ha sometido con las consecuencias físicas y psicológicas que ella misma relata en detrimento de su capacidad laboral, sobre lo cual, se repite, compete juzgar al juez del trabajo; razón por la que además esta Sala estima que no es necesario decretar las pruebas solicitadas en esta segunda instancia” (folios 13 - 14 del 2° cuaderno).

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. COMPETENCIA.

La Corte Constitucional es competente para pronunciarse en revisión sobre los fallos de instancia, según los artículos 86 y 241 de la Constitución Política. Corresponde el pronunciamiento a la Sala Cuarta de Revisión de Tutelas, en virtud del reglamento interno de la Corporación y del auto del 25 de abril del presente año, adoptado por la Sala de Selección Número Cuatro.

2. DERECHOS CONSTITUCIONALES, DERECHOS DE RANGO LEGAL Y DERECHOS NO VIOLADOS O SÓLO INDIRECTAMENTE VULNERADOS.

La actora impetró protección para los derechos a la vida, a la integridad personal, a la salud, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad, a la seguridad social, al trabajo, al debido proceso, a procrear, a formar una familia y a los derechos específicos como mujer, pues

consideró que la firma demandada vulneró los artículos 5, 11, 12, 13, 16, 25, 42, 43, 48, 49 y 53 de la Constitución.

La Corte, por su parte, encuentra que la violación presunta de algunos de esos derechos, corresponde juzgarla al juez laboral; otros, no fueron violados y, un tercer grupo, corresponde a derechos constitucionales que serán examinados en esta providencia. Se pasa a hacer su clasificación.

2.1. DERECHO A LA VIDA. La única manera de aseverar que se vulneró el derecho a la vida es, a través de la afirmación de que se privó a la señora Rönner de una calidad de vida superior a la que tuvo después del deceso de su hijo. Ahora bien: como ese específico aspecto se estudia con más propiedad al considerar el ejercicio objetivo de los derechos a procrear, a la salud y a la seguridad social, la Corte no profundizará en el análisis de este derecho.

2.2. DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL. Según lo manifestado por la peticionaria, este derecho habría sido vulnerado por la demandada, en dos sentidos: se le dio un trato contrario a la dignidad humana al despreciar y desatender su función en la procreación, y se desconoció, injustamente, que la función de la ovulación es parte integrante de su personalidad jurídica como mujer. Sin embargo, dada la regulación positiva de éste y los derechos a la salud, la seguridad social y la procreación, la violación alegada por la demandante, si se reconoce posteriormente, afectaría a este derecho de manera indirecta. Por tanto, se posterga el análisis sobre la existencia y entidad de la violación, a los apartes siguientes de esta providencia.

2.3. DERECHO A LA SALUD. Si existió violación a este derecho, será objeto de las consideraciones posteriores de la Corte.

2.4. DERECHO A LA IGUALDAD. También será examinada su eventual violación en esta providencia.

2.5. DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. Se aduce que con las actuaciones de la demandada se privó a la señora Rönner de ser madre y del desarrollo que la maternidad le permitiría. El derecho al libre desarrollo de la personalidad implica, en el caso sub examine, una serie de derechos específicos que la actora invoca como violados. Tal

es el caso, por ejemplo, del derecho a procrear, pues difícilmente puede afirmarse que alguien que se ha propuesto como objetivo vital tener hijos (lo que parece no sólo lícito sino plausible), alcanza un desarrollo satisfactorio, y menos aún pleno, de su personalidad, si se le obstaculiza el alcance de esa meta por quien está jurídicamente obligado a propiciarlo.

2.6. DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL. En otro aparte de esta providencia se analizará si fue o no vulnerado.

2.7. DERECHO AL TRABAJO. Según la accionante, se violó este derecho porque la demandada terminó unilateralmente su relación de trabajo mientras la accionante se encontraba incapacitada médicamente, con lo que se desconoció una norma convencional, que le otorgaba el derecho a un reentrenamiento para trabajar en tierra, con igual remuneración a la recibida cuando volaba. La Corte considera que ambos asuntos deben ser juzgados por la Jurisdicción Laboral y que, para ellos, no procede la tutela.

2.8. DERECHO AL DEBIDO PROCESO. Afirma la demandante que, de ser ciertos los motivos que la empresa demandada aduce para la terminación unilateral de su contrato, una norma convencional obligaba a ésta a adelantarle un proceso y a atender a su defensa, lo que no ocurrió. También en este asunto, la Corte considera que el competente es el juez laboral y no el de tutela; en consecuencia, se remite a la actora a la acción ordinaria laboral.

