

Sentencia T-894/11

MATERNIDAD-Protección constitucional e internacional

La Constitución Política reconoce a favor de la mujer embarazada una especial protección, al establecer que “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” (art. 43), lo cual significa la creación y garantía de un amparo enfocado a preservar esa condición biológica singular, junto a la vida y demás derechos de quien está por nacer. La norma en mención tuvo génesis en la Declaración Universal de Derechos Humanos, que consagra para la maternidad y la infancia cuidados y asistencias especiales (art. 25, num. 2º), disposición posteriormente desarrollada en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 10, num. 2º), al disponer para los Estados Partes el deber de “conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto”, además de la concesión de licencia con remuneración, prestaciones y seguridad social adecuadas dentro de ese lapso.

DESPIDO POR EMBARAZO O LACTANCIA-Prohibición y mecanismos para asegurar eficacia legal

La protección de la mujer en embarazo implica una estabilidad laboral reforzada, que a su vez conlleva “la prohibición de ser despedida por razón del mismo”, para erradicar el criterio discriminatorio que atente contra el artículo 13 superior y cualquier afectación a los derechos de quien está por nacer y de la familia. Las disposiciones enunciadas permiten distinguir que la legislación laboral colombiana elevó a la categoría de presunción de despido por motivo de embarazo o de lactancia, aquél que tiene lugar durante el período del embarazo o dentro de los tres meses posteriores al momento del parto, cuando no media autorización del inspector de trabajo o del alcalde del respectivo municipio, ni se tienen en cuenta los procedimientos legalmente establecidos.

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA-Requisitos para que proceda acción de tutela

Ocurrido el despido de una mujer embarazada que labore para un empleador privado o público, en las condiciones señaladas y sin el lleno de los requisitos contemplados,

normalmente corresponde resolver el conflicto suscitado a la jurisdicción ordinaria laboral o contencioso administrativa. No obstante, la jurisprudencia constitucional ha entendido que dicha situación podría provocar el desconocimiento expreso de los artículos 13, 43 y 53 de la carta política, la restricción de la libertad de optar por la maternidad y la exposición de la madre gestante a dificultades laborales, sociales y económicas, que desde todo punto de vista son reprochables e inaceptables. En ese sentido, esta Corte ha destacado que la conculcación del derecho a la estabilidad laboral reforzada de la mujer en embarazo, conlleva un riesgo contra la seguridad material y emocional de la madre y del que está por nacer, generando la procedencia del amparo tutelar como medio idóneo y eficaz para obtener su protección.

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA EN PROVISIONALIDAD QUE OCUPA CARGO DE CARRERA-Goza de estabilidad laboral reforzada la cual varía a intermedia una vez finaliza el periodo de lactancia

ACCION DE TUTELA-Mujer embarazada que fue separada de un cargo de la Rama Judicial el cual estaba desempeñando en provisionalidad

Referencia: expediente T-2928832

Acción de tutela instaurada por la señora Érika Milena García Daza, contra el Juzgado Tercero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Neiva

Procedencia: Sala Cuarta de Decisión Penal del Tribunal Superior de Neiva

Magistrado Ponente:

NILSON PINILLA PINILLA

Bogotá, D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil once (2011)

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Nilson Pinilla Pinilla, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Humberto Antonio Sierra Porto, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En la revisión del fallo adoptado por la Sala Cuarta de Decisión Penal del Tribunal Superior de Neiva, que no fue impugnado, dentro de la acción de tutela promovida por la señora Érika Milena García Daza, contra el Juzgado Tercero Penal del Circuito de la misma ciudad.

El expediente llegó a la Corte Constitucional por remisión que hizo dicho Tribunal, en virtud de lo ordenado por el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991; en enero 31 de 2011, la Sala Primera de Selección lo eligió para su revisión.

I. ANTECEDENTES

Erika Milena García Daza promovió acción de tutela en noviembre 12 de 2010, contra el Juzgado Tercero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Neiva, aduciendo conculcación a su derecho a la estabilidad laboral reforzada, por los hechos que a continuación son resumidos.

A. Hechos y narración efectuada en la demanda

1. La actora, de 32 años de edad, indicó que mediante la Resolución N° 013 de diciembre 14 de 2009, emitida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Neiva, fue nombrada en provisionalidad para ocupar el cargo de Secretaria en ese despacho.

2. Expuso que en noviembre 5 de 2010 se enteró que se encontraba embarazada, por lo cual en noviembre 9 siguiente, al regresar a sus labores cotidianas después de disfrutar de una licencia, comunicó su estado de gravidez. Ese mismo día le fue notificado el traslado del señor Giraldo Yasnó Ceballos, aceptado mediante concepto favorable de la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Huila, “del Juzgado Primero Penal del Circuito de Neiva, en propiedad, al mismo cargo en el Juzgado Tercero Penal del Circuito de esta ciudad..., estando únicamente pendiente la posesión de Yasnó Ceballos en el mismo” (f. 1 cd. inicial).

3. Aseveró que, dada su situación apremiante y la vulneración de su derecho a la estabilidad laboral reforzada, pidió como medida provisional se suspendiera la posesión del señor Giraldo

Yasnó Ceballos en el referido cargo, requiriendo además que, en caso de ampararse los derechos invocados, tal suspensión vaya hasta el término de la licencia de maternidad.

B. Documentos relevantes cuya copia obra en el expediente

1. Resolución N° 013 de diciembre 14 de 2009, expedida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Neiva, mediante la cual fue nombrada en provisionalidad la señora Érika Milena García Daza como Secretaria del referido despacho (fs. 7 y 8 ib.).

2. Acta de posesión de la demandante, de fecha enero 12 de 2010, manuscrita y sin el encabezado característico de la Rama Judicial (f. 9 ib.).

3. Resolución N° 008 de noviembre 8 de 2010 emitida por el Juzgado accionado, aceptando el traslado del señor Yasnó Ceballos “del cargo de Secretario del Juzgado Primero Penal del Circuito de Neiva, en propiedad, al mismo cargo en el Juzgado Tercero Penal del Circuito de esta ciudad” (fs. 10 y 16 ib.).

4. Autorización de servicios médicos a la señora García Daza, de la IPS Los Robles (f. 17 ib.).

5. Constancia secretarial de noviembre 9 de 2010, sobre la notificación personal de la Resolución N° 008 de 2010 a la señora García Daza (f. 18 ib.).

6. Prueba de laboratorio clínico, emitida en noviembre 5 de 2010, donde consta el estado de embarazo de la señora Érika Milena García Daza (f. 20 ib.).

7. Carta dirigida por la accionante al Juez Tercero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Neiva, de noviembre 9 de 2010, mediante la cual comunicó su embarazo de 5 semanas de gestación (f. 19 ib.).

II. ACTUACIÓN PROCESAL

La Sala Cuarta de Decisión Penal del Tribunal Superior de Neiva, en auto de noviembre 16 de 2010, admitió la tutela y ofició al Juzgado demandado y al señor Giraldo Yasnó Ceballos para que ejercieran la defensa que estimaran pertinente (f. 21 cd. inicial).

