

T-694-96

Sentencia T-694/96

DERECHOS PRESTACIONALES DE MUJER EMBARAZADA-Protección especial/PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD/RED DE SOLIDARIDAD SOCIAL

Es inherente a la naturaleza humana proteger a la mujer embarazada y al hijo producto del embarazo, esto aparece expresamente consagrado en tratados y convenios internacionales que, al ser reconocidos por el congreso, prevalecen en el orden interno. Tratándose de la mujer trabajadora, el tema adquiere particular importancia porque antes de la Constitución de 1991, tales convenios apenas eran normas de aplicación supletoria y en cuanto no se opusieran a las leyes. Hoy la situación es radicalmente distinta. No solamente el artículo 93 de la C. P. le da fuerza vinculante a los tratados y convenciones internacionales, sino que además establece que para la interpretación de los derechos y deberes consagrados en la Carta la interpretación debe hacerse de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. Y si se trata de convenios internacionales del trabajo, hacen parte de la legislación interna. Lo anterior significa que han sido superadas las normas de simple rango legal por los ordenamientos internacionales sobre derechos humanos y específicamente sobre derecho al trabajo. Hay un derecho a acciones positivas del Estado en favor de la madre y del recién nacido consagradas en las normas constitucionales e internacionales; estos derechos son constitucionales y subjetivos, luego son fundamentales. Esos derechos correlativamente implican un deber para el Estado, que corresponde al principio de solidaridad, piedra angular del Estado social de derecho. De especial énfasis en cuanto hace referencia a la protección de los sectores más vulnerables de la población. Tratándose de la mujer abandonada y desempleada que necesita atención tanto para ella como para el recién nacido, operativamente el cubrimiento recaerá en el Fondo de solidaridad. Denominándolo ahora Red de Solidaridad Social.

Referencia: Expediente T-105354

Solicitante: Carmen Adriana Oquendo

Procedencia: Juzgado 15 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá

Tema:

Protección a la embarazada

Protección al menor de un año

Magistrado Ponente:

Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Santa Fe de Bogotá, D.C., cinco (5) de diciembre de mil novecientos noventa y seis (1996).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados doctores Fabio Morón Díaz, Vladimiro Naranjo Mesa y Alejandro Martínez Caballero, quien la

preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

Ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

Dentro de la acción de tutela instaurada por CARMEN ADRIANA OQUENDO GARCIA contra el FONDO DE PREVISION SOCIAL DEL CONGRESO DE LA REPUBLICA, distinguida con el No. de radicación T- 105354.

ANTECEDENTES:

1. Solicitud.

Pide doña Carmen Adriana Oquendo que se le tutelen “los derechos a la salud, la protección de la mujer en estado de embarazo y en consecuencia se sirva ordenar a la entidad accionada prestar el servicio médico a que tengo derecho durante el período de gestación y lactancia, respectivamente”.

En su solicitud hace un relato claro de los hechos que la motivan:

“1. Mediante Resolución MD-0173 del 7 de febrero de 1996, fui declarada insubsistente en el cargo de mecanógrafa, con efectos fiscales a partir del 12 de febrero del cursante año, dicha resolución se notificó mediante oficio del 8 de febrero y se me entregó orden de examen médico de retiro reglamentario.

2. Me presenté al departamento médico, con la orden antes citada con el fin de que se me practicaran los exámenes correspondientes, habiendo sido atendida por el doctor Edwin Garrido a quien manifesté que sospechaba encontrarme en estado de embarazo porque tenía un retraso de varios días, y no obstante mi manifestación descartó efectuar las pruebas que en estos casos suelen hacerse y me dijo que regresara en 10 días.

4. Como consecuencia de lo anterior le solicité a la Dra. Helia Luz Altamar, Jefe (E) de Personal, informar de estos hechos a la Mesa Directiva de la Honorable Cámara de Representantes quienes tienen la competencia de acuerdo a la Ley de la Revocatoria del Acto Administrativo por el cual se me declaró insubsistente, dicha petición fue realizada el 21 de marzo del cursante año.

