COPIA DE CONSULTA · DOCUMENTO PÚBLICO OFICIAL

Sentencia T/228/05

Corte	Corte Constitucional
Tipo	Sentencia de tutela
Referencia	T/228/05
Expediente	—
Fecha	2005-03-11
Sala	Sala Laboral
Magistrado ponente	Dr JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO
Partes	—

Temas que titula la Corte Constitucional

- Derecho A La Estabilidad Laboral Reforzada De Mujer Embarazada
- Ejercito Nacional
- Reintegro Al Cargo De Mujer Embarazada Y Pago De Indemnizacion Por El Ejercito Nacional
- Mujer Trabajadora Embarazada
- Reintegro Al Cargo De Mujer Embaraza

Resumen del caso (según la propia sentencia)

La afectación grave de derechos constitucionales fundamentales cuyo titular sea un sujeto de especial protección,- como el derecho a la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada -, no puede justificarse simplemente

Texto completo

T-228-05 Sentencia T-121/02 Sentencia T-228/05 DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA -Origen, contenido y alcance El derecho a la estabilidad laboral reforzada en cabeza de la mujer embarazada se encuentra reconocido tanto en la Constitución como en las leyes laborales y ha sido garantizado, en reiterada jurisprudencia, por la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia. En estos términos es importante recordar que el reconocimiento de este derecho no es una reciente innovación constitucional. Por el contrario, incluso antes de expedida la Carta de 1991, con el fin de combatir la discriminación laboral contra la mujer embarazada y la consecuente vulneración de sus derechos a la libre determinación, a la maternidad, al trabajo y a la igualdad, el legislador preconstitucional consagró el derecho de la mujer gestante a no ser despedida de su empleo sin que previamente la autoridad laboral competente hubiere producido, con todas las garantías del debido proceso, la respectiva autorización. Para garantizar este derecho el legislador estableció dos salvaguardas: la presunción de la discriminación cuando la trabajadora en estado de embarazo era despedida sin que existiera la respectiva autorización y la obligación de indemnizar a la trabajadora despedida en estas circunstancias.

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA -Límites a la facultad discrecional de la administración La afectación grave de derechos constitucionales fundamentales cuyo titular sea un sujeto de especial protección,- como el derecho a la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada -, no puede justificarse simplemente en el ejercicio de una facultad discrecional de la administración. En estos casos dada la presunción de discriminación en contra de tales sujetos y la obligación de trato especialmente favorable que surge del

artículo 13 de la Carta, la administración tiene la carga de demostrar que su acto se ampara en razones suficientes distintas a la simple discrecionalidad.

EJERCITO NACIONAL -Facultad discrecional de la Administración para retirar a funcionaria pública embarazada En esta sentencia la Corte no puede menos que reiterar la jurisprudencia vigente tanto del máximo órgano de lo contencioso administrativo como del máximo guardián la Constitución: la desvinculación laboral de una mujer embarazada que previamente ha informado a la administración sobre su estado, realizada en uso de facultades discrecionales y sin motivación sustantiva suficiente, carece de todos los efectos jurídicos. En consecuencia, la mujer afectada tiene derecho al reintegro y al pago de los emolumentos dejados de recibir.

REINTEGRO AL CARGO DE MUJER EMBARAZADA Y PAGO DE INDEMNIZACION POR EL EJERCITO NACIONAL -Procedencia En el caso bajo estudio, el Ejército vulneró el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada de la actora, pues pese a que esta ya había informado a la institución sobre su estado de embarazo, la retiró del servicio activo a través de un acto administrativo expedido en ejercicio de facultades discrecionales que no contenía una motivación suficiente para desvirtuar la presunción de discriminación. En consecuencia, la actora tiene derecho a ser reintegrada a su puesto de trabajo y al pago de todos los emolumentos dejados de recibir.