2.9. DERECHO A LA FAMILIA. La Corte examinará, como parte de este derecho, el de procrear y aquellos que, como mujer, le reconoce a la señora Rönner la Constitución, y que estén comprometidos en el conflicto que originó el presente proceso.

3. DERECHO A LA SALUD.

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, se entiende por salud, el “estado en que el ser orgánico ejerce normalmente todas sus funciones” De allí, que la actora consideró que recuperar la ovulación, equivalía a recuperar su salud.

¿Puede afirmarse que la señora Rönner tenía derecho a recuperar la salud en el sentido que se ha definido? El artículo 49 de la Constitución, le confiere el derecho a “...tener acceso a los servicios de... recuperación de la salud”

Sin embargo, Avianca afirma que en este caso no existía tal derecho, porque el padecimiento

de la accionante no se debía a una enfermedad, sino al deseo de ser madre.

¿Excluye el derecho vigente la cobertura que la demandante reclama y la demandada niega? Según el artículo 93 de la Constitución, el derecho constitucional de la accionante ha de interpretarse teniendo en cuenta las normas internacionales acogidas por Colombia al respecto. Se citan:

3.1. EL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, suscrito por Colombia el 21 de julio de 1966, aprobado mediante la Ley 74 de 1968, que entró en vigor para el país el 3 de enero de 1976, que en su artículo 12, numeral 1, dispone: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”.

3.2. LA CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER, suscrita por Colombia el 17 de julio de 1980 y aprobada mediante la Ley 51 de 1981, que entró en vigor el 18 de febrero de 1982, la cual contiene, al menos, tres artículos que resultan relevantes:

ARTÍCULO 11, NUMERAL 1: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurarle, en condiciones de igualdad con los hombres, los mismos derechos, en particular:

...

e) El derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, así como el derecho a vacaciones pagadas.

f) El derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, INCLUSO LA SALVAGUARDIA DE LA FUNCIÓN DE LA REPRODUCCIÓN. (Mayúsculas fuera del texto)

...”

ARTÍCULO 12: “1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en

condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 supra, los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario, y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia.”

ARTÍCULO 16, NUMERAL 1: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:

...

e) Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos, y a tener acceso a la información, la educación, y los medios que les permitan ejercer estos derechos;

...”

Sopesadas estas normas, la Corte concluye que la señora Rönner tenía derecho a que se le prestara la atención médica que requería en el período posterior a su parto y que, el ser tratada para recuperar plenamente su función reproductora, hacía parte de su derecho a la salud.

Ahora bien: si la actora tenía derecho a las prestaciones médicas aludidas y no se le hicieron efectivas cuando lo requirió, ¿a quién es imputable la violación resultante? En principio, según las normas que orientan la interpretación del derecho, el Estado Parte debe garantizar la eficacia del derecho a las personas bajo su jurisdicción territorial, acatando el principio que obliga a cumplir los compromisos internacionales de buena fe. El Constituyente de 1991 reguló el derecho a la salud y la manera como ha de prestarse, en el artículo 49.

El desarrollo legal de esa norma constitucional se encuentra en la regulación del Sistema Nacional de Salud y de los Seguros Sociales, anteriores a la vigencia de la Ley 100 de 1993, pues ésta entró a regir -abril 1° de 1994-, después de que se produjeran los hechos objeto

del presente proceso.

Dados los hechos de la demanda, la presunta violación del derecho a la recuperación de la salud de la actora, se habrá de buscar en la regulación legal de la seguridad social, pues es claro que, dentro del Sistema Nacional de Salud, hay entidades que hubieran prestado a la señora Rönner el servicio requerido, a cambio de una tarifa, subsidiada o no, con lo que se puede decir que se satisface la obligación del Estado; pero no se puede encuadrar normativamente la relación jurídica de las partes en el proceso, que es una relación laboral, de la que se desprendería la obligación de la empresa demandada de atender a la recuperación de la salud de la demandante.

4. DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL.

La señora Rönner demanda a Avianca como responsable de la violación de de los derechos que señala en el libelo, ya que esta empresa, en su sentir, debió atender a la efectividad de su derecho a la seguridad social y no lo hizo, vulnerando entonces éste y el derecho a la salud, desconociendo su personalidad jurídica como mujer y, por ende, irrespetando su dignidad.