5. El 30 de mayo se me notificó de la negativa de la solicitud de revocatoria del Acto Administrativo.

6. El 30 de abril dirigí un oficio al Director de la entidad accionada Dr. Claudio Manotas Pertuz, solicitando la indemnización a que tengo derecho por haberme privado del trabajo en estado de gestación.

7. Mediante oficio del 9 de mayo solicité se ordenara exámenes médicos y hospitalarios de

acuerdo a la Ley durante el período de gestación y días posteriores al cargo en razón de que al practicarse el examen de desvinculación presentaba un embarazo aproximadamente de 3 semanas de evolución confirmadas por las pruebas de laboratorio.

8. Mediante oficio Nº 1241 calendado 12 de junio el director general del Fondo de Previsión Social del Congreso de la República me informa que se niega los derechos médicos. ”

Obran en el expediente estas pruebas:

a- El 5 de marzo de 1996 el médico conceptúa que Carmen Adriana Oquendo tiene un embarazo de aproximadamente 5 semanas, lo cual significa que su embarazo se inició en la primera semana de febrero.

b- La solicitante fue retirada de su cargo de mecanógrafa en la Cámara de Representantes el 12 de febrero del año en curso, es decir, cuando ya estaba embarazada.

c- En el obligatorio examen médico de retiro no se quiso constatar si estaba o no embarazada. La extrabajadora insistió y días después se le practicó el diagnóstico de embarazo.

d- Según el reglamento general de prestaciones médico-asistenciales del Fondo al cual estaba afiliada Carmen Adriana Oquendo, los servicios continuarían prestándosele hasta tres meses después del retiro del cargo, o sea hasta el 12 de mayo del año en curso y así se le dijo en comunicación del 12 de junio suscrita por el propio Director general del fondo, doctor Claudio Manotas Pertuz.

Otros elementos de juicio:

a- Se presentó el registro civil de quien se llama María Paula Castro Oquendo, nacida el 23 de octubre de 1996.

b- La solicitante afirma, al instaurar la tutela, que carece de medios de fortuna y que es madre soltera. Pero, en el registro civil aparece el padre, reconoce su paternidad y no hay prueba de su inasistencia familiar, ni la tutela está dirigida contra él.

c- Carmen Adriana Oquendo García, el 21 de marzo de 1996, le dirigió una solicitud a la Jefe de personal de la Cámara de Representantes, que expresamente dice:

“Doctora Helia, como mujer y algún día como gestora de un ser humano estoy segura de que comprenderá la difícil situación en que me encuentro pues como madre soltera he quedado desprotegida totalmente, así es que acudo a su espíritu de humanidad que siempre la ha destacado para salvaguardar mis derechos como trabajadora y como futura madre ordenando la revocatoria directa del acto administrativo que declara la insubsistencia”.

El 22 de mayo de 1996, Carmen Adriana Oquendo se dirige al Presidente de la Cámara de Representantes y hace referencia a la comunicación anteriormente transcrita del 21 de marzo. No hay constancia de que se le hubiera respondido por dicha Presidencia.

Sin embargo, en la tutela se pide solamente que se preste el servicio médico.

DECISION DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 15 Civil del Circuito de esta ciudad denegó la tutela con fundamento en estas consideraciones:

FUNDAMENTOS JURIDICOS

A- COMPETENCIA

Es competente esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional para conocer dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 inciso segundo y 241 numeral noveno de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 35 y concordantes del Decreto No. 2591 de 1991; además, su examen se hace por virtud de la selección que de dicha acción practicó la Sala correspondiente, y del reparto que se verificó en la forma señalada por el Reglamento de esta Corporación.

B- ASPECTOS JURIDICOS

Aunque la peticionaria reclama únicamente el servicio médico, por pedagogía constitucional se analizará la protección que se debe prestar a toda mujer embarazada y consecuentemente al recién nacido. En estos aspectos, la Corte Constitucional, expresamente ha reconocido que existen fundamentos de orden constitucional y de derecho internacional que indispensablemente se deben tener en cuenta.