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA -Elementos fácticos que deben demostrarse En reiterada jurisprudencia la Corte ha afirmado que la mujer que ha sido despedida encontrándose en estado de embarazo puede acudir a la acción de tutela para solicitar la protección de sus derechos fundamentales mediante el reintegro a su lugar de trabajo, siempre que se encuentren plenamente demostradas las siguientes condiciones: (1) Que existe una vinculación laboral – o reglamentaria - entre la parte actora y la persona o entidad accionada (2) Que el despido o la desvinculación se ocasionó durante el embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto; (3) Que la desvinculación se produjo sin los requisitos pertinentes para cada caso; (4) Que el empleador conocía o debía conocer el estado de embarazo de la empleada o trabajadora; (5) Que el despido amenaza el mínimo vital de la actora o que la arbitrariedad resulta evidente y comporta un daño grave y notorio. A juicio de la Corte, en los casos en los cuales se encuentren demostrados los cinco extremos antes mencionados no existe ninguna razón para postergar la protección constitucional de los derechos fundamentales de la mujer afectada. A juicio de la Corte, postergar la protección en este tipo de casos no reporta ningún beneficio para las partes ni para el sistema jurídico y sólo tiene como efecto desestimular fuertemente la opción de la maternidad.

MUJER TRABAJADORA EMBARAZADA -Información oportuna al empleador/ REINTEGRO AL CARGO DE MUJER EMBARAZA -Protección Referencia: expediente T-1002798 Acción de tutela interpuesta por Emma Leticia Duque Jiménez contra el Ejército Nacional Magistrado Ponente:

Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO Bogotá, D.C., once (11) de marzo de dos mil cinco (2005). La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política y en el Decreto Ley 2591 de 1991, profiere la siguiente SENTENCIA dentro del proceso de revisión de los fallos dictados por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín y la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia sobre el asunto de la referencia, proferidos el 10 de agosto y el 30 de septiembre de 2004, respectivamente.

I. ANTECEDENTES 1. El 15 de julio de 2004, la señora Emma Leticia Duque Jiménez interpuso acción de tutela ante el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Medellín (Antioquia) - Sala laboral, contra el Ejército Nacional, por considerar que esta institución vulneró sus derechos fundamentales a la salud (C.P artículo 47) y a la vida (C.P., artículo 11). A juicio de la actora la violación a sus derechos fundamentales se produjo a raíz de la decisión discrecional de retirarla del servicio activo del Ejército pese a que previamente había informado a la Institución sobre su estado de embarazo.

En la tutela presentada, la actora manifestó que contaba con 14 años de vinculación al Ejército Nacional. Señaló que al momento de ser retirada del servicio activo ocupaba el grado de Sargento Viceprimero y se desempeñaba como Jefe de la Sección Jurídica del Batallón de Ingenieros N° 4 “Pedro Nel Ospina”. Indicó que desde los inicios de su carrera en la Fuerza Pública desempeñó sus funciones en forma ejemplar, tal y como consta en su hoja de vida.

Señala la actora que el día 22 de junio se practicó una prueba de gravidez y se enteró que tenía 6 semanas de embarazo. Indica que de inmediato le informó al Comandante del Batallón de Ingenieros N° 4, “Pedro Nel Ospina”, sobre su nueva situación, anexando copia del resultado de la prueba de embarazo. Adicionalmente, señala que el 24 de junio se presentó ante el médico de la Cuarta División del Ejército, a quien le informó sobre su estado. Tal visita quedó registrada en la ficha institucional de evaluación y seguimiento – adjuntada al expediente - en la cual consta que el 24 de junio de 2004, la “paciente” entregó “prueba de embarazo de otra institución la cual es positiva”. El 25 de junio le practicaron el examen institucional de gravidez y la prueba, nuevamente, dio positiva. Según la historia clínica que la actora aporta al expediente, a partir del 25 de junio comienza a recibir los controles prenatales y el 28 del mismo mes le ordenan la primera incapacidad por considerar que se trata de un embarazo de alto riesgo.

No obstante lo anterior, afirma que el 8 de julio de 2004, en uso de facultades discrecionales y sin mayor motivación, el Comandante del Ejército profirió la resolución 0659 por medio de la cual resuelve retirarla del servicio activo de dicha institución.