El Estado Colombiano, desde el inicio de la vigencia de la Constitución de 1991 y hasta la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, regulaba el acceso al servicio de la seguridad social de las personas empleadas en el país por los empleadores particulares, en el artículo 6° del Decreto-Ley 1650 de 1977, que dice: “Deberán afiliarse forzosamente al régimen que se establece en el presente decreto, los trabajadores nacionales y extranjeros que presten sus servicios a patronos particulares mediante contrato de trabajo o de aprendizaje; los funcionarios de seguridad social a que se refiere el Decreto 1651 de 1977, y los pensionados por el régimen de los seguros sociales obligatorios”

El artículo 340 del Código Sustantivo del Trabajo consagra la regla general y las excepciones a ella, en materia de renuncia a prestaciones sociales, diciendo: “Las prestaciones sociales establecidas en este Código, ya sean eventuales o causadas, son irrenunciables. Se exceptúan de esta regla: a)... b) Las de aquellos riesgos que sean precisamente consecuencia de invalidez o enfermedad existente en el momento en que el trabajador entra al servicio del patrono.”

Según la copia del examen médico de ingreso de la actora al servicio de la firma demandada, éste se practicó el 27 de septiembre de 1988, y la accionante, que entonces no tenía historia obstétrica, tampoco renunció a ninguna de las prestaciones que le correspondían, según la regulación legal de la protección a la maternidad, en el régimen de los seguros sociales.

Si la actora tenía el derecho irrenunciable a ser afiliada al régimen del Instituto de Seguros Sociales y no hubo de renunciar a ninguna de las prestaciones que implica la protección a la maternidad, las prestaciones y servicios médicos que ese régimen consagra para los afiliados, son el mínimo irrenunciable al que tenía derecho la actora, y el que tiene derecho a reclamar del empleador que no la afilió al Instituto de Seguros Sociales, a pesar de que así lo ordenaba el Decreto-Ley 1650 de 1977, independientemente de que proceda o no la aplicación, por parte del ISS, de sanciones al patrono por la omisión en que incurrió. Así lo dispone el Acuerdo No. 044 de 1989 de la Junta Directiva de esa Institución, en su artículo 70: “Omisión en la inscripción del trabajador. Sin perjuicio de lo establecido para el período de protección, la calidad de afiliado al régimen es requisito necesario para que una persona y sus derechohabientes queden protegidos, de acuerdo con los reglamentos respectivos, contra las contingencias de enfermedad general y maternidad, invalidez, vejez, muerte, accidentes de trabajo, enfermedades profesionales y asignaciones familiares. Por lo tanto, el empleador que no hubiere inscrito a sus trabajadores estando obligado a hacerlo, deberá reconocerles a ellos y a los derechohabientes, las prestaciones que el ISS les hubiere otorgados en el caso de que la afiliación se hubiere efectuado, sin perjuicio de las sanciones a que hubiere lugar.”

Basta entonces constatar, que si la actora hubiera acudido al ISS en calidad de afiliada con más de cuatro (4) semanas de cotización, habría recibido la prestación médica consistente en el tratamiento de su anovulación, para poder afirmar que Avianca tenía que proporcionar esa misma prestación a su empleada y, al no hacerlo, violó el derecho a la seguridad social de la señora Rönner Porst, afectando también sus derechos a la salud y a la integridad personal.

Las prestaciones y servicios médicos de los seguros de salud estaban reguladas, antes de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, por el artículo 75 del Decreto-Ley 1650 de 1977, en el cual el legislador consagró: “El Instituto de Seguros Sociales deberá prestar los siguientes servicios médicos y asistenciales y atender al pago de las siguientes prestaciones económicas: 1. Para los riesgos de enfermedad en general y maternidad: a) La asistencia

médica, quirúrgica, odontológica, farmacéutica y de servicios auxiliares de diagnóstico y tratamiento de los beneficiarios; b) La ejecución de programas de rehabilitación física y readaptación sicosocial; c) La ejecución de programas de promoción y protección de la salud;...f) El reconocimiento y pago del subsidio en caso de aborto o de parto prematuro, de acuerdo con la ley y los reglamentos generales...”