1.- Marco normativo

Es inherente a la naturaleza humana proteger a la mujer embarazada y al hijo producto del embarazo, esto aparece expresamente consagrado en tratados y convenios internacionales que, al ser reconocidos por el congreso, prevalecen en el orden interno por mandato del artículo 93 de la Constitución Política. Tratándose de la mujer trabajadora, el tema adquiere particular importancia porque antes de la Constitución de 1991, tales convenios apenas eran normas de aplicación supletoria y en cuanto no se opusieran a las leyes, así lo establecía el artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo. Hoy la situación es radicalmente distinta. No solamente el artículo 93 de la C. P. le da fuerza vinculante a los tratados y convenciones internacionales, sino que además establece que para la interpretación de los derechos y deberes consagrados en la Carta la interpretación debe hacerse de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. Y si se trata de convenios internacionales del trabajo, hacen parte de la legislación interna (artículo 53 C.P.). Lo anterior significa que han sido superadas las normas de simple rango legal por los ordenamientos internacionales sobre derechos humanos y específicamente sobre derecho al trabajo.

En cuanto a las normas constitucionales que protegen a la mujer embarazada, al nasciturus y al recién nacido, el artículo 4 de la Carta señala como principio la supremacía de la Constitución y la obligación política de obedecerla. Son, pues, normas de obligatorio cumplimiento y quienes las incumplan son responsables (artículo 6 C. P.). Aunque en la anterior Constitución ya existía la llamada "excepción de inconstitucionalidad", la verdad es que los textos constitucionales de carácter dogmático (Titulo 3 de la Constitución de 1886

sobre derechos civiles y garantías sociales) necesitaron del rango legal mediante la incorporación al Código Civil (art. 52 de la Constitución de 1986) para que los funcionarios los llevaran a la práctica. Hoy el universo jurídico en el país se ha modificado y no existe la menor duda de la preferencia de la Constitución, la inmediata aplicación por parte de todos, tanto de las normas orgánicas como de las normas dogmáticas. Es más, aún en el caso de que una norma constitucional se autocondicione, en lo referente a los derechos humanos y el derecho al trabajo, el intérprete debe examinar si existe algún instrumento internacional ratificado por Colombia que permita superar la condición y, en todo caso, preferenciar el respeto a los derechos fundamentales.

De acuerdo a la Constitución Política y a los convenios y tratados internacionales con fuerza vinculante en nuestro país, existen actualmente protecciones suficientes para la estabilidad en el trabajo de la mujer embarazada, para la licencia y prestaciones debidas por tal condición, y, por otro aspecto, en ocasiones puede haber manutención y servicios gratuitos para aquella y su hijo, que, en casos especiales, serán satisfechos por el Estado. Aunque, hay que recordar que tratándose del niño, la obligación prestacional también corresponde a la familia y a la sociedad (art. 44 C. P.).

Se desarrollan a continuación los anteriores temas.

2. Especial protección a derechos prestacionales a la mujer embarazada

2.11 Particular importancia, respecto a la estabilidad laboral y la licencia por maternidad, tiene la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, expedida en Nueva York, el 18 de diciembre de 1979, dentro de la Asamblea General de la ONU (aprobada por la ley 51 de 1981) que estableció:

“Artículo 11. “2. A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para :

a- Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil;

b. Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o beneficios sociales...”

2.12 Esta disposición armoniza con el Convenio 111 de la OIT que prohíbe la discriminación en materia de empleo y ocupación, entre otros motivos por el de sexo, y, respecto a la mujer embarazada específicamente está el Convenio 3, que entró en vigor el 13 de junio de 1921 y que en su artículo 3 dice:

“En todas las empresas industriales o comerciales, públicas o privadas, o en sus dependencias, con excepción de las empresas en que sólo estén empleados los miembros de una misma familia, la mujer:

a) no estará autorizada para trabajar durante un período de seis semanas después del parto;

b) tendrá derecho a abandonar el trabajo mediante la presentación de un certificado que declare que el parto sobrevendrá probablemente en un término de seis semanas;

c) recibirá, durante todo el período en que permanezca ausente en virtud de los apartados a) y b), prestaciones suficientes para su manutención y las del hijo en buenas condiciones de higiene: dichas prestaciones, cuyo importe exacto será fijado por la autoridad competente en cada país, serán satisfechas por el Tesoro público o se pagarán por un sistema de seguro. La mujer tendrá además derecho a la asistencia gratuita de un médico o de una comadrona.