La parte pertinente de la Resolución 0659 dice lo siguiente: “El Comandante del Ejército Nacional, en uso de las facultades legales que le confiere la Resolución N° 162 del 27 de febrero de 2002, Resuelve: Artículo 1°.

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 99 y 100 literal a, numeral 8 y 104 del Decreto Ley 1790 de 2000, con novedad fiscal 10 de julio de 2004, retirar del servicio activo del Ejército Nacional por facultad discrecional, en forma temporal con pase a la reserva, a los siguientes suboficiales, así: (...) Sargento Viceprimero Emma Leticia Duque Jiménez 00043700674 del Batallón de Ingenieros N° 4 “General Pedro Nel Ospina” (...)”.

Dado que nunca recibió una sola amonestación y que, por el contrario, sus servicios han sido reconocidos y premiados de manera constante, entiende que la razón de su retiro no puede ser otra que la de su estado de embarazo. Por ello, a través de la acción de tutela, solicita la protección de sus derechos fundamentales mediante el reintegro a su lugar de trabajo.

Finalmente, indica que además del hijo que espera, tiene dos menores de 8 y 11 años a los cuales debe sostener. Que la desvinculación de su lugar de trabajo tendría consecuencias muy graves para su familia pues vive en una casa fiscal del Ejército en la cual no tiene que pagar arriendo y que su esposo es pensionado.

Adicionalmente afirma que su embarazo es de alto riesgo por lo cual se ve amenazado tanto su derecho a la salud como su derecho a la vida. La actora sustenta sus pretensiones, entre otras, en las Sentencias T-373 de 1998 y T-1473 de 2000 de la Corte Constitucional, a través de las cuales la Corporación ha reconocido el derecho a la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada, así como el derecho al reintegro cuando ha sido despedida por razón de su embarazo.

Anexa a su solicitud los siguientes documentos: -Copia de la comunicación N° 262361 por medio de la cual se le notifica que ha sido retirada del servicio activo del Ejército Nacional - Copia de la prueba inmunológica de embarazo de junio 22 de 2004.

- Copia de la comunicación de 22 de junio en la cual informa sobre su estado de embarazo, al Comandante del Batallón de Ingenieros N° 4 “Pedro Nel Ospina” - Copia de la historia clínica del 24 de junio, en la cual se registra que la actora informa al médico de la institución sobre su estado de embarazo - Copia de la prueba de gravidez practicada en el laboratorio clínico del Batallón de Ingenieros N° 4, el 25 de junio de 2004.

- Copia de la historia clínica completa, con las incapacidades que, a partir del 28 de junio de 2004, recibió por encontrarse en embarazo de alto riesgo.

- Copia del desprendible de pago en el que se demuestra que recibió varias jinetas o reconocimientos otorgados al personal de suboficiales cuando sus servicios son premiados y no han sido sancionados.

2. Una vez admitida la acción de tutela, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Medellín- Sala Laboral solicita a la entidad demandada que aporte las siguientes pruebas:

- Copia de la Resolución de julio 8 de 2004, por medio de la cual la accionante fue retirada del servicio activo. - Documento contentivo de la recomendación previa del comité de evaluación que aprobó el retiro del servicio de la Suboficial.

- Informe sobre si a la accionante se le han aplicado sanciones disciplinarias o penales durante su permanencia en la institución, de ser así, aporte copia de los informes respectivos.

- Informe sobre el procedimiento en caso de retiro por facultad discrecional de una Suboficial que se encuentra en estado de gravidez. 3. En su escrito de respuesta, el Coronel Germán Saavedra, en representación de la entidad accionada solicitó al Tribunal desestimar la acción de tutela presentada y negar las pretensiones de la actora. Para fundamentar su solicitud expuso los argumentos que adelante se resumen.

