

T-373-98

Sentencia T-373/98

DERECHOS FUNDAMENTALES-Alcance respecto de la falta de universalidad y derechos prestacionales

MUJER EMBARAZADA-Protección constitucional especial

En desarrollo de los postulados del Estado Social de Derecho, la Constitución ha considerado que la mujer en estado de embarazo, conforma una categoría social que, por su especial situación, resulta acreedora de una particular protección por parte del Estado. En consecuencia, se consagran, entre otros, el derecho de la mujer a tener el número de hijos que considere adecuado; a no ser discriminada por razón de su estado de embarazo, a recibir algunos derechos o prestaciones especiales mientras se encuentre en estado de gravidez; y, al amparo de su mínimo vital durante el embarazo y después del parto. Adicionalmente, la especial protección constitucional a la mujer en embarazo se produce con el fin de proteger integralmente a la familia.

DERECHOS FUNDAMENTALES DE MUJER EMBARAZADA-Alcance

Algunos de los derechos constitucionales de la mujer embarazada son, adicionalmente, derechos fundamentales. Así por ejemplo, la jurisprudencia constitucional ha indicado que el derecho a recibir el pago oportuno de la remuneración o del subsidio alimentario cuando ello tiende a la satisfacción del mínimo vital de la mujer embarazada - y, en consecuencia, a la protección integral de la familia y a la adecuada gestación del nasciturus - constituye un derecho constitucional fundamental.

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA-Carácter fundamental

Una interpretación del artículo 13 de la Carta, a la luz de los artículos 43 y 53 del mismo texto, permite afirmar que la mujer embarazada tiene el derecho constitucional fundamental a no ser discriminada en el campo laboral por razón de su estado de gravidez, lo que apareja, necesariamente, el derecho fundamental a no ser despedida por causa del embarazo, es decir, a una estabilidad laboral reforzada o a lo que se ha denominado el "fuero de

maternidad". Agregó la Sala que más allá de los principios de igualdad y de protección a la vida, el respeto a la dignidad de la mujer exige su tutela reforzada, puesto que el estado de gravidez no puede pasar desatendido sin ignorar a la persona humana, lo que se presentaría si el orden jurídico omite tomar en la cuenta dicho estado con el objeto de conceder a la mujer un trato jurídico positivo o si permanece indiferente ante su desconocimiento. En ambos casos, se produce minusvalía de género, que atenta contra la dignidad humana en su más alta expresión.

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO-Reintegro de mujer despedida por embarazo/ACCION DE TUTELA TRANSITORIA-Casos excepcionales de reintegro por despido de mujer embarazada

La acción contenciosa constituye el mecanismo judicial idóneo, no sólo para controvertir la resolución administrativa que declara la insubsistencia sino para conocer, dentro de la plenitud de las garantías del debido proceso, si verdaderamente el despido se produjo por causa del embarazo. Pese a que existe otro medio de defensa judicial, la acción de tutela sería procedente como mecanismo transitorio de defensa si existiera el riesgo de que se consumara una lesión sobre alguno de los derechos fundamentales que están siendo afectados o amenazados. La jurisprudencia constitucional ha entendido que la desvinculación de la mujer embarazada de un determinado cargo o empleo público o privado, no es susceptible de impugnación a través de la acción de tutela, dado que las acciones ordinarias son susceptibles de reparar el daño que puede producir el despido injusto. No obstante, más recientemente la jurisprudencia ha establecido dos excepciones a la regla general antes planteada. En primer lugar, la Corte ha entendido que la desvinculación de la mujer embarazada de su empleo puede ser impugnada mediante la acción de tutela si se trata de proteger el mínimo vital de la futura madre o del recién nacido. En segundo lugar, procede la acción de tutela, pese a la existencia de otro mecanismo ordinario de defensa en aquellos casos en los cuales la cuestión debatida sea puramente constitucional siempre que resulte flagrante la arbitraria transgresión de las normas que le otorgan a la mujer una especial protección y que se produzca un daño considerable.

ACCION DE TUTELA TRANSITORIA DE MUJER EMBARAZADA-Elementos fácticos que deben demostrarse

Los elementos fácticos que deben quedar demostrados para que proceda el amparo transitorio del derecho a la estabilidad laboral reforzada son los siguientes: (1) que el despido o la desvinculación se ocasionó durante el embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto; (2) que la desvinculación se produjo sin los requisitos legales pertinentes para cada caso; (3) que el empleador conocía o debía conocer el estado de embarazo de la empleada o trabajadora; (4) que el despido amenaza el mínimo vital de la actora o que la arbitrariedad resulta evidente y el daño que aparece es devastador.

ACCION DE TUTELA-Improcedencia sobre asuntos que requieran debate judicial sometido a plenitud de garantías

La acción de tutela se caracteriza por ser un procedimiento preferente y sumario que, si bien contiene ciertas garantías mínimas y necesarias para la validez constitucional de un proceso judicial, sin embargo, no está sometido a la amplitud y al rigorismo de otros debates judiciales que admiten una mayor participación de las partes y un más amplio despliegue de sus derechos procesales. No obstante, la arbitrariedad judicial se controla en la medida en que el juez constitucional exija, dentro de las características propias de cada caso, una prueba suficiente del dicho del actor y permita que la contraparte controvierta, dentro de un plazo muy breve, las pruebas aportadas. Sin embargo, si se debaten cuestiones que deben someterse a la mas amplia controversia judicial y no existe una plena prueba de las afirmaciones de las partes, lo cierto es que el juez de tutela debe abstenerse de adoptar una decisión que pueda afectar, sin un fundamento fáctico suficiente, derechos legales o constitucionales de alguna de las personas trabada en la litis judicial.

Si la mujer embarazada informa oportunamente sobre su estado al servidor público que razonablemente crea que debe conocerlo y si, pese a ello, se produce, sin motivación suficiente, durante el embarazo o dentro de los tres meses después del parto, la insubsistencia de su nombramiento, y si todo lo anterior puede ser fácilmente demostrado y no resulta desvirtuado en el procedimiento de tutela, deberá, en consecuencia, - siempre que se demuestren los restantes requisitos de procedencia de la acción - otorgarse el amparo constitucional y ordenarse el reintegro de la actora al mismo cargo o a uno de igual o superior jerarquía. No obstante, como lo ha reiterado esta Corporación, la tutela no es el mecanismo idóneo para solicitar el pago de los emolumentos dejados de percibir o la indemnización a la que eventualmente hubiere lugar. Si por el contrario, no existe una

prueba material o una demostración controlable que induzca claramente el sentido de la decisión de tutela será necesario que la cuestión que se debate sea sometida a un juicio en el que las partes puedan ejercer a plenitud cada uno de los derechos procesales que el ordenamiento les otorga.

Julio 22 de 1998

Referencia: Expediente T-161529

Actor: Vivian María Campo Hernández

Temas:

Derechos constitucionales de la mujer en estado de embarazo

Procedencia de la acción de tutela para solicitar el reintegro de la mujer que ha sido despedida por razón de su estado de embarazo

Magistrado Ponente:

Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Eduardo Cifuentes Muñoz, Carlos Gaviria Díaz y José Gregorio Hernández Galindo, ha pronunciado

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

la siguiente

S E N T E N C I A

En el proceso de tutela T-161529 adelantado por VIVIAN MARIA CAMPO HERNANDEZ contra el INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO -INPEC-

ANTECEDENTES

1. El 22 de enero de 1998, la señora Vivian María Campo Hernández interpuso acción de tutela ante el Juzgado 3° Civil del Circuito de Sincelejo (Sucre), contra el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC -, por considerar que este establecimiento vulneró sus derechos fundamentales a la igualdad (C.P., artículo 13), al trabajo (C.P., artículo 25) y al debido proceso (C.P., artículo 29) y el derecho fundamental a la vida (C.P., artículo 11) del hijo que espera.