Igualmente, negó la petición de suspensión provisional “del acto administrativo que aceptó el traslado del señor Giraldo Yasnó Ceballos al cargo de Secretario del Juzgado Tercero Penal del Circuito de Neiva, por tratarse del fondo del asunto por decidir y no vislumbrarse los requisitos de urgencia y perentoriedad de que trata el artículo 7° del Decreto 2591 de 1991” (f. 34 ib.).

A. Respuesta del Juez Tercero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Neiva

Mediante escrito de noviembre 19 de 2010, el referido Juez informó que la señora Érika Milena García Daza, desde el momento de su nombramiento y posesión, conocía la existencia de “lista de elegibles por concurso para proveer la vacante dejada por el Secretario titular” (f. 38 ib.).

Aseveró que en octubre 29 de 2010, el Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura remitió el concepto favorable CSJH-PSA-OFI10-1234, expedido por dicha Sala Administrativa frente a la solicitud de traslado del señor Giraldo Yasnó Ceballos, exhortándole a “realizar el nombramiento en la forma y términos señalados en los arts. 133 y 167 de la Ley 270 de 1996, es decir en el término de 10 días” (f. 38 ib.).

En consecuencia, en noviembre 8 de 2010 emitió la Resolución N° 008 aceptando el referido traslado; no obstante, al día siguiente de proferida y notificada a la ahora accionante, ésta informó que tenía 5 semanas de gestación, adjuntando copia del examen de laboratorio.

En noviembre 10 de 2010 envió escrito al Presidente de dicha Sala reportándole la situación de la actora y requiriendo informe del “trámite a seguir atendiendo precedentes de la misma Corporación”, el cual le fue respondido así el día siguiente (f. 39 ib.):

“No obstante todo lo anterior, y sin alejarnos de los preceptos constitucionales de protección a la mujer embarazada y al menor que está por nacer, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, han indicado que cuando se presentan situaciones como la carrera judicial o administrativa, prevalecen los derechos del trabajador que superó todas las etapas del proceso y debe ser nombrado en propiedad en un cargo de carrera que venía siendo proveído en provisionalidad, sujeto a dicha condición, por existir una causal objetiva suficiente... cuando ocurre la situación antes definida aunado al hecho de que quien está desempeñando el cargo en provisionalidad se encuentra en estado de gravidez, no se

constituye un despido sujeto a la libre discrecionalidad del nominador, situación que ha sido revisada en las diversas sentencias, sino que por el contrario existe una situación superior a la voluntad del nominador que ha sido debidamente reglamentada y cumple con otro fin, cual es la carrera judicial, situación que permite llegar a la meta máxima de estabilidad laboral del trabajador... De acuerdo con el análisis anterior de la Corte Constitucional, dicha Corporación concluyó en negar el amparo a la estabilidad laboral reforzada teniendo como criterio que existía una razón suficiente y objetiva ajena a la gravedad de quien iba a ser retirada, para desvincularla del trabajo.”

También fueron anexados los siguientes documentos (fs. 40 a 77 ib.):

1. Oficio N° 1234 de octubre 13 de 2010 remitido por el Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Huila al Juez Tercero Penal del Circuito de Neiva, presentando a consideración del despacho ahora accionado el traslado del servidor de carrera.

2. Acuerdo N° 036 de octubre 27 de 2010, por el cual “se elabora la lista de elegibles para la provisión del cargo de Secretario de Juzgado de Circuito y Equivalentes Nominado, del Juzgado Tercero Penal del Circuito de Neiva”.

3. Carta enviada en octubre 29 de 2010 por el Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Huila al Juez Tercero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Neiva, mediante la cual remitió los actos administrativos que contienen la lista de candidatos que aprobaron el concurso de méritos y el concepto favorable para el traslado del señor Giraldo Yasno Ceballos.

4. Oficios N° 1997 y 1998, ambos de noviembre 8 de 2010, mediante los cuales el Juez Tercero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Neiva informó respectivamente a la División de Recursos Humanos de la Dirección Ejecutiva Seccional de la Administración Judicial y al Presidente de la referida Sala Administrativa, la Resolución N° 008 de 2010.

5. Constancia expedida por la Oficial Mayor del despacho demandado, sobre la notificación de manera personal a la señora Érika Milena García Daza de la resolución mediante la cual fue nombrado como Secretario el señor Giraldo Yasno Ceballos.

6. Escrito enviado por el Juzgado Tercero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento, en noviembre 10 de 2010, al Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Huila, por medio del cual comunicó que el día anterior la “persona que ocupa el cargo de Secretaria en Provisionalidad” notificó su estado de embarazo, con 5 semanas de gestación; así, requirió “informar el trámite a seguir en razón a que se desconoce si el Consejo Superior de la Judicatura con fundamento en la Ley y la jurisprudencia ha impartido instrucciones al respecto”.

7. Respuesta del Presidente de la mencionada Sala Administrativa al anterior requerimiento, mediante oficio N° 1373 de noviembre 11 de 2010, donde manifestó que la situación presentada con ocasión del nombramiento referido corresponde a un caso particular, que debe ser valorado y resuelto por el despacho nominador.

8. Carta de noviembre 16 de 2010, dirigida a la accionante por el Juez Tercero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Neiva, mediante la cual comunicó la citada respuesta de noviembre 11 de 2010.

Mediante escrito allegado en noviembre 23 de 2010, expuso que en virtud de la Resolución N° 052 de agosto 8 de 2003, expedida por la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Huila, está desempeñándose como Secretario del Juzgado Primero Penal del Circuito de Neiva, en propiedad.

Indicó que por estar en vacancia definitiva el cargo de Secretario del Juzgado Tercero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Neiva, como consecuencia de la renuncia del señor Santiago García Cuéllar, por tratarse de funciones afines y ser el cargo que desempeña de la misma categoría, solicitó a la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Huila su traslado para ocupar la vacante del despacho judicial accionado, anexando la resolución que lo vinculó como funcionario de carrera.

Aseveró que el sustento fáctico de la referida petición, se basó en el menoscabo ostensible de sus “relaciones tanto a nivel personal como laboral con la titular del Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Neiva”, situación “que afecta no solo mi estado de ánimo psicológico, sino también el normal desarrollo de las actividades” (f. 80 ib.).

Afirmó que conforme al concepto favorable de traslado emitido por la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Huila, el Juzgado Tercero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Neiva aceptó el requerimiento, previa valoración y ponderación del “cumplimiento de las razones de índole objetivo, tales como las condiciones de acceso a la carrera judicial, la trayectoria, mi desempeño y calificaciones obtenidas, frente a las condiciones de este mismo tipo del señor Rubén Darío Toro Vallejo, aspirante a ocupar el cargo vacante, conforme a la lista de elegibles integrada por concurso de méritos que le fuera remitida por la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura del Huila de manera oportuna” (f. 81 ib.).