La Corte, para mejor proveer en la revisión de los fallos del presente proceso, solicitó al Instituto de Seguros Sociales -ISS-, que informara a qué prestaciones y servicios médicos tendría derecho una persona que se hubiese afiliado al régimen del Instituto en 1988 y que, en 1991 sufrió un parto prematuro con producto no viable, presentando luego anovulación. Confirmando la información contenida en la norma que se citó en el párrafo precedente, el Instituto de Seguros Sociales respondió: “Una afiliada en las condiciones del caso planteado TIENE DERECHO A LOS SERVICIOS MÉDICOS QUE EL CASO REQUIERA y además a las prestaciones contempladas en las Resoluciones Nos 01672 y 05727, del 12 de Abril y 31 de Octubre de 1991, de la Dirección General del ISS...” (folio 234 del 2° cuaderno, mayúsculas fuera de texto).

Ya que la actora tenía derecho a que, como parte de su seguridad social irrenunciable, se le tratara para que pudiera recuperar todas sus funciones orgánicas normales, y ese tratamiento no se le proporcionó por quien tenía la obligación constitucional y legal de hacerlo, entonces es claro que se le violó el derecho, y que la empresa que se arrogó la facultad de negar esa prestación médica a la que la actora no podía, ni quería renunciar, debe resarcir el daño ocasionado indebidamente.

6. DERECHO A LA FAMILIA.

El derecho a formar una familia, consagrado en el artículo 42 para toda persona, incluye el derecho de la pareja a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos. En el expediente del proceso que se revisa, la voluntad de la pareja compuesta por la señora Rönner y su esposo se encuentra repetidamente afirmada por la accionante, por el médico tratante y por el Jefe del Departamento Médico de Avianca, a más de estar refrendada por el tratamiento al que se sometió la señora Rönner después de la pérdida de su primer hijo, que vino a convertirse en uno de los factores del conflicto que originó el presente proceso.

Luis Ignacio Andrade y Petra Rönner decidieron tener su primer hijo, contando con tan mala

suerte en la realización de su propósito, que el niño nació prematuramente y no alcanzó a sobrevivir más allá de unos pocos días al parto. Al trauma familiar que ello comporta se sumó, para la actora, una disfunción, la anovulación, que privaba a la pareja de lograr un segundo embarazo. Aunque nadie podía garantizar que la señora Rönner recuperara la ovulación, ella tenía derecho a ser tratada médicamente, y la obligación de facilitarle ese medio para poder concebir recaía legalmente en cabeza de Avianca, pues esta empresa se negó a enviar a la actora a la consulta del especialista requerido y a proporcionarle el tratamiento que hubiera recibido en el ISS, después de asumir por cuenta propia la prestación del régimen legal de la seguridad social, para sus pilotos, copilotos, ingenieros de vuelo y auxiliares de vuelo.

Al iniciarse el tratamiento por la anovulación, Avianca, a través de su Departamento Médico, validó las incapacidades laborales correspondientes a las “reacciones medicamentosas adversas” que le produjeron los fármacos recetados, entre el 21 y el 30 de mayo y del 9 al 23 de agosto. Hasta la época en que el Departamento Médico de Avianca refrendó las incapacidades del médico tratante de la actora, sólo se podía afirmar que la empresa demandada incumplió con la obligación legal de brindar el tratamiento requerido y que, con ello, vulneró directamente el derecho irrenunciable a la seguridad social e, indirectamente, los derechos a la salud y a la integridad personal.

Para valorar jurídicamente el cambio de tratamiento que recibió luego la actora, en el informe que la Corte solicitó a Avianca, se le inquirió por las instrucciones recibidas por el departamento médico de esa empresa, en las que se indicara excluir de las prestaciones a su cargo, tratamientos para determinadas dolencias o el suministro de ciertas drogas. En respuesta, Avianca manifestó:

“La obligación de Avianca de la prestación de los servicios médicos al personal no afiliado al ISS está consagrada en la Cláusula 87 de la Convención Colectiva de Trabajo y vigente, suscrita entre la Empresa y su Sindicato Nacional de Trabajadores de Avianca “SINTRAVA” y en capítulo XIX -Servicios Médicos, Cláusulas 104 a 110, de la Convención Colectiva vigente, suscrita entre Avianca y la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles “ACDAC”, fotocopia que anexamos.

Las disposiciones citadas constituyen el marco en virtud del cual la Empresa, presta los

servicios médicos a los pilotos, copilotos, ingenieros de vuelo y auxiliares de vuelo.