La actora manifestó que, desde el 23 de abril de 1996, fue vinculada por la entidad demandada al cargo de directora de la Cárcel del Distrito Judicial de Sincelejo, empleo que desempeñó - en forma ejemplar - hasta el 5 de diciembre de 1997, fecha en la cual, mediante Resolución N° 4915 de noviembre 28 de 1997, fue declarada su insubsistencia. Señaló que, al momento de ser desvinculada del servicio, se encontraba en estado de embarazo, el cual acreditó plenamente ante el INPEC mediante comunicaciones fechadas los días 13 de noviembre y 3 de diciembre de 1997.

En su opinión, la declaratoria de insubsistencia, “sin razón alguna y estando en embarazo, con trece semanas aproximadamente, (...) atenta contra los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política de Colombia, en los tratados internacionales y en las leyes vigentes que protegen a la mujer en estado de embarazo y en la crianza del nonato”. Señaló que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha estimado que vulneran los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso aquellas desvinculaciones del cargo que no obedecen a una sanción disciplinaria y que afectan a una mujer en estado de embarazo. Agregó que, la actuación de la demandada, le ha ocasionado un grave perjuicio, “toda vez que me ha privado a mí y a mi familia de los medios de subsistencia que estaban concretizados en el cargo que venía desempeñando ante dicha institución amén de no tener motivos para mi desvinculación en forma unilateral”. Adicionalmente, la actora señaló que no le ha sido cancelada la indemnización por estado de embarazo de que tratan los artículos 236 y 239 del Código Sustantivo del Trabajo y que el nonato que lleva en su vientre “se está formando con afecciones psíquicas tremendas debido al estrés constante en que vivo debido a mi desvinculación”.

Con base en lo anterior, solicitó: (1) que se ordene al director general del INPEC que le sean cancelados los intereses y salarios y demás derechos dejados de cancelar desde el día en que fue declarada insubsistente hasta el día del nacimiento del hijo que espera, junto con las

indemnizaciones e intereses respectivos, así como el valor de la licencia de maternidad a que tiene derecho; y, (2) que se tutelen los derechos fundamentales a la vida, a la igualdad y al trabajo de la mujer embarazada y del menor en gestación, respectivamente, ordenando a la dirección general del INPEC su reintegro al cargo de directora de la Cárcel del Distrito Judicial de Sincelejo.

2. Mediante oficio fechado el 29 de enero de 1998, la dirección general del INPEC manifestó al juzgado de tutela que, según lo dispuesto por el artículo 10 del Decreto 407 de 1994, los empleos de director de establecimiento carcelario son de libre nombramiento y remoción del director general del INPEC. De igual forma, informó que al momento de expedirse la resolución por medio de la cual se declaró la insubsistencia de la actora el INPEC desconocía que ésta se encontraba en estado de gravidez.

Sobre este particular, indicó que “la expedición del acto administrativo de insubsistencia se realizó conforme a derecho y dentro del formalismo simplista que caracteriza los actos discrecionales ya que contra ellos no proceden los recursos de reposición, apelación y queja, previstos en la vía gubernativa por el artículo 50 del C.C.A., por lo que no puede alegarse violación del debido proceso, ni vulneración del derecho a la igualdad, cuando se desconocía por voluntad o negligencia de la interesada su estado de embarazo, circunstancia ésta que es la que exige por mandato legal, formalismos especiales de la decisión administrativa”. Puntualizó que “no puede afirmarse que la decisión de cesar a la accionante en el servicio obedezca a su embarazo, aunque esta es una presunción legal, se encuentra ya dentro de la acción, desvirtuada, pues la accionante dio a conocer su gestación sólo hasta el día 9 de diciembre de 1997, es decir, cinco días después de la notificación de la Resolución N° 4915 de noviembre de 1997”.

Por último, la entidad demandada manifestó que, en el presente caso, la acción de tutela es improcedente, como quiera que la demandante puede controvertir la resolución de insubsistencia ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, por medio de la acción consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo. Así mismo, señaló que “el simple menoscabo económico transitorio” no constituye un perjuicio irremediable que autorice la procedencia transitoria del amparo constitucional.

3. Por providencia de febrero 5 de 1998, el Juzgado 3° Civil del Circuito de Sincelejo, denegó,

por improcedente, la acción de tutela interpuesta por Vivian María Campo Hernández contra el INPEC.

A juicio del fallador, “la pretensión de la peticionaria puede ser atacada por medio del ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo. Con esta acción la peticionaria puede obtener no sólo la nulidad de la Resolución N° 4915 de noviembre de 1997, mediante la cual fue declarada insubsistente, sino el restablecimiento del derecho lesionado, como sería el reintegro del cargo y el reconocimiento y pago de los derechos laborales dejados de devengar mientras permanezca fuera del servicio”.

4. La demandante impugnó la decisión de primera instancia e invocó la sentencia C-470 de 1997, proferida por la Corte Constitucional, en la cual se protegió la estabilidad laboral de la mujer embarazada tanto en el sector privado como en el sector público, en el sentido de que durante el embarazo y los tres meses siguientes a éste las empleadas sólo podrán ser retiradas por justa causa comprobada y con autorización del inspector del trabajo o por resolución motivada del jefe del respectivo organismo, si se trata de servidora estatal.

En relación con los argumentos del juzgador de primera instancia, la actora consideró que “en mi caso particular deben tutelarse los derechos fundamentales invocados con el objeto de evitar un perjuicio irremediable, ya que la formación del ser que está por nacer no puede desarrollarse bajo el estrés constante que produce la desvinculación de mi empleo que es la única fuente de subsistencia. Ahora bien el estado de gravidez sólo dura nueve meses y el proceso administrativo de nulidad y restablecimiento del derecho no se define en un término menor de cuatro años, pues se trata de un proceso ordinario contra una entidad del Estado con consulta obligatoria. (...) [E]l perjuicio irremediable lo constituye mi estado de embarazo, el cual es perentorio e inaplazable y el hecho de verse afectado con toda esa suma de situaciones angustiosas que se derivan a partir de la declaratoria de insubsistencia”.

5. La Sala Segunda del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo, mediante sentencia de marzo 6 de 1998, confirmó el fallo a-quo.

A juicio del ad-quem, la protección constitucional a la mujer embarazada no otorga un derecho concreto ni prestaciones específicas sino que establece pautas para que el legislador desarrolle tal protección. De igual forma, el Tribunal consideró que la sentencia C-470 de

1997, proferida por la Corte Constitucional, “no tuvo en cuenta que la presunción [de despido injusto de la mujer embarazada] establecida en dichos estatutos [artículo 241 C.S.T. y artículo 21 del Decreto 3135 de 1968] es de tipo ‘legal’ y no juris et de jure, y corresponde a la empleada noticiar de su estado [de embarazo] al empleador para que emerja con efectos dicha presunción, salvo que éste último la conozca plenamente. La distinción conduce a concluir, entonces, que el reintegro de la mujer trabajadora despedida por causa del embarazo es un derecho de consagración legal y no constitucional existiendo varias vías judiciales idóneas para lograr su cometido”. Así, el juicio laboral ordinario o el proceso contencioso administrativo de nulidad y restablecimiento del derecho para debatir y reconocer las consecuencias derivadas del despido de una trabajadora en estado de gravidez.