Aseveró que el nombramiento en provisionalidad de la señora García Daza como Secretaria del Juzgado demandado, tuvo por objeto “proveer la vacante temporal que había surgido así, entre tanto el cargo se proveyera por concurso de méritos conforme a las normas de carrera judicial. En consecuencia, ese acto administrativo, satisface el derecho a la estabilidad intermedia de la ciudadana, en la medida en que por medio de éste, se pone fin legítimamente al nombramiento en provisionalidad, en la medida en que explica el agotamiento por el cual dicho nombramiento le había sido realizado a la actora” (f. 81 ib.).

Anotó que la desvinculación de la accionante se debió a su traslado como funcionario de carrera y no obedeció a ningún tipo de discriminación por el estado de gravidez de la señora Érika Milena García Daza, puesto que el juzgado nominador no tuvo conocimiento de esa situación hasta noviembre 9 de 2010, fecha para la cual ya se encontraba autorizado el traslado.

Por lo anterior, solicitó al juez de tutela desestimar las pretensiones de la actora, y protegerle a él los derechos fundamentales que le “otorgan la permanencia en Carrera Judicial, esto es, que pueda hacer uso del derecho de mi traslado laboral conforme fui designado para el desempeño, mediante acto administrativo debidamente soportado y motivado y no contentivo de vulneración alguna a los derechos reclamados por la demandante” (f. 83 ib.).

Al escrito fue anexada copia de los siguientes documentos:

1. Solicitud de traslado de servidor judicial en carrera, de octubre 7 de 2010, presentada por

el señor Giraldo Yasnó Ceballos ante la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Huila.

2. Sin fecha de expedición, formato de las vacantes judiciales a proveer, donde consta la existencia de una plaza en el Juzgado Tercero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Neiva.

3. Resolución N° 052 de agosto 8 de 2003, efectuando la inscripción en el escalafón de carrera judicial, en propiedad, del señor Giraldo Yasnó Ceballos.

4. Comunicación dirigida en noviembre de 2010 por el señor Yasnó Ceballos al Juzgado Tercero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Neiva, mediante la cual acepta la designación en el cargo de Secretario, Grado Diez.

C. Fallo único de instancia

En noviembre 29 de 2010, la Sala Cuarta de Decisión Penal del Tribunal Superior de Neiva negó el amparo del derecho fundamental invocado por la señora Érika Milena García Daza, al estimar que los servidores nombrados en provisionalidad, para ocupar cargos de carrera, cuentan con una estabilidad laboral intermedia, que conlleva el deber del nominador de emitir un acto administrativo motivado, al momento de decidir la respectiva desvinculación.

Del estudio de la Resolución N° 008 de 2010 y del concepto favorable emitido por la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Huila al traslado del señor Giraldo Yasnó Ceballos, dedujo que “el nombramiento en provisionalidad de la accionante tenía por objeto proveer la vacante surgida luego de la renuncia del titular de ese cargo y hasta tanto se supliera con personal en carrera judicial”.

En consecuencia, la mencionada Sala consideró que el acto administrativo “satisface los criterios limitantes trazados para pregonar la estabilidad intermedia aludida, en la medida en que el nominador motivó y dio con suficiencia razones del por qué la separaba del cargo, con lo que legítimamente daba término a la aludida provisionalidad” (f. 129 ib.).

Así, concluyó que el presente caso no reúne los requisitos de procedencia del amparo

constitucional, puesto que “i) la separación del cargo que ocupa Érika Milena García Daza fue decidida por el nominador; ii) la decisión fue adoptada con base en la acreditación de lo que, en principio, constituye una justa causa objetiva -traslado de una persona que desempeña el cargo en propiedad-; y finalmente iii) no ocurrió por el estado de embarazo en que se encontraba la demandante, pues para la fecha en que el nominador fue notificado del estado de gravidez en que se encontraba García Daza, ya se había proferido la resolución de traslado de Giraldo Yasnó Ceballos” (f. 130 ib.).

D. Vinculación de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, pruebas adicionales y suspensión de términos

Mediante auto de mayo 11 de 2011, dictado con el fin de completar la parte pasiva, el Magistrado sustanciador ordenó vincular a la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, dándole la oportunidad de complementar y/o contradecir los hechos expuestos en la demanda y las pruebas del caso, suspendiendo los términos para resolver, “mientras es practicado y evaluado lo ordenado en esta providencia y los demás que posteriormente se estime necesario allegar, de oficio a petición del vinculado” (f. 13 cd. Corte).

La Directora de la División de Procesos de la Unidad de Asistencia Legal, en mayo 27 del mismo año, allegó escrito indicando que la actora pretende “utilizar la acción constitucional como un mecanismo principal y definitivo, desconociendo la reiterada jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, donde se reitera el carácter subsidiario de la acción de tutela, en la medida de no existir otro mecanismo de defensa. Para asuntos como el presente, ha reiterado que el mecanismo de defensa brindado por el ordenamiento jurídico es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, donde se permite, en el mismo auto admisorio, la suspensión provisional del acto administrativo. Es decir, desconoce y pretende evitar, a todas luces la accionante, la existencia del Juez Natural y la acción pertinente como fundamento para la prosperidad de sus pretensiones” (f. 17 cd. ib.).

Afirmó que la vía adecuada para controvertir la legalidad de las actuaciones del despacho accionado es la jurisdicción de lo contencioso administrativo, siendo lo procedente acudir mediante acción de nulidad y restablecimiento del derecho (art. 85 C. C. A.), “y solicitar, como medida provisional, la suspensión de los efectos de los actos administrativos considerados legales, habida cuenta que fue éste el mecanismo establecido por el

constituyente (artículo 236 Superior) y el legislador para debatir judicialmente asuntos como el aquí propuesto... Ahora, si a pesar de la existencia de otro mecanismo de defensa judicial, se interpone como dispositivo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, éste debe estar plenamente acreditado en la demanda. Como no se desvirtúa ni lo uno ni lo otro, la presente acción no está llamada a prosperar” (f. 20 ib.).

Frente a la conculcación de la garantía a la estabilidad laboral reforzada, aseveró que no existe violación, puesto que al haber sido nombrada en provisionalidad, su situación, a pesar del paso del tiempo, no genera derecho alguno. Así, “no es posible considerar como derechos vulnerados meras expectativas de poder sostenerse en alguno de los cargos desempeñados, es claro, entonces, que no puede hablarse de un agravio injustificado y del desconocimiento de derechos que no ha adquirido, al menos a través de un proceso de selección como lo establece la Carrera Administrativa” (f. 21 ib.).

Afirmó que aunque la actora allegó prueba del embarazo, no acreditó haberla comunicado a tiempo, “responsabilidad que recaía de manera exclusiva” en ella. Al haberse iniciado el proceso de traslado antes de la notificación de tal estado, “no puede indicarse que el acto se expidió vulnerando intencionalmente o dolosamente los derechos de la accionante, ni mucho menos que fue realizado dicho pronunciamiento con motivo del conocimiento del estado de gravedad de la secretaria del despacho” (f. 24 ib.).