En primer lugar, afirmó que el acto administrativo de retiro (Resolución 659 de 8 de julio de 2004) se produjo en ejercicio de la facultad discrecional establecida en el artículo 104 del Decreto 1790 de 2000, en virtud del cual, por razones del servicio se podrá disponer el retiro de los Oficiales y Suboficiales, con cualquier tiempo de servicio, previa recomendación del Comité de Evaluación. Al respecto señaló que el Comité de Evaluación se reunió el 25 de junio, fecha en la cual recomendó el retiro de la actora “por razones del servicio y en forma discrecional”. Afirma, en consecuencia, que la Resolución 659 fue expedida atendiendo todas las disposiciones legales y reglamentarias sobre la materia y añade que “no hay otra razón por la cual se haya retirado a la tutelante que la facultad discrecional otorgada en la norma citada para determinar sin motivación alguna que oficiales o suboficiales pueden ser dados de baja por razones del servicio y en forma discrecional”.

Adicionalmente, el Coronel señaló que al momento de expedirse la Resolución 659 el Comando desconocía que la actora se encontraba en estado de gravidez. En este sentido afirma que dicha resolución es el resultado de la recomendación emitida el 25 de junio de 2004 por el Comité de Evaluación para la aplicación del artículo 104 del Decreto 1790 de 2000 . Señala que en la fecha en la cual se produjo dicha recomendación, “la accionante no había comunicado su estado de gravidez a la Fuerza”.

Finalmente, el Coronel indica que, en todo caso, el Ejército se hará cargo de los servicios médicos que la accionante requiera por su embarazo y reconocerá las prestaciones a que tenga derecho, además de la indemnización equivalente a 60 días de haberes de que trata el artículo 152 del Decreto 1211 de 1990. En consecuencia, afirma que en el presente caso no existe un perjuicio irremediable que habilite a la actora para acceder al mecanismo transitorio de la acción de tutela.

El Coronel anexa como prueba los siguientes documentos: - Copia de la resolución 0659 de 8 de julio de 2004, por medio de la cual se retira del servicio a algunos suboficiales – incluida la accionante-.

- Copia de la reunión del Comité de Evaluación para la aplicación del Artículo 104 del Decreto 1790 de 2000. 4. Por providencia de agosto 10 de 2004, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Medellín- Sala Laboral, denegó por improcedente la acción de tutela.

A juicio de Sala, el Comandante de la respectiva fuerza y el Comandante General del Ejército Nacional están facultados para disponer, en forma discrecional, el retiro del servicio activo de los suboficiales. Advierte que la decisión de retirar a la actora del servicio activo del Ejército se adoptó en ejercicio de tales facultades y en cumplimiento de la totalidad de los requisitos exigidos por las normas legales y reglamentarias para la adopción de una decisión de tal naturaleza.

En consecuencia, encuentra que sobre el acto administrativo que se impugna recae la presunción de legalidad, presunción que no puede ser desvirtuada por el juez de tutela.

Ahora bien, en todo caso el Tribunal recuerda que el Consejo de Estado ha sostenido que el acto administrativo por el cual se retira del servicio a una mujer embarazada debe estar necesariamente motivado. En este sentido, pese a constatar que en el presente caso tal exigencia no se cumplió, afirma que el competente para pronunciarse sobre el vicio que puede afectar al acto administrativo en cuestión es el juez contencioso administrativo y no el juez de tutela. Al respecto dice la sentencia en revisión:

"(...)Lo cierto es que el juez constitucional no está facultado para calificar la legalidad o ilegalidad de tal acto administrativo porque estaría invadiendo la competencia de otra rama del poder público y sustituyendo de contera al juez competente".

Finalmente, ante la existencia de un mecanismo alternativo de defensa judicial, la sentencia del Tribunal afirma que la tutela sólo podría proceder si se encontrara demostrada la amenaza de un perjuicio irremediable. Sin embargo, a juicio del Tribunal, el pago de la indemnización de 60 días y la afirmación del Coronel según la cual el Ejército se haría cargo de la atención de la salud y el parto de la actora, conjuran la ocurrencia de este tipo de perjuicio. Por consiguiente, el Tribunal consideró que la vía contencioso administrativa era un medio de defensa judicial "idóneo y eficaz para la protección de los derechos presuntamente quebrantados a la accionante".