2.13 A su vez, el artículo 10 del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, establece que a las madres que trabajan se les concede una licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social. (Pacto vigente en Colombia según la ley 74 de 1968).

Cuál alcance hay que darle a los artículos 3º del Convenio 3 de la O.I.T., al artículo 10 del referido Pacto y al artículo 11 del Convenio de la ONU sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, en armonía con la “protección especial a la mujer, a la maternidad ” señalada en el artículo 53 de la Constitución?

Los convenios suscritos por Colombia, debidamente ratificados, tienen fuerza vinculante. Si perentoriamente se prohíbe el despido, por motivo de embarazo y se ordena la licencia de maternidad, bajo “pena de sanciones”, si tal protección a la estabilidad laboral de la mujer embarazada y al derecho a la licencia por maternidad es obligatoria en Colombia por mandato de los artículos 93, 4 y 53 de la Constitución de 1991, entonces hay que ponerle punto final a la inconstitucional e inhumana práctica de despedir del trabajo, sin justa causa, a la mujer embarazada.

2.21 La protección va más allá:

Las normas que a continuación se indican, que están en la cúspide de la organización jurídica, implican una acción positiva del Estado tendiente a un derecho de protección a la embarazada.

El artículo 43 de la Constitución establece:

Ya la Corte había dicho en la sentencia T-179 de 1993 (Magistrado ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero):

“La necesidad de proteger a las mujeres en estado de embarazo radica en la protección como “gestadora de la vida”. Esta condición que por siglos la colocó en una situación de inferioridad, sirve ahora para enaltecerla.”

Pero la protección también , en forma destacada, está en el ordenamiento internacional. En la sentencia antes citada se dijo al respecto:

“Fundamentos de derecho internacional.

La consagración de la protección de la maternidad constituye una tendencia del derecho internacional contemporáneo, el cual, como se anotó, rige en el orden interno por disposición

del artículo 93 de la Constitución Política.

La Declaración Universal de derechos Humanos, en el artículo 25, consagra:

2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales...

Y con fundamento en la Declaración, el artículo 10.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales, establece:

...2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto.

Y, en la convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación se estableció:

“Artículo 12. “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”.

2.22. En el caso de la mujer desempleada la Corte Constitucional dijo:

“el Estado está obligado a la asistencia y protección de la mujer embarazada y además deberá prestarle el subsidio alimentario siempre y cuando se cumplan las condiciones de:

b) Desamparo, es decir que la mujer no cuente con el apoyo de su esposo, compañero o padre de la criatura y que no posea ningún tipo de seguridad social.

La obligación constitucional del Estado surge a partir de la petición que la mujer embarazada eleve ante la autoridad del Estado competente para protegerla, y demuestre mediante prueba sumaria que se encuentra en alguna de las dos situaciones descritas anteriormente.”

Se establece, pues, un test orientado a la protección efectiva de la mujer embarazada y desprotegida.

2.21 Test de ponderación para el reconocimiento del referido derecho asistencial

En la sentencia T-179/93 se fijaron las pautas para la mujer embarazada que merece la protección del artículo 43 de la Constitución:

estar desempleada,

estar desamparada

y que hubiere previamente hecho reclamación.

3.- Derecho prestacional respecto al recién nacido.

El artículo 44 de la Constitución establece la protección de la niñez; derecho que ha sido suficientemente desarrollado por la jurisprudencia, y que, en determinadas circunstancias, se

compagina con esta otra disposición constitucional:

“Artículo 50. Derecho de los menores a la protección o seguridad social por parte del Estado. Todo niño menor de un año que no esté cubierto por algún tipo de protección o de seguridad social, tendrá derecho a recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado. La ley reglamentará la materia”.

La remisión y condicionamiento a la ley, no es impedimento para la aplicabilidad de la norma constitucional antes transcrita, porque la materia ya está resuelta por la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, citada anteriormente, aprobada por la Ley 51 de 1981; y por la Declaración de los derechos del niño, principio 4, que establece que “el niño debe gozar de los beneficios de la seguridad social. Tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buena salud; con este fin deberán proporcionarse, tanto a él como a su madre, cuidados especiales, incluso atención prenatal y postnatal. El niño tendrá derecho a disfrutar de alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados”.