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Primera. Competencia

Segunda. El asunto objeto de análisis

Debe esta Sala determinar si el derecho a la estabilidad laboral reforzada de la mujer en estado de embarazo ha sido conculcado por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Neiva y/o la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, al haber desvinculado a la señora Érika Milena García Daza del cargo de Secretaria de ese Juzgado, que venía desempeñando en provisionalidad, aún cuando la peticionaria informó su estado de embarazo el mismo día en que le fue notificado el nombramiento del servidor de carrera que entraría a suplir en propiedad la vacante del respectivo despacho, en observancia del concepto favorable de traslado emitido por la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Huila.

Tercera. La protección constitucional e internacional a la maternidad. Reiteración de jurisprudencia

La Constitución Política reconoce a favor de la mujer embarazada una especial protección, al establecer que “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” (art. 43), lo cual significa la creación y garantía de un amparo enfocado a preservar esa condición biológica singular, junto a la vida y demás derechos de quien está por nacer.

La norma en mención tuvo génesis en la Declaración Universal de Derechos Humanos¹, que consagra para la maternidad y la infancia cuidados y asistencias especiales (art. 25, num. 2º), disposición posteriormente desarrollada en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales² (art. 10, num. 2º), al disponer para los Estados Partes el deber de “conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto”, además de la concesión de licencia con remuneración, prestaciones y seguridad social adecuadas dentro de ese lapso.

Por otro lado, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer³, estableció compromisos para la adopción de medidas de protección a la mujer embarazada, como el aseguramiento efectivo del derecho a trabajar, la prohibición de despido por razón de su estado y la implementación de la licencia de maternidad, con “sueldo pagado o prestaciones sociales similares”, sin que implique pérdida del empleo, ni efectos contra la antigüedad y los beneficios sociales (art. 11 num. 2º, literales a y b).

Sobre estos aspectos, que a la luz del derecho conforman el “fuero especial de maternidad”, resulta pertinente recordar⁴:

“... distintos instrumentos internacionales de protección de derechos humanos a la luz de los cuales ha de fijarse el sentido y alcance de los derechos constitucionales fundamentales – como lo ordena el artículo 93 superior⁵ – reconocen la condición especial de la maternidad y le otorgan un amplio margen de protección a las mujeres en estado de gravidez del mismo modo que a la población recién nacida. Ese es el caso, por ejemplo, de lo establecido en el

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁶. Una de las consecuencias de esta protección con fundamento en los tratados internacionales ha sido que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales exige con regularidad a los Estados miembros aportar información acerca de grupos de mujeres que no disfruten de esta protección.

Adicionalmente, la protección a la maternidad ha sido fijada en el Protocolo Facultativo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 'Protocolo de San Salvador'⁷. Con fundamento en dicho Protocolo, la licencia otorgada a la mujer antes y luego del parto se entiende como una de las prestaciones incluida en el derecho constitucional fundamental a la seguridad social⁸. Así las cosas, la protección prevista en el artículo 43 constitucional y la normatividad vigente se ven complementadas y reforzadas por la disposición contenida en el mencionado Protocolo extendiendo la protección derivada de la licencia de maternidad tanto al tiempo antes del parto como al lapso que transcurre con posterioridad al mismo.

En este lugar vale la pena resaltar cómo la protección ofrecida a la mujer en estado de embarazo antes y después del parto se encamina también a proteger los derechos de la niñez. En la Convención Internacional sobre los Derechos del [de la] Niño (a) se ordena a los Estados Partes adoptar medidas adecuadas para garantizar la atención sanitaria prenatal y posnatal en beneficio de las madres gestantes.”

Con fundamento en la preceptiva citada, la protección de la mujer en embarazo implica una estabilidad laboral reforzada, que a su vez conlleva “la prohibición de ser despedida por razón del mismo”⁹, para erradicar el criterio discriminatorio que atente contra el artículo 13 superior y cualquier afectación a los derechos de quien está por nacer¹⁰ y de la familia (art. 42 Const.).

Cuarta. Procedencia de la acción de tutela en procura de la estabilidad laboral reforzada de la mujer en embarazo

En consonancia con los artículos 13 y 43 de la Constitución y las disposiciones internacionales, el legislador ha desarrollado esa protección al embarazo, prohibiendo el despido de la mujer por razón o a causa de su estado. Al respecto, el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo dispone:

“1. Ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia.

2. Se presume que el despido se ha efectuado por motivos del embarazo o lactancia, cuando ha tenido lugar dentro del período de embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto, y sin autorización de las autoridades de que trata el artículo siguiente.

3. La trabajadora despedida sin autorización de la autoridad tiene el derecho al pago de una indemnización equivalente a los salarios de sesenta (60) días fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiera lugar de acuerdo con el contrato de trabajo y, además, al pago de las doce (12) semanas de descanso remunerado de que trata este capítulo si no lo ha tomado.”

Adicionalmente, el artículo 240 del mismo estatuto preceptúa:

“1. Para poder despedir a una trabajadora durante el período de embarazo o los tres meses posteriores al parto, el empleador necesita la autorización del Inspector del Trabajo, o del Alcalde Municipal en los lugares en donde no existiere aquel funcionario.

2. El permiso de que trata este artículo sólo puede concederse con el fundamento en alguna de las causas que tiene para dar por terminado el contrato de trabajo y que se enumeran en los artículos 62 y 63. Antes de resolver, el funcionario debe oír a la trabajadora y practicar todas las pruebas conducentes solicitadas por las partes.

3. Cuando sea un Alcalde Municipal quien conozca de la solicitud de permiso, su providencia tiene carácter provisional y debe ser revisada por el Inspector del Trabajo residente en el lugar más cercano.”

Las disposiciones enunciadas permiten distinguir que la legislación laboral colombiana elevó a la categoría de presunción de despido por motivo de embarazo o de lactancia, aquél que tiene lugar durante el período del embarazo o dentro de los tres meses posteriores al momento del parto, cuando no media autorización del inspector de trabajo o del alcalde del respectivo municipio, ni se tienen en cuenta los procedimientos legalmente establecidos.

Ocurrido el despido de una mujer embarazada que labore para un empleador privado o público, en las condiciones señaladas y sin el lleno de los requisitos contemplados, normalmente corresponde resolver el conflicto suscitado a la jurisdicción ordinaria laboral o

contencioso administrativa. No obstante, la jurisprudencia constitucional ha entendido que dicha situación podría provocar el desconocimiento expreso de los artículos 13, 43 y 53 de la carta política, la restricción de la libertad de optar por la maternidad y la exposición de la madre gestante a dificultades laborales, sociales y económicas, que desde todo punto de vista son reprochables e inaceptables.