5. La demandante impugnó la decisión de primera instancia. En su criterio, el acto de retiro no cumple con las normas constitucionales, legales y reglamentarias que regulan la materia. En este sentido, señala que la Sala Laboral del Tribunal desconoció la comunicación del 22 de junio de 2004 en la que la actora informa a la institución su estado de gravidez. Dicha comunicación fue anterior a la baja, razón por la cual no es razonable sostener que la institución no estaba enterada de su estado. Por lo anterior, afirma que la medida de retiro fue efectuada con desvío de poder, es decir sin incurrir en violación a la ley, pero utilizando dichos poderes con el propósito de buscar un interés contrario al perseguido por el legislador cuando otorgó la respectiva competencia.

Finalmente, indica que el fallo impugnado desconoce que la tutela se interpuso como mecanismo transitorio, porque la vía contencioso administrativa no resulta idónea y eficaz para la protección inmediata de los derechos fundamentales de la mujer embarazada.

6. La Corte Suprema de Justicia- Sala laboral, mediante sentencia de 30 de septiembre de 2004, confirmó el fallo del a-quo. A juicio del ad-quem, el asunto que origina la acción de tutela no es otro que el de definir la validez de la Resolución 659 del 8 de julio de 2004 y la legalidad de las facultades discrecionales de que trata el artículo 104 del Decreto 1790 de 2000. Afirma que este tipo de análisis no le competen al juez de tutela sino a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Indica que según reiterada jurisprudencia de esa Sala, la tutela es improcedente cuando quiera que existe un mecanismo alternativo de defensa judicial. En consecuencia, confirma el fallo impugnado.

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

II. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN Problemas jurídicos a resolver 1. En virtud de los antecedentes planteados la Corte debe definir, en primer lugar, si una suboficial del Ejército que se encuentra en estado de embarazo tiene derecho

constitucional fundamental a no ser desvinculada de su cargo a través de una decisión discrecional no motivada, si previamente ha informado a la institución sobre su estado de gestación.

Si la respuesta a la cuestión planteada fuera positiva, deberá la Corte definir si la suboficial que afirma haber sido retirada del servicio por un acto discrecional, previa notificación a la institución sobre su estado de gravidez, puede acudir a la acción de tutela para solicitar el reintegro a su lugar de trabajo o si, por el contrario, debe acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo tal y como lo sostienen los jueces de instancia de la presente acción.

Para resolver el primer problema jurídico planteado la Corte deberá estudiar sumariamente, en su orden, los siguientes asuntos: (1) el origen, contenido y alcance del derecho a la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada; (2) el ejercicio de las facultades discrecionales de la administración frente al derecho a la estabilidad laboral reforzada; (3) y, el remedio necesario para satisfacer el derecho a la estabilidad laboral reforzada de la mujer en estado de embarazo.

Estabilidad laboral reforzada de la mujer en estado de embarazo 2. El derecho a la estabilidad laboral reforzada en cabeza de la mujer embarazada se encuentra reconocido tanto en la Constitución como en las leyes laborales y ha sido garantizado, en reiterada jurisprudencia, por la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia. En estos términos es importante recordar que el reconocimiento de este derecho no es una reciente innovación constitucional. Por el contrario, incluso antes de expedida la Carta de 1991, con el fin de combatir la discriminación laboral contra la mujer embarazada y la consecuente vulneración de sus derechos a la libre determinación, a la maternidad, al trabajo y a la igualdad, el legislador preconstitucional consagró el derecho de la mujer gestante a no ser despedida de su empleo sin que previamente la autoridad laboral competente hubiere producido, con todas las garantías del debido proceso, la respectiva autorización. Para garantizar este derecho el legislador estableció dos salvaguardas: la presunción de la discriminación cuando la trabajadora en estado de embarazo era despedida sin que existiera la respectiva autorización y la obligación de indemnizar a la trabajadora despedida en estas circunstancias.