No existe en la empresa reglamentación interna sobre la prestación de los servicios médicos.” (folio 48, segundo cuaderno).

A pesar de ello, el 16 de diciembre de 1993, el Departamento Médico de Avianca decidió suspender a la actora las incapacidades originadas en el tratamiento de la anovulación, aduciendo que esa no es una enfermedad. Frente a esa decisión, la Corte hará cuatro precisiones, antes de concluir con la revisión. Ellas son:

5.1. Según el artículo 11, numeral 1, literal e) de la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer -citado anteriormente-, dentro del régimen mínimo de seguridad social que asumió Avianca, es discriminatorio en contra de la mujer que se limite el reconocimiento de la incapacidad para volar, únicamente al caso de enfermedad, cuando dicha norma establece que “...PARA ELIMINAR LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER EN LA ESFERA DEL EMPLEO...” se ha de “...asegurar a la mujer, en condiciones de igualdad con los hombres, los mismos derechos...: ...e) El derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, ENFERMEDAD, invalidez, vejez u OTRA INCAPACIDAD PARA TRABAJAR...”

5.2. Según el artículo 11, numeral 1, literal f) de la misma Convención, dentro del régimen mínimo de seguridad social que asumió Avianca, es discriminatorio en contra de la mujer que se excluya de la protección a la salud de las trabajadoras y a su seguridad en las condiciones de trabajo, lo relativo al papel que cumple la mujer en la reproducción, pues a ellas ha de asegurárseles “El derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, INCLUSO LA SALVAGUARDIA DE LA FUNCIÓN DE LA REPRODUCCIÓN”.

5.3. Según el Manual de Operaciones de Vuelo de la empresa demandada (pág. 40.42.30.05 según circular del 18 de marzo de 1991 que obra a folio 16 del primer cuaderno), para lograr la seguridad en las operaciones aéreas, “...cada tripulante debe:... 2.No haber sido tratado por cualquier vía, con medicinas que afecten su rendimiento físico o mental; en caso que lo haya sido, debe tener la seguridad médica que (sic) esos efectos han pasado...”.

5.4. Según el certificado del médico tratante, que obra a folio 35 del 1er. cuaderno del expediente, la señora Rönner, durante su tratamiento, estaba incapacitada para volar, no

para trabajar. Por eso, ella expresamente solicitó que, en aplicación de una norma convencional vigente, la empresa la reentrenara y la reubicara en una labor terrestre.

Así, este punto se enlaza con el anterior, pues la decisión del Departamento Médico de Avianca de suspender a la actora las incapacidades debidas a los efectos de las drogas con las que estaba siendo tratada, no sólo la colocaba en una situación jurídica insalvable en la que, volando y dejando de hacerlo, incurría en violación a una u otra norma, sino que, en caso de que ella hubiese decidido hacer lo que le indicaban sus superiores -volar-, la seguridad de sus compañeros de tripulación y la de los pasajeros hubiera sido puesta en peligro, como lo advirtieron oportunamente los facultativos de la Aeronáutica Civil, a quienes recurrió la señora Rönner con buen criterio y la intención de evitar que se amenazara el derecho a la vida de múltiples personas, así ello le implicara que también esos facultativos se abstuvieran de renovar el certificado médico (folio 31 del primer cuaderno), lo que le impidió después buscar empleo como copiloto en otra empresa.

En conclusión, al cambiar Avianca su política de atención médica, no para todos los trabajadores a su servicio, como lo informó a la Corte, sino únicamente para con la actora, suspendiendo las incapacidades para volar, la situó en la disyuntiva de: aceptar que se le negara el acceso a los medios que le permitían ejercer los derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos (Art. 16, nral. 1, literal e, de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer), o renunciar a sus intentos de recuperar la función ovulatoria y a la anhelada maternidad, para poder conservar el empleo. No cabe duda alguna sobre la motivación de tal cambio: fue el ejercicio del derecho a procrear por parte de la actora, porque así lo comunicó el Jefe del Departamento Médico de Avianca al Médico Jefe de la Aeronáutica Civil, en carta fechada el 16 de diciembre de 1993, cuyo texto dice:

“Por los fenómenos secundarios a la medicación como la paciente misma ha manifestado, presenta mareos y náuseas y por los chequeos permanentes el médico ha determinado incapacitarla y en el Centro Médico se le han transcrito las incapacidades, como una especial colaboración; hasta noviembre por esta sola causa, la paciente totaliza 62 días de incapacidad en 5 ciclos de tratamiento.