En ese sentido, esta Corte ha destacado que la conculcación del derecho a la estabilidad laboral reforzada de la mujer en embarazo, conlleva un riesgo contra la seguridad material y emocional de la madre y del que está por nacer, generando la procedencia del amparo tutelar como medio idóneo y eficaz para obtener su protección. Así, se ha señalado:

“... una controversia laboral puede someterse a juicio de tutela, desplazando el medio ordinario de defensa cuando se reúnan las siguientes condiciones:¹¹ (1) que el problema que se debate sea de naturaleza constitucional, es decir, que pueda implicar la violación de derechos fundamentales de alguna de las partes de la relación laboral, puesto que si lo que se discute es la violación de derechos de rango legal o convencional, su conocimiento corresponderá exclusivamente al juez laboral;¹² (2) que la vulneración del derecho fundamental se encuentre probada o no sea indispensable un amplio y detallado análisis probatorio, ya que si para la solución del asunto es necesaria una amplia controversia judicial, el interesado debe acudir a la jurisdicción ordinaria pues dicho debate escapa de las atribuciones del juez constitucional¹³ y (3) que el mecanismo alternativo de defensa sea insuficiente para proteger íntegramente los derechos fundamentales amenazados o vulnerados y no resulte adecuado para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable de carácter iusfundamental. 14”¹⁵

Igualmente, para hacer efectiva la protección del fuero de maternidad, resultaba necesaria la concurrencia de algunos presupuestos fácticos que debían ser examinados a la luz de cada caso en concreto. Así, correspondía al juez de tutela constatar que: (i) el despido tuvo lugar durante el embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto; (ii) el empleador conocía o intuía la existencia del estado de gravidez de la trabajadora; (iii) el despido fue por razón o motivo del embarazo; (iv) no medió autorización del inspector de trabajo, tratándose de trabajadora oficial o privada o no se presenta resolución motivada del jefe del organismo si es empleada pública; y (v) con el despido se amenaza el mínimo vital de la gestante y de quien está por nacer. En otras palabras, frente a lo esencial, había de probarse la existencia

del nexo de causalidad entre el despido y el embarazo, de forma que se evidencie el tratamiento discriminatorio hacia la gestante, con vulneración del artículo 13 superior y del convenio 103 de la OIT “sobre protección de la mujer”.

Ahora bien, en consideración a que deben prevalecer los derechos de la mujer embarazada, de manera que las disposiciones laborales consulten el espíritu de la protección prevista en el artículo 43 de la Constitución, esta Corte ha dispuesto que el requisito según el cual el empleador deba conocer el estado de gravidez, no debe interpretarse en forma rígida:

“Estima la Sala que una interpretación demasiado restrictiva de esta exigencia deriva en que el amparo que la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos ordenan conferir a la mujer trabajadora en estado de gravidez con frecuencia únicamente se otorga cuando se ha constatado que la mujer ha sido despedida por causa o con ocasión del embarazo.

... ..

18.- Si se efectúa una lectura cuidadosa de lo dispuesto en el Código Sustantivo del Trabajo se tiene lo siguiente: (i) ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia; (ii) se presume que la mujer ha sido despedida por causa del embarazo o lactancia cuando el despido ha tenido lugar dentro del período de embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto y sin la autorización de que trata el artículo siguiente (sin el permiso de la inspección del trabajo). Nótese que en ninguno de los preceptos legales se exige que el estado de gravidez haya sido conocido por el empleador antes de la terminación del contrato sino que el despido se haya efectuado dentro del período del embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto.

El sentido de la legislación es precisamente desarrollar los preceptos constitucionales que configuran el fuero de maternidad, el cual abarca, a su turno, un conjunto de prestaciones económicas y no económicas tendientes a brindar protección a la mujer gestante y luego a la madre y al (a la) recién nacido (a). Por el contrario, una interpretación rígida que marque el énfasis para otorgar la protección en que el empleador sabía del estado de gravidez de la trabajadora y no en que quedó embarazada durante la vigencia del contrato, trae como consecuencia que en los contratos a término fijo o por obra los empleadores tiendan a deshacerse muy fácilmente de las obligaciones en cabeza suya alegando que nunca supieron

del estado de embarazo de la trabajadora o que tal circunstancia les fue comunicada cuando ya le habían dado aviso de la no prórroga del contrato.

19.- Es por ello que juzga la Sala necesario interpretar la legislación vigente a la luz de los preceptos constitucionales y, en tal sentido, asegurar la protección a las mujeres en estado de gravidez sin distinguir si el contrato es a término indefinido, a término fijo o por obra.

... ..

Si la trabajadora quedó embarazada durante la vigencia del contrato y prueba mediante certificado médico que ello fue así - cualquiera que sea la modalidad de contrato mediante el cual se encuentre vinculada laboralmente la mujer gestante - , el empleador debe reconocerle las prestaciones económicas y en salud que tal protección comprende en consonancia con lo dispuesto por la Constitución y por los instrumentos internacionales de derechos humanos.” 16

En este sentido, advierte la Corte que por encima de cualquier circunstancia relacionada con el aviso, oportuno o retardado, que la mujer le suministre al empleador, sea éste de carácter público o privado, y aún en ausencia de tal comunicación, prevalece sin excepción el amparo que la Constitución y el ámbito internacional de los derechos humanos le otorgan, por razón de su gestación y de los derechos inmanentes del que está por nacer.

Quinta. Ingreso y retiro de funcionarios de carrera y estabilidad laboral reforzada de las mujeres en estado de embarazo que ocupan dichos cargos. Reiteración de jurisprudencia

5.1. El artículo 125 de la Constitución Política contempla los presupuestos básicos constitucionales que rigen la carrera administrativa, estableciendo que los empleos en los órganos y entidades del Estado, por regla general, se regirán por dicho sistema, excepto los cargos de elección popular, de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los que determine la ley, los cuales poseen unas reglas de ingreso, permanencia y retiro diferente.

A su turno, en cumplimiento de los fines esenciales del Estado social de derecho, el mismo precepto, para la provisión de los cargos de carrera, estatuye la necesidad de cumplir los requisitos que exija la ley con el objetivo de establecer los méritos, la capacidad, la idoneidad y las calidades de los aspirantes a los respectivos cargos. Igualmente, el retiro será “por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley”.

Con la expedición de la Ley 909 de 2004, que reguló el empleo público y la gerencia pública, entre otros asuntos, se definió la carrera administrativa como “un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer; estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público. Para alcanzar este objetivo, el ingreso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa se hará exclusivamente con base en el mérito, mediante procesos de selección en los que se garantice la transparencia y la objetividad, sin discriminación alguna”¹⁷.