De otro lado, el fallador de segunda instancia estimó que no existe perjuicio irremediable cuando el que se invoca es un derecho de carácter programático, tal como la protección que depara la Constitución Política a la mujer en estado de embarazo. Además, según dispone el artículo 1°-a) del Decreto 306 de 1992, no se genera un perjuicio irremediable cuando el derecho invocado puede ser restablecido mediante el reintegro del actor al cargo que ocupaba. Por último, el ad-quem señaló que la acción de tutela no puede proceder, como quiera que éste no es el proceso judicial apropiado para determinar si el empleador conocía el estado de embarazo de su subordinada y si éste lo puso al corriente de tal estado en forma oportuna y adecuada.

La anterior decisión fue enviada a la Corte Constitucional para su eventual revisión y, al ser seleccionada, correspondió a esta Sala su conocimiento.

## FUNDAMENTOS

1. La actora interpuso acción de tutela contra el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC – por considerar que esta entidad violó sus derechos fundamentales a la igualdad (C.P. art. 13), al trabajo (C.P. art. 25) y al debido proceso (C.P. art. 29) ) y el derecho fundamental a la vida (C.P., artículo 11) del hijo que espera. Origina su demanda el hecho de que el 28 de noviembre de 1997, mediante resolución N° 4915, fue declarada la insubsistencia de su cargo como directora de la Cárcel del Distrito Judicial de Sincelejo, pese a que, según indica, desde el día 13 del mismo mes, acreditó ante el INPEC que se

encontraba embarazada. Alega que el despido se realizó por razón de su estado de gravidez, lo que se demuestra, entre otras cosas, en el hecho de que la resolución de insubsistencia carezca de motivación. En consecuencia, solicita: (1) el pago de la remuneración que ha dejado de recibir; (2) las indemnizaciones correspondientes a este tipo de despido y; (3) el reintegro al cargo que venía ocupando.

A su turno, la Dirección General del INPEC manifestó que los empleos de director de establecimiento carcelario son de libre nombramiento y remoción del Director de la entidad y, por lo tanto, por regla general, la resolución de insubsistencia de los correspondientes nombramientos no requiere motivación alguna. Indicó que, al momento de producirse la resolución cuestionada por la actora, el INPEC desconocía que ésta se encontrase en estado de gravidez, razón por la cual se produjo “conforme a derecho y dentro del formalismo simplista que caracteriza los actos discrecionales”. Añadió que la presunción de que la desvinculación se originó a raíz del embarazo de la empleada, se encuentra desvirtuada, en la medida en que la actora “dio a conocer su gestación sólo hasta el 9 de diciembre de 1997, es decir, cinco días después de la notificación de la Resolución N° 4915 de noviembre de 1997”. Por último, afirmó que la acción de tutela es improcedente en la medida en que existe otro medio de defensa judicial.

Los jueces de instancia negaron el amparo solicitado. En su criterio, existe otro mecanismo de defensa judicial consistente en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra la resolución que declaró la insubsistencia del nombramiento de la actora. Señalan que a través de este medio puede lograrse tanto el reintegro al cargo que venía ejerciendo como el reconocimiento y pago de los emolumentos dejados de percibir y las indemnizaciones a las que hubiere lugar. Adicionalmente, el Tribunal de segunda instancia indicó que la protección constitucional a la mujer embarazada no se traduce en el reconocimiento de un derecho constitucional fundamental, pues aquella se encuentra en normas de contenido programático - como los artículos 43 y 53 de la Carta - que se contraen a imponer al legislador la obligación de desarrollarlas. Añadió que, tratándose de un derecho constitucional no fundamental, de contenido programático, no puede hablarse de un perjuicio irremediable de aquellos que comportan la procedencia de la acción de tutela. Por último, alegó que la acción de tutela no procede, como quiera que mediante la misma no es posible precisar si el empleador conocía el estado de embarazo de la actora, para lo cual es necesario un debate judicial sometido a todas las garantías legales y constitucionales del debido proceso.

2. A la luz de los antecedentes planteados, debe la Sala definir, en primer lugar, si la protección constitucional a la mujer embarazada se traduce en algún derecho fundamental y, en especial, si la empleada pública sometida al régimen de libre nombramiento y remoción tiene derecho constitucional fundamental a no ser desvinculada de su cargo por razón de su embarazo. Si la respuesta a la cuestión planteada resulta positiva, deberá la Sala estudiar si, pese a ser titular de un derecho constitucional fundamental, la empleada pública que cree haber sido declarada insubsistente por causa de su estado de gravidez, puede acudir a la acción de tutela para solicitar la protección de su derecho o si, por el contrario, existe otro mecanismo judicial idóneo para obtener la misma finalidad. Sólo si los dos interrogantes planteados fueren absueltos positivamente, sería conducente entrar a estudiar el fondo de la controversia planteada por la actora.

#### Derechos fundamentales de la mujer en estado de embarazo

3. Para resolver la cuestión planteada se pregunta la Sala, en primer lugar, si la Constitución le otorga a la mujer en estado de embarazo algún tipo de protección iusfundamental.

4. Podría, eventualmente, sostenerse que sólo es un verdadero derecho fundamental aquel que se predica de toda persona sin excepción, vale decir, aquel que se confiere - o reconoce - a todo ser humano, con independencia de su género, su condición social, racial o económica. Si ello fuera cierto, mal podría afirmarse que la mujer y, en especial, la mujer embarazada, es, en razón de su estado, titular de particulares y específicos derechos fundamentales. No obstante, la tesis según la cuál sólo son fundamentales los derechos universales carece, absolutamente, de respaldo en el constitucionalismo social. Ciertamente, este último constituye un sistema en el cual se reconoce que la defensa de ciertos bienes jurídicos que interesan a todas las personas sólo puede satisfacerse si se confieren a quienes integran determinadas categorías sociales, derechos específicos y diferenciados. En otras palabras, el nuevo modelo no supone que la realización de los valores que justifican la existencia del Estado - como la libertad y la igualdad -, se alcance mediante el reconocimiento general y abstracto a todos los seres humanos sometidos a la jurisdicción nacional, de los mismos derechos y obligaciones. En especial, el constitucionalismo contemporáneo reconoce que, para que todos los miembros de la sociedad cuenten con un nivel suficiente de autonomía, ciertos sectores de la población - como por ejemplo, las mujeres en estado de embarazo -, merecen una especial protección, la que incluso puede

llegar a consistir en la consagración de derechos fundamentales cuyos titulares son exclusivamente sus miembros.