Queda así aclarado que el condicionante no solamente debe orientarse a la expedición de una ley, sino que puede estar en los pactos y convenios internacionales. Y ya se transcribieron las normas de protección que existen no solamente respecto a la mujer embarazada sino a su hijo recién nacido.

Significa lo anterior que hay un derecho a acciones positivas del Estado en favor de la madre y del recién nacido consagradas en las normas constitucionales e internacionales tantas veces citadas; estos derechos son constitucionales y subjetivos, luego son fundamentales.

Esos derechos correlativamente implican un deber para el Estado, que corresponde al principio de SOLIDARIDAD, piedra angular del Estado social de derecho. De especial énfasis en cuanto hace referencia a la protección de los sectores más vulnerables de la población. Entonces, tratándose de la mujer abandonada y desempleada que necesita atención tanto para ella como para el recién nacido, operativamente el cubrimiento recaerá en el Fondo de solidaridad establecido por el artículo 221 de la ley 100 de 1993, que habla de la destinación de los recursos allí previstos, desarrollada por los decretos 281 de 1992 Y 2099 de 1994 que lo reestructuró denominándolo ahora RED DE SOLIDARIDAD SOCIAL. Sin perjuicio, claro está, de las obligaciones correspondientes al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y a las instituciones de salud que reciban aportes del Estado.

El incumplimiento de todas estas normas no solo significa una violación a la Constitución sino que puede dar origen a sanciones o penas contra Colombia. Es más, los afectados podrían acudir ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos por conducto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. O, las organizaciones que representan a los trabajadores pueden quejarse ante la Comisión de expertos en la aplicación de convenios y recomendaciones de la OIT. Y, el Protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 1º da competencia al Comité para tramitar comunicaciones de individuos y el artículo 2º somete la violación de esos derechos al Comité, cuando se hayan agotado los recursos internos disponibles. Todo esto se puede evitar si las autoridades correspondientes no eludieran el cumplimiento de la Constitución, los Pactos, Tratados y Convenios debidamente ratificados por nuestro país.

En el caso presente, se tiene a una mujer embarazada que instaura la tutela antes del parto pero que obtiene el fallo definitivo en la tutela después del parto. Dice ser cabeza de familia pero no lo demuestra; afirma que permanece desempleada, sin embargo, la tutela no la formuló por este aspecto, ni la dirigió contra el empleador, sino contra el Fondo de prestaciones. Lo único que persigue con la tutela que instauró se orienta hacia la asistencia médica, pero, es obvio que no se puede dar una orden de asistencia para el tiempo que ya ha transcurrido, sino hacia el futuro, para asumir sus naturales obligaciones, entonces, no puede prosperar la acción porque no hay un solo elemento de juicio que le permita a la Corte deducir que está desamparada. Sin embargo, la peticionaria puede reclamar sus derechos laborales, siempre y cuando la acción no haya caducado; y si se dan las condiciones del test de ponderación que antes se indicó o si se le niega la asistencia a la niña puede solicitar el amparo a las Entidades que corresponda y si no se lo dan, pedir judicialmente protección; pero por los hechos y la solicitud como han sido planteados en la presente acción y por la falta de pruebas que sustenten las aseveraciones que hace, no es dable conceder la tutela, lo cual no es obstáculo para que, en el futuro, haga uso de las herramientas jurídicas que este fallo pone de presente.

En mérito de lo expuesto, la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por autoridad de la Constitución

RESUELVE:

Primero.- CONFIRMAR la sentencia del Juzgado 15 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá proferida en la tutela de la referencia, pero por las razones expuestas en este fallo.

Segundo.- Para efectos del artículo 36 del decreto 2591 de 1991, el Juzgado de primera instancia hará la notificaciones y tomará las medidas adecuadas.

Tercero.- Envíese copia de este fallo al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y al Defensor del Pueblo.

Notifíquese, comuníquese, publíquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

Magistrado Ponente

FABIO MORON DIAZ

Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General