Así, bajo esa temática la citada Ley amplió las causales constitucionales de retiro en: (i) declaratoria de insubsistencia del respectivo nombramiento como consecuencia de una evaluación no satisfactoria en su desempeño laboral, para el caso de un funcionario de carrera administrativa; (ii) por la renuncia “regularmente aceptada”; (iii) reconocimiento de la pensión de jubilación o vejez; (iv) invalidez absoluta; (v) cumplimiento de la edad de retiro forzoso; (vi) destitución del empleado como resultado de un proceso disciplinario; (vii) declaratoria de vacancia por abandono del empleo; (viii) decisión judicial; y (ix) muerte¹⁸.

Por su parte, la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (L. 270/96) reguló la manera de proveer los cargos de la rama judicial de la siguiente manera: (i) en propiedad, para “los empleos en vacancia definitiva, en cuanto se hayan superado todas las etapas del proceso de selección si el cargo es de Carrera, o se trate de traslado en los términos del artículo siguiente”; (ii) en provisionalidad¹⁹, para el caso de vacancia definitiva, “hasta tanto se pueda hacer la designación por el sistema legalmente previsto, que no podrá exceder de seis meses, o en caso de vacancia temporal, cuando no se haga la designación en encargo, o la misma sea superior a un mes”; y finalmente (iii) en encargo, “cuando las necesidades del servicio lo exijan, podrá designar en encargo hasta por un mes, prorrogable hasta por un período igual, a funcionario o empleado que se desempeñe en propiedad. Vencido este

término procederá al nombramiento en propiedad o provisionalidad según sea el caso, de conformidad con las normas respectivas”²⁰.

Como se anotó, la Ley 270 de 1996 contempla la posibilidad de proveer un cargo público, en propiedad, cuando se traslade un servidor de carrera a un empleo con funciones afines, “de la misma categoría y para el cual se exijan los mismos requisitos, aunque tengan distinta sede territorial”. Para el efecto, enuncia los siguientes presupuestos que deben cumplirse para autorizar el referido traslado²¹:

“1. Cuando el interesado lo solicite por razones de salud o seguridad debidamente comprobadas, que le hagan imposible continuar en el cargo o por estas mismas razones se encuentre afectado o afectada su cónyuge, compañera o compañero permanente, descendiente o ascendiente en primer grado de consanguinidad o único civil, siempre que ello no implique condiciones menos favorables para el funcionario y medie su consentimiento expreso.

2. Cuando lo soliciten por escrito en forma recíproca funcionarios o empleados de diferentes sedes territoriales, en cuyo caso sólo procederá previa autorización de la Sala Administrativa de los Consejos Superior o Seccional de la Judicatura.

Cuando el traslado deba hacerse entre cargos cuya nominación corresponda a distintas autoridades, sólo podrá llevarse a cabo previo acuerdo entre éstas.

3. Cuando lo solicite un servidor público de carrera para un cargo que se encuentre vacante en forma definitiva, evento en el cual deberá resolverse la petición antes de abrir la sede territorial para la escogencia de los concursantes.

La Corte Constitucional en sentencia C-295 de abril 23 de 2002, M. P. Álvaro Tafur Galvis, resolvió la constitucionalidad del mencionado artículo que estatuye el traslado, al estimar:

“- La ley estatutaria de administración de justicia dispone en el artículo 132 que la provisión de cargos en la rama judicial se podrá hacer en propiedad para los empleos en vacancia definitiva, en cuanto se hayan superado todas las etapas del proceso de selección si el cargo es de carrera, o se trate de traslado en los términos del artículo 134²².

Es decir que la ley estatutaria ya contemplaba como una de las hipótesis para la provisión de cargos en propiedad, incluidos los cargos de carrera, la figura del traslado regulada en el artículo 134 de la ley 270 de 1996.

- La disposición que se analiza no implica el desconocimiento de los derechos a acceder a la carrera judicial de quienes participan en los concursos de méritos y hacen parte del respectivo registro de elegibles, por cuanto la figura del traslado de un funcionario de carrera introducida en el numeral 3 analizado, no implica la desaparición de la vacante en términos absolutos.

Al respecto es preciso aclarar que el traslado al que se está haciendo alusión es aquel que procede ante la verificación de una vacante definitiva y no a los traslados recíprocos cuyos requisitos son diferentes, precisión a la que se hace referencia para resaltar que en la hipótesis bajo estudio la provisión del cargo con el simple traslado de un funcionario de la rama judicial no elimina la vacante sino que la hace subsistir en la plaza dejada por el funcionario que obtiene dicho traslado.”

En esa ocasión se concluyó que, en observancia de los principios que rigen el sistema de carrera judicial, como son la profesionalidad de sus funcionarios, la eficiencia en su gestión, la garantía del acceso en igualdad de oportunidades y el mérito, el traslado como forma de proveer los empleos públicos es una manera de copar cargos en propiedad, para el caso los que se encuentren en vacancia definitiva, siempre y cuando se cumplan los presupuestos anteriormente enunciados²³.

Por otra parte, resulta relevante aclarar que no deben confundirse los empleos de libre nombramiento y remoción, con los que han sido designados en provisionalidad. Para esta Corte la situación de uno y otro es diferente, debido a que para el primero, existe una estabilidad laboral “precaria”, en cuanto a que la desvinculación depende de la decisión discrecional del nominador, mientras que en el segundo, por tratarse una estabilidad laboral intermedia²⁴, es necesario para su retiro una razón que lo justifique²⁵, pues si bien no son titulares de las prerrogativas propias del sistema de méritos, cuentan con una protección respecto de las razones de su desvinculación, que consiste en la posibilidad de no ser removidos del empleo “sino por causas disciplinarias, baja calificación en las funciones,

razones expresas atinentes al servicio, o por designación por concurso de quien ganó la plaza, conforme a la regla constitucional general relativa con la provisión de los empleos de carrera (Art. 125 C.P)".²⁶

5.2. Frente al tema de la estabilidad laboral reforzada de las mujeres en estado de embarazo que prestan sus servicios en la Rama Judicial, cabe indicar que, para la aplicación de la referida protección, la jurisprudencia constitucional no ha efectuado ninguna diferenciación en cuanto al tipo de nombramiento. En consecuencia, no existe argumento constitucional válido para restringir ese derecho a las servidoras que se encuentren ejerciendo funciones en un cargo en provisionalidad.

Esta corporación en sentencia T-885 de octubre 2 de 2003, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, para el caso de una funcionaria judicial que había sido desvinculada de su cargo como consecuencia de la supresión de varios empleos, estimó que la protección de la mujer embarazada para no ser despedida de su trabajo, debe ser igualmente aplicable para las funcionarias de la rama judicial; así, en aquella oportunidad, para solucionar el planteamiento de qué sucede cuando se trata de una servidora pública, cuyo cargo corresponde a uno de carrera y está siendo desempeñado en provisionalidad por una empleada en estado de embarazo, resolvió que se trata de un principio constitucional, y que por tanto, no es posible privarla de esa garantía.

Posteriormente, en sentencia T-245 de marzo 30 de 2007, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, se analizó la situación de una servidora judicial que se encontraba en ejercicio de funciones en provisionalidad, mientras que el funcionario titular se encontraba disfrutando de una licencia no remunerada, siendo desvinculada a pesar de su estado de embarazo, luego de la reincorporación del titular al cargo.