Pese a que se aceptare la doctrina anterior – consustancial al Estado social de Derecho – podría argumentarse que sólo resultan fundamentales aquellos derechos constitucionales que no implican una erogación o un coste económico a cargo del Estado o de los particulares. En este sentido, derechos de igualdad sustancial que pueden aparejar costos – públicos o privados – serían derechos constitucionales no fundamentales cuya eficacia se delega a los órganos de representación política. Se trataría justamente, de aquellos derechos denominados derechos de desarrollo progresivo, que no son directamente aplicables por el poder judicial. No obstante, una tal reducción resulta inaceptable. Como ya lo ha mencionado la Corte, la clasificación entre derechos de libertad y derechos de prestación no es, en sí misma, adecuada para definir si un derecho constitucional es fundamental. En efecto, existen derechos fundamentales que necesariamente exigen, para su vigencia, erogaciones públicas, como el derecho a la asistencia letrada, el derecho a la educación básica o el núcleo esencial del derecho de acceso a la justicia. En este sentido, mal puede afirmarse que el hecho de que la protección de un determinado derecho implique un costo público o privado inmediatamente le resta el carácter de derecho fundamental.

En síntesis, ni la naturaleza prestacional de los derechos que alega la actora, ni su falta de universalidad, constituyen argumentos suficientes para afirmar que no se trata de derechos fundamentales. No obstante, tales características tampoco inducen, necesariamente, a la conclusión contraria. Es necesario, en consecuencia, seguir indagando sobre la naturaleza de los derechos que fundamentan la presente acción de tutela.

5. En desarrollo de los postulados del Estado Social de Derecho, la Constitución ha considerado que la mujer en estado de embarazo, conforma una categoría social que, por su especial situación, resulta acreedora de una particular protección por parte del Estado. En consecuencia, se consagran, entre otros, el derecho de la mujer a tener el número de hijos que considere adecuado (C.P. art. 16 y 42); a no ser discriminada por razón de su estado de embarazo (C.P. art. 13, 43 y 53), a recibir algunos derechos o prestaciones especiales mientras se encuentre en estado de gravidez (C.P. art. 43 y 53); y, al amparo de su mínimo vital durante el embarazo y después del parto (C.P. art. 1, 11, 43).<sup>1</sup> Adicionalmente, la especial protección constitucional a la mujer en embarazo se produce con el fin de proteger

integralmente a la familia (C.P. art. 42).

La Corte se ha pronunciado reiteradamente sobre el plexo de derechos constitucionales que constituyen la especial protección de la mujer en embarazo y el derecho correspondiente a la estabilidad en el empleo. En este sentido, es relevante, pese a su extensión, transcribir un aparte de la sentencia C-470/97, en el cual la Sala Plena de la Corporación indicó:

“La protección constitucional a la maternidad y la estabilidad en el empleo.

5- La protección a la mujer embarazada y a la madre tiene múltiples fundamentos en nuestro ordenamiento constitucional. Así, de un lado, se trata de lograr una igualdad efectiva entre los sexos, por lo cual, el artículo 43, que establece esa cláusula específica de igualdad, agrega que la mujer, “durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada.” Esto significa que el especial cuidado que la Carta ordena en favor de la mujer embarazada es, en primer término, un mecanismo para amparar la dignidad y los derechos a la igualdad y al libre desarrollo de las mujeres (CP arts 1º, 13 y 43), pues el hecho de la maternidad había sido en el pasado fuente de múltiples discriminaciones contra las mujeres, por lo cual la Carta de 1991 estableció, como la Corte ya tuvo la oportunidad de destacarlo, que esta condición natural y especial de las mujeres, “que por siglos la colocó en una situación de inferioridad, sirve ahora para enaltecerla<sup>2</sup>”. En efecto, sin una protección especial del Estado a la maternidad, la igualdad entre los sexos no sería real y efectiva, y por ende la mujer no podría libremente elegir ser madre, debido a las adversas consecuencias que tal decisión tendría sobre su situación social y laboral.

De otro lado, la Constitución protege a la mujer en estado de gravidez debido a la importancia que ocupa la vida en el ordenamiento constitucional (CP Preámbulo y arts 2º, 11 y 44), a tal punto que, como esta Corte ya lo ha destacado, el nasciturus recibe amparo jurídico en nuestro ordenamiento. Por ello la mujer en estado de embarazo es también protegida en forma preferencial por el ordenamiento como “gestadora de la vida” que es<sup>3</sup>.

En tercer término, y como obvia consecuencia de las anteriores consideraciones, la Constitución no sólo tutela a la mujer embarazada sino a la madre (CP art. 43), no sólo como un instrumento para un mayor logro de la igualdad entre los sexos sino, además, como un mecanismo para proteger los derechos de los niños, los cuales, según expreso mandato

constitucional, prevalecen sobre los derechos de los demás (CP art. 44). En efecto, de esa manera se pretende que la mujer pueda brindar la necesaria atención a sus hijos, sin que por ello sea objeto de discriminaciones en otros campos de la vida social, como el trabajo, con lo cual se “busca garantizar el buen cuidado y la alimentación de los recién nacidos”<sup>4</sup>.

Finalmente, este especial cuidado a la mujer embarazada y a la madre es también expresión de la centralidad que ocupa la familia en el orden constitucional colombiano, ya que ésta es la institución básica de la sociedad, por lo cual recibe una protección integral de parte de la sociedad y del Estado (CP art. 5º y 42). En efecto, si la mujer que va a tener un hijo, o la madre que acaba de tenerlo, no recibieran un apoyo específico, los lazos familiares podrían verse gravemente afectados.

Estos múltiples fundamentos constitucionales muestran que, tal y como la Corte lo ha indicado en reiteradas oportunidades<sup>5</sup>, la mujer embarazada y su hijo gozan de la especial protección del Estado y de la sociedad, lo cual tiene una consecuencia jurídica importante: el ordenamiento jurídico debe brindar una garantía especial y efectiva a los derechos de la mujer que va a ser madre, o que acaba de serlo.”<sup>6</sup>

6. La sentencia de segunda instancia que se revisa, advierte que los derechos constitucionales que protegen a la mujer embarazada no son de naturaleza fundamental. A este respecto, puede fácilmente advertirse que, en principio se trata de derechos programáticos que imponen al legislador el mandato de desarrollarlos y garantizarlos de manera plena y eficaz, pero dentro de los márgenes de discrecionalidad que el principio democrático le reconoce. Ciertamente, el legislador es el encargado de establecer, entre otras cosas, el tiempo del descanso remunerado después del parto y las prestaciones y derechos especiales que tiene la mujer trabajadora que queda en estado de embarazo.

No obstante, como lo ha señalado la Corte, algunos de los derechos constitucionales de la mujer embarazada son, adicionalmente, derechos fundamentales. Así por ejemplo, la jurisprudencia constitucional ha indicado que el derecho a recibir el pago oportuno de la remuneración o del subsidio alimentario cuando ello tiende a la satisfacción del mínimo vital de la mujer embarazada - y, en consecuencia, a la protección integral de la familia y a la adecuada gestación del nasciturus - constituye un derecho constitucional fundamental<sup>7</sup>.

En las condiciones planteadas se pregunta la Corte si la mujer embarazada, tiene derecho

constitucional fundamental a no ser desvinculada de su empleo por razón de su estado de gravidez.

7. La jurisprudencia constitucional ha reiterado que la mujer embarazada tiene un derecho constitucional a una “estabilidad laboral reforzada”<sup>8</sup>. Este derecho parte del reconocimiento de que la gestación de un hijo puede dar lugar a graves medidas de discriminación laboral en contra de la futura madre, por las complicaciones y costos que, en términos administrativos y financieros, ello puede generar. No obstante, a la luz de la Constitución, puede afirmarse que resulta equitativo que sea la sociedad – y no la futura madre – quien deba absorber las dificultades que implican la gestación y el parto y, en consecuencia, el Estado está en la obligación de fortalecer o reforzar los mecanismos que aseguran, entre otras cosas, la estabilidad en el empleo de la mujer embarazada. En este sentido, la Corporación ha indicado, por ejemplo, que el despido de la mujer por razón de su estado de gestación es ineficaz y, por lo tanto, procede el reintegro además del pago de los emolumentos dejados de recibir y las indemnizaciones a las que haya lugar<sup>9</sup>.