Según políticas de la Compañía Avianca, y en nuestro concepto médico, no se trata de

enfermedad, sino de un estado provocado (sic) a lograr otra finalidad como es la ovulación y obtener así (sic) la fecundación.

Por estas razones se le han suprimido por este concepto las incapacidades.

Si se autorizaran estos procedimientos, veríamos con preocupación que buena parte de nuestras Auxiliares de Vuelo, con todo derecho solicitarían la misma conducta, lo que implicaría excesos de incapacidades que entorpecerían nuestra operación normal” (folio 83 del segundo cuaderno).

Se violó, entonces, el derecho a la procreación de la actora, a quien ya se le había negado el tratamiento requerido.

6. DERECHO A LA IGUALDAD.

Afirma la señora Rönner que la negativa de Avianca a remitirla a la consulta de los especialistas que requería luego del trauma de su parto prematuro y muerte subsiguiente del neonato Mateo, su omisión al no proporcionarle el tratamiento que necesitaba para recuperar la función de la ovulación, su falta de auxilio para costear el tratamiento por parte de un especialista, la sobreviniente decisión de no validar sus incapacidades para volar, la insistencia en que volara cuando objetivamente se hallaba incapacitada para hacerlo y, finalmente, su despido sin justa causa, constituyen un trato discriminatorio que violó su derecho a la igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Constitución.

El Convenio Internacional del Trabajo No. 111, incorporado a la legislación interna por la Ley 22 de 1967, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, definió en el apartado a) del párrafo 1 del artículo 1, la discriminación, como: “cualquier distinción, exclusión o preferencia (basada en determinados motivos) que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”

Luego de estudiar las pruebas que obran en el expediente, la Corte encuentra que la negativa de Avianca a proporcionar, costear o auxiliar económicamente a la actora el tratamiento de la disfunción resultante de su parto prematuro con producto no viable, fue una exclusión de la accionante del régimen general de las prestaciones médicas mínimas e irrenunciables, motivada, según el Departamento Médico de Avianca, en consideraciones

económicas, que situó a la señora Rönner en condiciones de desigualdad injustificadas, en comparación con cualquier otro trabajador que, debiendo ser forzosamente afiliado al régimen de los seguros sociales efectivamente lo fue, y frente a sus compañeros masculinos, a quienes sólo puede afectar el que se les niegue el acceso a ese tratamiento médico, en el caso de que sea requerido por sus esposas o compañeras, que no son empleadas de Avianca S.A., como sí lo es la actora.

Concurren así, en este caso, los tres elementos a los que alude la definición de discriminación que consagró el Convenio No. 111: se dio la exclusión de la actora del régimen prestacional mínimo, el motivo fue claramente expresado por el Jefe del Departamento Médico de Avianca al Director de Operaciones de Vuelo de El Dorado: "...la paciente ha venido en tratamiento médico hormonal tratada por médico particular, había solicitado apoyo económico pero se le explicó que la Compañía no podía asumir los elevados costos" (folio 86 del segundo cuaderno). Como consecuencia, se dio una objetiva diferencia de trato entre los trabajadores forzosamente afiliables al régimen de los seguros, que efectivamente fueron afiliados por sus empleadores al Instituto de Seguros Sociales y la actora, que también era forzosamente afiliable y no ingresó al régimen del ISS porque su patrono decidió asumir la seguridad social directamente, al menos para algunos de sus empleados, arrogándose indebidamente la competencia para decidir cuáles prestaciones médicas mínimas del régimen de los seguros sociales le eran costeables y cuáles no. Al decidir que la disfunción de la actora no era enfermedad y, por tanto, no ameritaba ser tratada, el Departamento Médico generó una discriminación basada en el papel que la mujer cumple en la procreación y, como consecuencia de ella, un enriquecimiento indebido.