Por ende, en esa providencia se ordenó a la Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial, (i) cancelar el valor correspondiente a los salarios dejados de percibir por la demandante durante los meses que no trabajó, desde su retiro "hasta cuando el parto se produjo y tres meses más", y (ii) pagar los aportes a la EPS a la cual estaba afiliada la peticionaria, desde el momento de su retiro hasta que el menor cumpliera un año de edad, con el fin de que tanto la madre como el niño pudieran tener acceso al Plan Obligatorio de Salud.

Finalmente, es necesario resaltar lo indicado en el fallo T-088 de febrero 15 de 2010, M. P.

Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, cuando fue declarado insubsistente el cargo en provisionalidad que venía desempeñando una docente embarazada, alegando el accionado (Departamento de Magdalena), que al momento de expedirse el acto administrativo el estado de gravidez no había sido notificado y que la actora no había superado el concurso de méritos para ocupar el cargo:

“... ya no es necesaria la comunicación del estado de embarazo al empleador. Pues, constituye una carga excesiva para la mujer gestante, por lo que debe entenderse que si la mujer mediante un examen médico o por cualquier medio científico demuestra que al momento de encontrarse vigente el vínculo laboral -que bajo cualquier modalidad de contrato estuviere desarrollando- se encontraba embarazada, el empleador debe reconocerle a la mujer gestante todas las prestaciones derivadas del ‘fuero de maternidad’ durante el período de gravidez, el parto y los tres meses posteriores al parto.²⁷

... ..

Ahora bien, nada obsta para que los lineamientos aplicados a la modalidad del contrato por prestación de servicios, de obra, a término fijo, entre otros, se extiendan a la vinculación de las servidoras públicas en provisionalidad. Si bien ésta modalidad de vinculación no otorga derechos de permanencia en un cargo de carrera, en virtud de una interpretación constitucional amplia de las normas que se refieren a la protección de la mujer gestante, la servidora pública que ocupe un cargo de carrera en provisionalidad debe estar amparada por la presunción de despido por embarazo. Dicha relación laboral cumple con el lleno de todos los requisitos exigidos para que pueda predicarse la existencia de un contrato, entre ellos el de la subordinación. Tal como se interpretó para la mujer gestante que estuviere desarrollando un trabajo a término fijo, por obra, por prestación de servicios, o a través de una Cooperativa de Trabajo Asociado.²⁸”

Por lo expuesto, para hacer efectiva la protección que garantice el bienestar de la mujer en embarazo que ocupe un cargo de carrera y de la criatura que está por nacer, deben tenerse en cuenta los siguientes presupuestos: (i) no podrán ser despedidas durante el período de embarazo ni en el lapso de la licencia de maternidad; (ii) cuando se encuentre el nombramiento en período de prueba, el referido tiempo deberá ser interrumpido hasta después de vencida la licencia de maternidad; (iii) las empleadas que hayan obtenido

calificación no satisfactoria en la evaluación de servicios, solo podrán ser desvinculadas pasados 8 días del vencimiento de la lactancia.

Sexta. Análisis del caso concreto

6.1. Se estudia la situación de Érika Milena García Daza, de 32 años de edad, quien impetró acción de tutela contra el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Neiva, al haberla desvinculado del cargo de Secretaria que venía desempeñando en provisionalidad, en observancia al concepto favorable de traslado emitido por la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Huila, para proveer en propiedad dicha vacante, aún cuando la actora informó de su estado de embarazo el mismo día en que le fue notificado el nombramiento del servidor de carrera que entraría a suplir la vacante del respectivo despacho.

6.2. La Sala Cuarta de Decisión Penal del Tribunal Superior de Neiva mediante providencia de noviembre 29 de 2010, que no fue impugnada, negó el amparo al considerar que la estabilidad laboral de los funcionarios vinculados a la rama judicial en provisionalidad, fue satisfecha por el despacho accionado en la medida en que el nombramiento de la actora tenía como finalidad proveer la vacante de Secretaria en el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Neiva, hasta tanto ésta se supliera con el personal inscrito en carrera judicial. Así, estimó que el acto de desvinculación es legal y estuvo debidamente motivado.

6.3. Lo primero que ha de indicarse es que esta Sala encuentra que el derecho invocado por la demandante es susceptible de protección por medio del presente amparo constitucional, puesto que dada la naturaleza temporal de la maternidad, la especialidad del fuero, la importancia de la garantía a la estabilidad laboral reforzada de la mujer en embarazo y el imperioso respeto por la vida de la criatura que está por nacer, hace necesario el pronunciamiento del juez de tutela.

6.4. Frente a la estabilidad laboral intermedia de los servidores públicos que ocupan cargos en provisionalidad, del estudio de las pruebas allegadas al expediente se pudo determinar que el nombramiento de Érika Milena García Daza, como Secretaria del Juzgado Tercero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Neiva, obedeció a la vacancia definitiva

del referido cargo, como consecuencia de la renuncia de Santiago García Cuéllar.

Por lo anterior, al tratarse de funciones afines a las que venía ejerciendo el señor Giraldo Yasnó Ceballos en el Juzgado Primero Penal del Circuito de Neiva, este servidor público obtuvo concepto favorable de la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Huila para su traslado al Juzgado Tercero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Neiva, con el fin de desempeñar las labores de Secretario.

Conforme a lo expuesto en la consideración quinta de esta providencia, el traslado es una forma de proveer los empleos públicos que se encuentran ocupados por otros servidores en provisionalidad, por lo cual, a pesar de que estos últimos no gozan de las prerrogativas del sistema de méritos, es necesario que el acto de desvinculación esté debidamente motivado y sea expedido conforme a los lineamientos para la provisión de los empleos de carrera.

Para el caso de la accionante, quien fue desvinculada del cargo de Secretaria que venía ocupando en el Juzgado demandado, como consecuencia del traslado otorgado al señor Giraldo Yasnó, esta Sala considera que el derecho a la estabilidad laboral intermedia de la que era titular la accionante por ocupar un empleo en provisionalidad, fue respetado, en la medida en que la terminación del vínculo laboral obedeció a una razón justificada en el ordenamiento jurídico.

6.5. Ahora bien, en cuanto a la estabilidad laboral reforzada de la mujer en estado de gravidez que preste sus servicios en la Rama Judicial, es necesario reiterar que la provisionalidad en el cargo no conlleva negar la referida garantía constitucional, puesto que tal protección se genera con independencia de la clase de nombramiento en que se encuentre la empleada.