8. El derecho a no ser discriminada por razón del embarazo – del cual surge el derecho a una estabilidad laboral reforzada –, se encuentra consagrado, entre otros, en los artículos 43 y 53 de la Constitución. En este sentido se ha afirmado que el mismo no constituye un derecho constitucional fundamental, pues las mencionadas normas establecen derechos sociales o económicos de naturaleza programática. No obstante, tal afirmación ignora que el derecho a no ser discriminada a causa del embarazo se deriva del derecho fundamental a la no discriminación por razón de género, consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política. Por consiguiente, debe sostenerse que la estabilidad reforzada a la que se ha hecho referencia no es sino una derivación del derecho fundamental a la igualdad de la mujer embarazada<sup>10</sup>.

Ahora bien, es necesario advertir que la anterior no ha sido siempre la posición de la jurisprudencia constitucional. En efecto, en los inicios de la Corte, algunas decisiones de tutela negaron el contenido iusfundamental del derecho a la estabilidad en el empleo de la mujer embarazada<sup>11</sup>. Sin embargo, en posteriores decisiones de tutela, pero especialmente a partir de la sentencia C-470/97 la Sala Plena unificó la jurisprudencia en el sentido de afirmar que dicho derecho se sustenta, entre otros fundamentos, en el derecho a la igualdad, lo que reitera su carácter de derecho fundamental. En efecto, en la citada decisión, la Corte

indicó: “En cambio, la protección a la mujer embarazada tiene otro fundamento constitucional, a saber la búsqueda de una igualdad real y efectiva entre los sexos y la protección de la maternidad, la vida, la familia y el cuidado de los niños (CP arts 5º, 13, 42, 43 y 44)”<sup>12</sup>.

En suma, una interpretación del artículo 13 de la Carta, a la luz de los artículos 43 y 53 del mismo texto, permite afirmar que la mujer embarazada tiene el derecho constitucional fundamental a no ser discriminada en el campo laboral por razón de su estado de gravidez, lo que apareja, necesariamente, el derecho fundamental a no ser despedida por causa del embarazo, es decir, a una estabilidad laboral reforzada o a lo que se ha denominado el “fuero de maternidad”<sup>13</sup>. Agregó la Sala que más allá de los principios de igualdad y de protección a la vida, el respeto a la dignidad de la mujer exige su tutela reforzada, puesto que el estado de gravidez no puede pasar desatendido sin ignorar a la persona humana, lo que se presentaría si el orden jurídico omite tomar en la cuenta dicho estado con el objeto de conceder a la mujer un trato jurídico positivo o si permanece indiferente ante su desconocimiento. En ambos casos, se produce minusvalía de género, que atenta contra la dignidad humana en su más alta expresión.

9. En desarrollo de la especial protección a la mujer embarazada, del derecho a una estabilidad laboral reforzada y del llamado “fuero de maternidad”, el legislador ha establecido una presunción de discriminación, en todos aquellos casos en los cuales el despido se produce durante el embarazo o dentro de los tres (3) meses después del parto y sin los requisitos legales o reglamentarios pertinentes. Según lo dispuesto en los artículos 239 y subsiguientes del C.S.T., 2 de la Ley 197 de 1938, 26 del Decreto 2400 de 1968, 21 del Decreto 3135 de 1968, la regla mencionada se aplica tanto a la mujer que tiene un contrato de trabajo, como a la servidora pública, sin importar si se encuentra sometida al régimen de carrera administrativa o de libre nombramiento y remoción.

En virtud de las disposiciones precitadas, se presume que la desvinculación de la trabajadora o empleada, se ha efectuado por motivo del embarazo o lactancia, si se produce sin justificación suficiente y razonable en los términos de la ley y, dentro del embarazo o de los tres meses posteriores al parto. Si, en los eventos mencionados, el empleador o nominador no puede justificar adecuadamente su decisión, quedará obligado a reintegrar a la mujer a su puesto de trabajo y a pagarle los emolumentos e indemnizaciones a que haya lugar.

Sin embargo, como es ampliamente conocido, para que proceda la acción de tutela no basta con que se encuentre conculcado o amenazado un derecho que, como la igualdad, tiene carácter de derecho fundamental. En efecto, entre otros requisitos de procedibilidad, se exige que no exista otro medio de defensa judicial que, de manera idónea y eficaz, sirva para reparar o evitar la lesión iusfundamental. Entra la Sala a estudiar si, en el presente caso, existe otro mecanismo de defensa y si, de existir, resulta necesaria la procedencia de la acción constitucional para evitar la consumación de un perjuicio sobre los derechos fundamentales que pueden estar siendo violados o amenazados.

#### Existencia de otro medio de defensa judicial

10. Las decisiones bajo revisión, coinciden en afirmar que, en el presente caso, la acción de tutela es improcedente en la medida en que existe otro mecanismo de defensa judicial cuya utilización no arriesga la integridad de los derechos fundamentales eventualmente comprometidos. Entra la Sala a estudiar esta precisa cuestión.

Efectivamente, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, constituye un mecanismo judicial idóneo para controvertir la resolución que declaró insubsistente el nombramiento de la actora. Como lo ha indicado la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado<sup>14</sup>, el nominador no puede válidamente ejercer la facultad de libre nombramiento y remoción para retirar del servicio a una mujer por el hecho de que esta se encuentre en estado de embarazo. Por lo tanto, si profiere la resolución de insubsistencia, debe motivarla exponiendo “la justa causa que obliga al retiro” so pena de que, mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, se ejerza el respectivo control judicial y se ordene tanto el reintegro<sup>15</sup> como el pago de los sueldos y prestaciones dejados de devengar y de la correspondiente indemnización. En suma, la acción contenciosa referida constituye el mecanismo judicial idóneo, no sólo para controvertir la resolución administrativa que declara la insubsistencia sino para conocer, dentro de la plenitud de las garantías del debido proceso, si verdaderamente el despido se produjo por causa del embarazo.

11. Ahora bien, pese a que existe otro medio de defensa judicial, la acción de tutela sería procedente como mecanismo transitorio de defensa si existiera el riesgo de que se consumara una lesión sobre alguno de los derechos fundamentales que están siendo

afectados o amenazados. Es necesario, en consecuencia, analizar si, en el presente caso, la tutela es conducente como mecanismo transitorio para evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental.

12. La jurisprudencia constitucional ha entendido que la desvinculación de la mujer embarazada de un determinado cargo o empleo público o privado, no es susceptible de impugnación a través de la acción de tutela, dado que las acciones ordinarias son susceptibles de reparar el daño que puede producir el despido injusto<sup>16</sup>. No obstante, más recientemente la jurisprudencia ha establecido dos excepciones a la regla general antes planteada.