También aparece claramente probado en el expediente, que la negativa del Departamento Médico de Avianca a validar las incapacidades de la actora, fue originada en la apreciación de que la anovulación no es una enfermedad y que el tratamiento para corregirla no hacía parte de las prestaciones que el derecho a la seguridad social otorgaba a la empleada ("...no se trata de enfermedad, sino de un estado provocado (sic) a lograr otra finalidad como es la ovulación y obtener así (sic) la fecundación" folio 83 del 2° cuaderno). Así se generó una situación de anulación de la igualdad de oportunidades entre la accionante y sus compañeros de trabajo que si estaban afiliados al Instituto de Seguros Sociales

No aparece, en cambio, tan claramente probado en el expediente, que el despido sin justa

causa sea también un acto de discriminación, aunque es explicable que la actora tenga motivos para sospecharlo.

Así como la Corte, en ejercicio de su función de revisión de tutelas, ha recriminado e, incluso, ordenado investigar o completar informes defectuosos provenientes de entes públicos y privados, en este caso tiene que reconocer a la empresa demandada la lealtad procesal con la que atendió los requerimientos de esta Corporación. Sin embargo, no puede dejar de recordarle que no se puede negar a la actora el derecho a obtener una copia de su historia clínica.

7. IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA.

Discurre la demandante, que la duración promedio de un proceso laboral en el Distrito Capital haría nugatorios sus derechos, pues la decisión judicial que ordene su protección demoraría tres o más años. Dado que tiene cuarenta años de edad, esa demora en obtener una decisión judicial sobre su derecho al tratamiento para volver a concebir, le generaría un perjuicio cada vez más irremediable, por cuanto las posibilidades de que el tratamiento tenga éxito, disminuyen a medida que su edad aumenta.

La mayor prontitud para obtener una decisión judicial en firme, por sí sola, no es criterio que pueda determinar la procedencia de la tutela, así se interponga como mecanismo transitorio de protección del derecho, pues su carácter de proceso breve la haría, casi siempre, la vía procesal preferencial. En consecuencia, en el caso que se examina, sólo procedería tutelar los derechos violados, en el caso de que esta acción, como mecanismo transitorio para lograr la efectividad de los derechos constitucionales, fuera más eficaz que el mecanismo judicial de defensa alterno.

La vía más eficaz para el logro de los propósitos de la accionante sería el reintegro a la empresa, que es -justamente- la solicitud que en primer término formuló: que "...se deje sin ningún efecto la orden de despido por parte de Avianca S.A...." y se le ordene "...asumir las obligaciones que ha eludido en cuanto al tratamiento que requiero para normalizar mi estado de salud y para procrear".

Dejar sin ningún efecto el despido injustificado, es decir, ordenar el reintegro de la actora, sólo es posible en virtud de la aplicación de la cláusula 73 de la convención colectiva vigente

entre Avianca S.A. y sus trabajadores (entre los cuales, sólo el personal de vuelo puede reclamar el privilegio consagrado en la citada cláusula). Tratándose entonces de un derecho convencional, corresponde al juez laboral decidir sobre el punto planteado y el juez de tutela, en este caso, se estaría arrogando indebidamente esa competencia si llegare a ordenar el reintegro, pues estaría amparando un derecho de rango convencional y no constitucional.

Que la señora Rönner sea reentrenada, reubicada y que Avianca S.A. asuma las obligaciones que ha eludido en cuanto a su tratamiento, supone que se haya ordenado su reincorporación -lo que corresponde al juez laboral- y únicamente es posible en virtud de la aplicación de las cláusulas 73, 87 y 104 a 110 de la convención colectiva, por lo que también resulta competente para ordenarlo el juez laboral y no el de tutela.

No siendo procedente la acción de tutela para que se ordene el reintegro de la señora Rönner, desaparece la posibilidad de que a través de ella se condene in genere a la demandada al resarcimiento de los perjuicios que pudo haber ocasionado, pues, para que el juez de tutela tenga "...la potestad de ordenar en abstracto la indemnización del daño emergente causado..." (artículo 25 del Decreto 2591 de 1991), se requiere que lo haga en un fallo que declare la procedencia del amparo.

DECISIÓN.

En razón de las consideraciones que anteceden, la Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión de Tutelas, en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

PRIMERO. Confirmar la sentencia del Honorable Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, Sala Civil, fechada el 18 de marzo de 1994, por resultar improcedente la acción de tutela intentada por la actora.

SEGUNDO. Comunicar la presente providencia al Juzgado 29 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, para los efectos del artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Comuníquese, notifíquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

CARLOS GAVIRIA DÍAZ

Magistrado Ponente

JAIME VIDAL PERDOMO

Conjuez

HERNANDO HERRERA VERGARA

Magistrado

Secretaria General