Así, que la señora Érika Milena García Daza haya comunicado al despacho accionado su embarazo el mismo día en que a ella le fue notificado el nombramiento del servidor público que entraría a suplir la vacante de Secretario, no demerita que, por encima del aviso retardado, se encuentre probado (f. 20 cd. inicial) que en vigencia del vínculo laboral la actora llevaba 5 semanas de gestación, lo que constituye causal suficiente para reconocerle las prestaciones derivadas del fuero de maternidad, en observancia a la protección que la Constitución y el ordenamiento internacional le otorga a la mujer gestante y al ser humano que está por nacer.

Con todo, al estar en conflicto los derechos de la accionante y los del funcionario nombrado en propiedad, esta Sala concluye, en una interpretación constitucional armónica, que la solución ecuánime y que brinda mayor protección a los derechos contrapuestos, es la acogida por esta corporación en la precitada sentencia T-245 de 2007.

6.6. Por tanto, restablecidos los términos que habían sido suspendidos, será revocado el fallo único de instancia dictado en noviembre 29 de 2010, por la Sala Cuarta de Decisión Penal del Tribunal Superior de Neiva, que negó el amparo pedido por la señora Érika Milena García Daza.

En su lugar, se concederá la tutela y se ordenará a la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, por conducto de su Director o quien haga sus veces, que si aún no lo ha realizado, dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, cancele a la señora Érika Milena García Daza el valor correspondiente a los meses de salario dejados de percibir, desde cuando fue retirada hasta tres meses después del parto, y pague las cotizaciones a la EPS a la cual se encontraba afiliada la demandante, desde el momento de su retiro hasta cuando el bebé cumpla un año de vida.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- RESTABLECER los términos para resolver el presente asunto, que habían sido suspendidos mediante auto de mayo 11 de 2011.

Segundo.- REVOCAR el fallo único de instancia proferido por la Sala Cuarta de Decisión Penal del Tribunal Superior de Neiva en noviembre 29 de 2010, que negó la tutela instada por la señora Érika Milena García Daza y, en su lugar, TUTELAR el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada.

Tercero.- ORDENAR a la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, por conducto de su Director o quien haga sus veces, que si aún no lo ha realizado, dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, cancele a la señora

Érika Milena García Daza el valor del salario dejado de percibir, desde cuando fue retirada hasta tres meses después del parto, y pague las cotizaciones a la EPS a la cual se encontraba afiliada la actora, desde el momento de su retiro hasta cuando el bebé cumpla un año de vida.

Cuarto.- Por Secretaría General, LÍBRESE la comunicación a que alude el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

Con salvamento parcial de voto

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Resolución N° 217 A (III), de diciembre 10 de 1948. Cfr. “Compilación de Instrumentos Internacionales, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Penal Internacional. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos”, sexta edición, 2005, pág. 18.

2 Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Resolución 2200 A (XXI), de diciembre 16 de 1966, vigente desde marzo 23 de 1976 (ver L. 74/68), pág. 61 ib..

3 Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Resolución 34/180, de diciembre 18 de 1979, vigente en Colombia desde febrero 19 de 1982 (ver L. 51/81), pág. 206 ib..

4 T-095 de febrero 7 de 2008, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

5“El artículo 93 señala ‘Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. //‘Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia’.”

6 “Resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General, aprobada el 16 de diciembre de 1966.”

7“Aprobada en Colombia por Ley 319 de 1996.”

9 T-872 de septiembre 9 de 2004, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

10 T-1030 de diciembre 3 de 2007; T-169 de febrero 21 de 2008 y T-621 septiembre 4 de 2009, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

11 “ST-335/00 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz).”

12 “SU-342/95 (MP Antonio Barrera Carbonell) y SU-547/97 (MP José Gregorio Hernández Galindo).”

13“ST-079/95 (MP Alejandro Martínez Caballero).”

14 “SU-547/97 (MP José Gregorio Hernández Galindo) y SU-667/98 (MP José Gregorio Hernández Galindo).”

15 T-1496 de noviembre 2 de 2000, M. P. Martha Victoria Sáchica Moncaleano. Ver además: T-283 de abril 3 de 2003, M. P. Álvaro Tafur Galvis y T-863 de septiembre 25 de 2003, M. P. Jaime Araújo Rentería.

16 T-095 de 2008, ya citada.

17 Art. 27, ib..

18 Art. 41 L. 909 de 2004.

19 Art. 132 L. 270/96: “Cuando el cargo sea de Carrera, inmediatamente se produzca la vacante el nominador solicitará a la Sala Administrativa del Consejo Superior o Seccional de la Judicatura, según sea el caso, el envío de la correspondiente lista de candidatos, quienes deberán reunir los requisitos mínimos para el desempeño del cargo.

En caso de vacancia temporal en la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Corte Constitucional o el Consejo Superior de la Judicatura o los Tribunales, la designación se hará directamente por la respectiva Corporación.”

20 Ib..

21 L. 270/96, art. 134.

22 “La norma señala textualmente ‘en los términos del artículo siguiente’, es decir en principio el artículo 133. Sin embargo en cuanto es en realidad el artículo 134 el que se ocupa del tema de los traslados a que se refiere la norma, ha de entenderse que es a este artículo al que se refirió el legislador.”

23 Posterior a una lectura sistemática de las disposiciones estudiadas en aquella oportunidad, la Corte dedujo que, teniendo en cuenta que el referido precepto no hace alusión a la autoridad encargada de evaluar la solicitud y proponer las alternativas de traslado, “es a la Sala Administrativa de los Consejos Superior o Seccional de la Judicatura, según el caso, a la que corresponde esta competencia. Sin embargo, debe aclararse como se hizo en la sentencia C-037 de 1996, que ello se entiende sin perjuicio de la competencia propia de cada nominador y en particular de aquella reconocida a la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Fiscalía General de la Nación y la Corte Constitucional. Es decir que como lo señala el Señor Presidente de la Corte Suprema de Justicia corresponde a la Sala Administrativa de los Consejos Superior o Seccional de la Judicatura emitir un concepto previo en relación con el cumplimiento de los requisitos señalados por el numeral bajo examen, pero la decisión de aceptar el traslado o no, corresponde al respectivo nominador”.

24 Al respecto, esta corporación aseveró en sentencia T-963 de noviembre 26 de 2010, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto: “En últimas, los trabajadores que ocupan cargos en provisionalidad gozan de un fuero de estabilidad intermedia, de acuerdo con el cual a más de las causales enunciadas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004 sería aplicable la que autorice el retiro de quien ocupa un cargo en provisionalidad cuando el reemplazo se debe al nombramiento en propiedad de quien hubiese superado el concurso dispuesto para el efecto, justamente porque el mérito orienta el ingreso a la carrera administrativa y el concurso se erige en el mecanismo apropiado para materializar ese mandato. Ello requiere, además, la debida motivación del acto en el que se dispone la desvinculación con base en alguna de las causales referidas.”

25 T-001 de enero 16 de 2009, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

26 T-007 de enero 17 de 2008, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

27 “Corte Constitucional, sentencia T-095 del 7 de febrero de 2008, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.”

28 “Corte Constitucional, sentencia T-004 del 14 de enero de 2010, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.”