En primer lugar, la Corte ha entendido que la desvinculación de la mujer embarazada de su empleo puede ser impugnada mediante la acción de tutela si se trata de proteger el mínimo vital de la futura madre o del recién nacido. Esta regla se refiere, por ejemplo, a aquellas mujeres cabeza de familia ubicadas dentro de la franja de la población más pobre, discapacitadas o, en general, con serias dificultades para insertarse nuevamente en el mercado laboral, para quienes el salario, el subsidio alimentario o de maternidad o, en general, los beneficios económicos que pueden desprenderse del contrato de trabajo, son absolutamente imprescindibles para satisfacer sus necesidades básicas y las de su familia. En estos casos, la discriminación por parte del patrono, apareja una vulneración de las mínimas condiciones de dignidad de la mujer quien, al ser desvinculada de su empleo, no esta en capacidad de garantizar la adecuada gestación del nasciturus ni la satisfacción de los bienes más elementales para sí misma o para los restantes miembros de su familia. Si se presentan las anteriores condiciones, nada obsta para que pueda proceder la acción de tutela como mecanismo transitorio de protección, ya no sólo de la igualdad, sino del mínimo vital de la mujer afectada<sup>17</sup>.

En segundo lugar, procede la acción de tutela, pese a la existencia de otro mecanismo ordinario de defensa en aquellos casos en los cuales la cuestión debatida sea puramente constitucional<sup>18</sup> siempre que resulte flagrante la arbitraria transgresión de las normas que le otorgan a la mujer una especial protección (C.P. art. 13, 44, 43, 53) y que se produzca un daño considerable. En efecto, no existe en estos eventos una razón suficiente para postergar la protección transitoria del derecho fundamental que está siendo vulnerado, pues tal postergación, - atendiendo, entre otras cosas, al ciclo biológico de la mujer, las dificultades

que tiene una persona embarazada para vincularse nuevamente en el mercado laboral y, en general, consideraciones sociológicas que demuestran la fuerte restricción de la autonomía de la mujer que carece de ingresos propios durante la gestación y los primeros meses después del parto -, no hace otra cosa que desestimular decididamente la opción de la maternidad y, en consecuencia, restringir dramáticamente el libre desarrollo de la personalidad de las mujeres. En consecuencia, si la cuestión debatida es puramente constitucional, si la violación de las normas que confieren una especial protección a la mujer embarazada es clara y contundente - vgr. en la hipótesis -, de que se hubieren aportado, de oficio o a petición de las partes, pruebas claras e incontrovertibles de la discriminación - y si salta a la vista la gravedad del daño producido por tan evidente arbitrariedad, nada obsta para que se conceda el amparo constitucional.

La viabilidad del debate probatorio sobre la debida notificación en el contexto de la acción de tutela

13. Se ha demostrado que los derechos alegados por la actora tienen el carácter de derechos fundamentales y que la acción de tutela procede para solicitar su defensa si se verifica alguna de las dos hipótesis mencionada en el fundamento jurídico anterior. No obstante, ante la procedencia de la acción de tutela en casos como el presente, la sentencia de segunda instancia que se revisa, plantea una última objeción de suma importancia. En su criterio, la demostración de los elementos fácticos que permitirían conceder la protección del derecho a la estabilidad en el empleo de la mujer embarazada, requiere de un debate judicial sometido a la plenitud de las garantías del debido proceso, lo que en verdad no ocurre dentro del proceso preferente y sumario al que esta sometido la acción de tutela.

Como fue mencionado con anterioridad, los elementos fácticos que deben quedar demostrados para que proceda el amparo transitorio del derecho a la estabilidad laboral reforzada son los siguientes: (1) que el despido o la desvinculación se ocasionó durante el embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto; (2) que la desvinculación se produjo sin los requisitos legales pertinentes para cada caso; (3) que el empleador conocía o debía conocer el estado de embarazo de la empleada o trabajadora; (4) que el despido amenaza el mínimo vital de la actora o que la arbitrariedad resulta evidente y el daño que aparece es devastador.

Si lo que se evalúa es la declaración de insubsistencia de una empleada de libre nombramiento y remoción, los dos primeros elementos no son difíciles de demostrar. En efecto, si la actora se encuentra en estado de embarazo o dentro de los tres meses después del parto, nada obsta para que aporte el correspondiente certificado médico. Respecto a la fecha de la desvinculación y a la motivación de la decisión cuestionada, basta con solicitar a la administración copia del acto respectivo. No obstante, el tercer elemento no resulta de tan fácil demostración. Ciertamente, probar que el patrono conocía o debía conocer el estado de embarazo de la actora puede ser tan sencillo como aportar, por ejemplo, la correspondiente notificación con el sello de recibido o, tan difícil, como que no exista un elemento que sirva de plena prueba y sea entonces necesario recurrir a pruebas de otra naturaleza que deban ser sometidas a una controversia judicial.

La acción de tutela se caracteriza por ser un procedimiento preferente y sumario que, si bien contiene ciertas garantías mínimas y necesarias para la validez constitucional de un proceso judicial, sin embargo, no está sometido a la amplitud y al rigorismo de otros debates judiciales que admiten una mayor participación de las partes y un más amplio despliegue de sus derechos procesales. No obstante, la arbitrariedad judicial se controla en la medida en que el juez constitucional exija, dentro de las características propias de cada caso, una prueba suficiente del dicho del actor y permita que la contraparte controvierta, dentro de un plazo muy breve, las pruebas aportadas. Sin embargo, si se debaten cuestiones que deben someterse a la más amplia controversia judicial y no existe una plena prueba de las afirmaciones de las partes, lo cierto es que el juez de tutela debe abstenerse de adoptar una decisión que pueda afectar, sin un fundamento fáctico suficiente, derechos legales o constitucionales de alguna de las personas trabada en la litis judicial.

La regla anterior, aplicada a casos como el presente, le exige a la actora que demuestre suficientemente que el nominador conocía o debía conocer su estado de embarazo. Así, a título de ilustración, si la desvinculación sucede cuando la mujer está en el octavo mes de gestación, su estado es de público conocimiento y el nominador tiene algún contacto - directo o indirecto - con ella, pues podrá fácilmente suponerse que aquel tenía conocimiento de la situación. Pero si no se dan circunstancias como las anotadas, si el nominador no tiene contacto con la empleada, si esta se encuentra dentro de los primeros meses del embarazo en el que los cambios fisiológicos no son claros ni evidentes y, por ejemplo, no existe una prueba de que la empleada comunicó a su superior, al nominador o al servidor que

considerara competente, el estado en el que se encontraba, así existan otros indicios menos fuertes o testimonios de algunas personas allegadas a las partes, no podrá concederse el amparo constitucional. En estos casos, la única manera de evitar decisiones arbitrarias, es exigir a la mujer que informe sobre su estado a quien razonablemente deba conocerlo dentro de la entidad y que conserve la prueba de su gestión.

Ahora bien, sería en extremo desproporcionado exigir a la mujer, por ejemplo, la obligación de anexar a su comunicación el respectivo certificado clínico. Basta, para efectos de conceder el amparo constitucional, que se produzca la notificación suscrita por la empleada, la que al amparo del principio de la buena fe, debe presumirse verdadera, sin que lo anterior obste para que, posteriormente, pueda exigírsele que aporte el correspondiente certificado clínico. Adicionalmente, lo que se pretende es que la empleada demuestre, de manera suficiente, que hizo llegar la noticia al despacho del funcionario público que, razonablemente, consideró competente para garantizar la especial protección que le otorgan la Constitución y las leyes de la república, mientras se encuentre en estado de embarazo.

En suma, a juicio de esta Sala, si la mujer embarazada informa oportunamente sobre su estado al servidor público que razonablemente crea que debe conocerlo y si, pese a ello, se produce, sin motivación suficiente, durante el embarazo o dentro de los tres meses después del parto, la insubsistencia de su nombramiento, y si todo lo anterior puede ser fácilmente demostrado y no resulta desvirtuado en el procedimiento de tutela, deberá, en consecuencia, - siempre que se demuestren los restantes requisitos de procedencia de la acción - otorgarse el amparo constitucional y ordenarse el reintegro de la actora al mismo cargo o a uno de igual o superior jerarquía. No obstante, como lo ha reiterado esta Corporación, la tutela no es el mecanismo idóneo para solicitar el pago de los emolumentos dejados de percibir o la indemnización a la que eventualmente hubiere lugar.

Si por el contrario, no existe una prueba material o una demostración controlable que induzca claramente el sentido de la decisión de tutela será necesario que la cuestión que se debate sea sometida a un juicio en el que las partes puedan ejercer a plenitud cada uno de los derechos procesales que el ordenamiento les otorga.

Estudio del caso concreto

1. La actora alega que fue desvinculada de su cargo a raíz de su estado de embarazo. Si ello fuera cierto, el INPEC, habría violado su derecho fundamental a la no discriminación y, por contera, a la especial protección de la mujer en estado de embarazo (C.P. art. 13,16, 42, 43 y 53). No obstante, tal y como ha sido estudiado, para que la acción incoada pueda prosperar es necesario demostrar, entre otras cosas: (1) que a la fecha de producida la resolución de insubsistencia la actora se encontraba en estado de embarazo; (2) que la resolución por medio de la cual se declara la insubsistencia carece de motivación; (3) que el empleador conocía o debía conocer el estado de embarazo de la empleada cuyo nombramiento se declara insubsistente; (4) que el despido amenaza el mínimo vital de la actora o que la arbitrariedad resulta evidente y el daño que aparece es devastador.

15. El 13 de noviembre de 1997 un laboratorio clínico de la ciudad de Sincelejo (Sucre) certificó que, habiendo realizado el examen de "GRAVINDEX EN SANGRE" (sic), a Vivian Campo Hernández, el resultado fue "positivo". Sin embargo, el INPEC, mediante la resolución N° 4915 de noviembre 28 de 1997, declaró la insubsistencia de la actora. Las pruebas que obran en el expediente (resolución 4915 de 1997 y copia del documento expedido por el laboratorio clínico), permiten, en principio, concluir que, al momento de declararse la insubsistencia cuestionada, la señora Vivian Campo se encontraba en estado de embarazo.

16. Por solicitud de la Sala de Tutela, el INPEC remitió al expediente de la referencia copia de la resolución N° 4915 de noviembre 28 de 1997 cuyo texto es del siguiente tenor:

EL DIRECTOR GENERAL DEL INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO "INPEC"

en uso de sus facultades legales y en especial de las conferidas por el Acuerdo 0017 de 1996, Artículo 15, Numeral 5 aprobado por el Decreto 300 del 07 de febrero de 1997

R E S U E L V E

ARTICULO PRIMERO. Declarar insubsistente el nombramiento hecho a la doctora VIVIAN MARIA CAMPO HERNANDEZ identificada con la cédula de ciudadanía No. 64.544.961 del cargo de DIRECTOR DE ESTABLECIMIENTO CARCELARIO, código 2220, grado 10, de la Planta Global del "INPEC", Cárcel Distrito Judicial de Sincelejo.

ARTICULO SEGUNDO. Contra esta Resolución no procede ningún recurso.

ARTICULO TERCERO. La presente Resolución rige a partir de la fecha de su expedición.

COMUNIQUESE Y CUMPLASE

Dada en Santafé de Bogotá, D.C., a 28 Nov. 1997

La transcripción anterior pone en evidencia que la resolución mencionada no fue motivada.

Según las normas legales vigentes, el cargo de director(a) de establecimiento carcelario es de libre nombramiento y remoción<sup>19</sup> y, en consecuencia, la resolución que declara insubsistente un nombramiento de esta naturaleza no tiene que ser motivada. No obstante, en el evento de que el nominador, por cualquier medio, hubiere conocido o debido conocer que la empleada se encontraba en estado de embarazo adquiere, de inmediato, la obligación de motivar una eventual decisión so pena de que sea judicialmente ordenado el respectivo reintegro<sup>20</sup>. Resta, en consecuencia, averiguar si el nominador conocía o debía conocer el estado de la actora al momento de expedir la resolución 4915 de 1997.

17. Como fue estudiado con anterioridad, dadas las características de la acción de tutela, en el contexto de un debate de esta naturaleza, la orden de reintegro sólo puede proceder si la actora demuestra de manera fehaciente - aportando, por ejemplo, plena prueba del envío de la respectiva comunicación al despacho del nominador - que el patrono o superior conocía o debía conocer el estado en el que se encontraba. Si ello no ocurre, el juez de tutela debe abstenerse de actuar y permitir que el juez ordinario, dentro de un debate judicial más amplio, resuelva la cuestión probatoria planteada.

En su escrito de tutela la actora indica que, previamente a la resolución de insubsistencia, acreditó ante el INPEC, su estado de embarazo, mediante comunicación fechada el día 13 de noviembre de 1997, la que fue posteriormente reiterada, mediante carta de diciembre 3 del mismo año. No obstante, la entidad afirma que sólo tuvo conocimiento de dicho suceso el 9 de diciembre, al recibo de la comunicación enviada por la actora el 3 de diciembre.

A fin de aclarar la contradicción planteada, esta Sala le solicitó a la actora que enviara una prueba de la comunicación que, según afirma, remitió el día 13 de noviembre al Director General del INPEC. Adicionalmente, solicitó a la Dirección General del Departamento Administrativo de la Función Pública y a la Dirección General del INPEC que remitieran a la

Corporación copia certificada de la hoja de vida de Vivian María Campo Hernández, incluyendo la totalidad de anotaciones - documentos, certificados, reportes etc. - realizados mientras se desempeñaba como empleada del INPEC.

18. La Coordinadora del Grupo Sistema Unico de Información de Personal indicó a la Corte que en los archivos de la entidad no reposa la hoja de vida de la actora, lo que puede implicar que el INPEC no ha cumplido con la obligación de enviarla. Sin embargo, el mencionado Instituto remitió a la Sala lo que, según lo afirmado, constituye la integridad de los documentos que aparecen en la hoja de vida de la actora. Estudiados los mencionados documentos, no figura copia o referencia alguna a la presunta comunicación del 13 de noviembre. Por el contrario, la carta enviada por la peticionaria a la Dirección del INPEC el día 3 de diciembre de 1997 omite cualquier referencia a una presunta comunicación anterior. En efecto, en la mencionada carta se lee:

Sincelejo, Diciembre 3 de 1997

Señor:

DIRECTOR GENERAL DEL INPEC

Santafé de Bogotá D.C.

Atento saludo:

En el día de hoy fui informada por el Doctor Francisco Barreto, funcionario Dirección Regional Norte - 3 que mediante resolución N° 4915 calendada Noviembre 28 de 1997, emanada de su Despacho, que fui declarada insubsistente del cargo de Directora de la Cárcel del Distrito Judicial de Sincelejo, Código 2020, grado 10 de la Planta Global del INPEC, Acto Administrativo que impugno por la siguiente razón:

Actualmente me encuentro en estado de embarazo, con 13 semanas aproximadamente, dicho acto atenta contra los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política de Colombia y en las leyes vigentes, que protegen a la mujer en este estado.

Dejo constancia que aún no he hecho entrega formal de mi cargo por lo que la Resolución en mención debe ser revocada en todas sus partes, por lo anteriormente expuesto.

Para constancia anexo fotocopia del estado de gravindex (sic), fechado Noviembre 13 de 1997.

Cordialmente,

VIVIAN MARIA CAMPO HERNANDEZ

Directora Cárcel Distrito Judicial Sincelejo

C.C. 64'544.961 de Sincelejo

c.c.División Gestión Humana

Director Regional Norte

En respuesta a la comunicación de la Corte, la actora informó que no tenía prueba documental del envío de la comunicación del 13 de noviembre de 1997. Señaló que el 2 de julio de 1998, se dirigió a la empresa encargada de transmitir el mencionado fax (Telecom-Sincelejo), la que le informó que resultaba imposible “recuperar confirmación de la transmisión de un documento” enviado el día 13 de noviembre de 1997, en la medida en que sólo era viable recuperar los últimos 35 mensajes transmitidos (anexa constancia del Telecom al respeto). Sin embargo, en la misma comunicación, alega que la señora Zulma Rosa Berrosca fue testigo de que envió, vía fax, a la dirección del INPEC, la mencionada notificación. Termina indicando que el día que fue notificada de la resolución de insubsistencia su estado era “notorio”, por cuanto contaba con tres meses de embarazo.

En las circunstancias planteadas, se pregunta la Sala si el juez de tutela debe proceder a practicar el testimonio de quien, según la actora, fue testigo del envío de la comunicación del 13 de noviembre. Si ello fuera así, dadas las consecuencias que, para la administración, el nominador y el nuevo servidor público, conllevaría una orden judicial de reintegro, sería necesario dar traslado a la parte demandada para que controvirtiera la prueba practicada y para que tuviera la oportunidad de solicitar y aportar nuevas pruebas - testimonios etc. - , las que tendrían que ser, posteriormente, valoradas por el juez a fin de definir si el nominador conocía o no el estado de la actora. Sin embargo, no parece factible que un tal despliegue se efectúe en sede de tutela - ni durante el perentorio plazo de los jueces de instancia, ni en sede de revisión -, menos aún cuando se torna necesario, justamente, a partir

de una omisión de la actora. Ciertamente, hubiera bastado con un poco de diligencia por parte de la mujer trabajadora, en el sentido de informar oportunamente a la empresa o entidad sobre su estado y conservar una prueba suficiente de la oportuna notificación, claro está, siempre que se trate de un evento en el cual no suceda nada extraordinario que le hubiere impedido producir oportunamente la prueba que se exige. En consecuencia, no parece desproporcionado afirmar que, en el presente caso, a pesar del celo probatorio de la Sala de Tutela, no fue posible aportar prueba suficiente para demostrar fehacientemente que, al momento de la declaratoria de insubsistencia, la Dirección General del INPEC conocía o debía conocer el estado de embarazo de la actora.

Lo anterior, incluso a pesar de la afirmación de la actora en el sentido de que, al momento de la notificación de la resolución de insubsistencia, su estado era notorio. En efecto, de una parte no ha sido aportada una constancia médica que demuestre el tiempo de gestación que tenía a la fecha de la declaratoria de insubsistencia. Adicionalmente, el alegato anterior puede servir como indicio en un debate judicial sometido a todas las garantías del debido proceso, pero no es suficiente para conceder la acción de tutela en contra de un empleador que se encuentra alejado del lugar de trabajo de la actora y que, en principio, no tiene necesariamente que haber advertido los cambios fisiológicos que se producen en la mujer durante los tres primeros meses de embarazo. Cosa distinta ocurriría si, por ejemplo, se tratara de una relación en la que existe contacto directo entre la trabajadora y el nominador o si se encontrara en un estado más avanzado de embarazo.

En suma, para efectos de conceder el amparo constitucional, debe afirmarse que no existe una prueba suficiente para demostrar que el INPEC vulneró el derecho fundamental a la no discriminación de la actora, pues no se pudo comprobar que conociera el estado de embarazo en el que se encontraba al momento de expedir la resolución de insubsistencia. Por consiguiente, deberá negarse la acción impetrada. En consecuencia, la Sala se abstendrá de estudiar en profundidad el cuarto elemento que debe examinar para definir, en casos como el presente, la viabilidad del amparo constitucional. Simplemente, debe advertirse que la actora no aportó siquiera prueba sumaria de que la declaración de insubsistencia comprometa su mínimo vital o el de su familia.

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Revisión,

Primero. CONFIRMAR, pero exclusivamente por las razones expuestas en esta providencia, la sentencia de marzo 6 de 1998, proferida por la Sala Segunda del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo.

Segundo. LIBRESE, por Secretaría General de la Corporación, las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Magistrado

CARLOS GAVIRIA DÍAZ

Magistrado

JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

(Sentencia aprobada por la Sala Tercera de Revisión, en la ciudad de Santa Fe de Bogotá, D.C., a los veintidós (22) días del mes de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998).

1 Cfr., entre otras, las sentencias T-710/96 (M.P. Jorge Arango Mejía); ST-179/93 (M.P. Alejandro Martínez Caballero); ST-694-96 (M.P. Alejandro Martínez Caballero); SC-470/97 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

2 Sentencia T-179 de 1993. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

3 Ver, entre otras, las sentencia T-179/93 y T-694 de 1996 .

4 Sentencia T-568 de 1996. MP Eduardo Cifuentes Muñoz. Fundamento Jurídico No 5.

5Ver, entre muchas otras, las sentencias T-606 de 1995, T-106 de 1996. M.P. T-568 de 1996, T-694 de 1996, C-710 de 1996 y T-270 de 1997.

6 Sentencia C-470/97 (M.P. Alejandro Martínez Caballero). En este mismo sentido Cfr. T-606/95 (M.P: Fabio Morón Díaz); T 106/96 (M.P: José Gregorio Hernández Galindo; T-568/96 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz); C-694/96 (M.P: Alejandro Martínez Caballero).

7 Cfr. en este sentido las sentencias T-694/96 (M.P. Alejandro Martínez Caballero); ST-606/95 (M.P. Fabio Morón Díaz).

8 Sentencia C-470/97 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

9 Sentencia C-470/97 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

10 En este sentido, ver, especialmente, la sentencia C-470/97 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

11 Sentencia T- 527/92 (M.P. Fabio Morón Díaz).

12 Sentencia T- 470/97 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

13 Sentencia T-568/96 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

15 En este mismo sentido la sentencia C-470/97 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

16 Cfr. Sentencia T-527/92 (M.P. Fabio Morón Díaz).

17 Cfr. Sentencia T-606/95 (M.P. Fabio Morón Díaz);T- 311/96 (M.P. José Gregorio Hernández); T-119/97 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz); T-270/97 (M.P. Alejandro Martínez Caballero); T-662/97 (M.P: Alejandro Martínez Caballero).

18 Sentencia T-100/94 (M.P. Carlos Gaviria Díaz).

19 Cfr. Sentencia C-126/96 (M.P. Fabio Morón Díaz). Artículo 10 del Decreto 407 de 1994.

20 Sentencia C- 470/97 (M.P. Alejandro Martínez Caballero); Artículo 21 del Decreto 3135 de 1968.