Las normas legales que establecían las garantías antes mencionadas fueron demandadas ante la Corte Constitucional. Esta Corporación, a través de la sentencia C-470/97 resolvió declarar exequibles las disposiciones objeto de control constitucional (el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo y los artículos 2º de la Ley 197 de 1938 y 21 del decreto 3135 de 1968). No obstante, tal declaratoria se produjo bajo el entendido de que “carece de todo efecto” el despido de una trabajadora durante el embarazo, o en los tres meses posteriores al parto, sin la correspondiente autorización previa del funcionario del trabajo para las trabajadoras oficiales o privadas, o, para el caso de las servidoras públicas, sin la correspondiente resolución motivada del jefe respectivo, a través de la cual se verifique la justa causa para la desvinculación.

En criterio de la Corte, la estabilidad laboral reforzada o “fuero de maternidad”, es indispensable para garantizar, entre otros, el derecho fundamental a no ser discriminada – es decir a no recibir un trato diferenciado negativo - por razón del embarazo (C.P: art. 13, 43 y 53), el derecho de la familia y en particular de la mujer, a tener el número de hijos que considere adecuado (C.P. art. 16 y 42); el derecho a la autodeterminación y al libre desarrollo de la personalidad de la mujer (C.P. art.16); el derecho al trabajo de la mujer y a su participación activa en la vida laboral (C.P. art. 25 y 53); a recibir 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). [1] Adicionalmente, la Corte ha encontrado que la protección especial de la mujer en estado de embarazo se produce con el fin de proteger al nasciturus (C.P.

art. 1, 11 y 42) y a la familia (C.P. art. 42) [2] . En idéntico sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado al sostener que la servidora pública que estando en estado de embarazo ha sido desvinculada de su cargo sin que el nominador justifique adecuadamente las razones de la desvinculación, tendrá derecho al reintegro del cargo que se encontraba

ocupando y al pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir. En efecto, en reiterada jurisprudencia la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, ha señalado que el nominador no puede válidamente ejercer facultades discrecionales para retirar del servicio a una mujer por el hecho de que esta se encuentre en estado de embarazo. En consecuencia, si adopta la decisión de desvincularla tiene la obligación de hacerlo mediante acto administrativo motivado en el cual exponga "la justa causa que obliga al retiro" de forma tal que logre desvirtuar la presunción de la discriminación.

Si la desvinculación se produce a través del ejercicio de una facultad discrecional y el acto no se encuentra suficientemente motivado, el juez contencioso administrativo deberá ordenar tanto el reintegro como el pago de la indemnización que corresponda y de los sueldos y prestaciones dejados de devengar [3] .

En resumen, en el ordenamiento jurídico colombiano, la mujer trabajadora que se encuentra en estado de embarazo tiene derecho a permanecer en su empleo hasta tanto el empleador –público o privado – demuestre la existencia de una justa causa para proceder a la respectiva desvinculación. Tratándose de trabajadoras oficiales o de empleadas del sector privado, la justa causa debe constar en el permiso de la autoridad laboral competente. En materia de servidoras públicas sometidas al régimen de carrera o de libre nombramiento y remoción y cualquiera sea el régimen y la institución a la cual estén vinculadas, la justa causa debe aparecer claramente expuesta en el acto administrativo a través del cual se ordena la desvinculación. En el caso en el cual la trabajadora sea desvinculada sin el cumplimiento de las formalidades mencionadas, el juez competente deberá ordenar el reintegro laboral así como el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir.

3. En el caso que ocupa la atención de la Corte, la entidad demandada afirma que la regla anterior no debe ser aplicada por tres razones fundamentales: (1) la desvinculación de la suboficial se produjo como efecto del ejercicio legítimo de una facultad discrecional que la propia ley asigna al Comandante General del Ejército; (2) el remedio procesal por el despido de la mujer embarazada lo establece la ley que consagra el derecho a una indemnización especial por esta causa; (3) la tutela no procede dado que la institución no conocía el estado de embarazo de la actora y que ésta no ve afectado su derecho al mínimo vital en tanto será beneficiaria de la correspondiente indemnización. Finalmente, los jueces de instancia negaron la protección del derecho por considerar que la actora tiene una vía ordinaria para solicitar la protección de sus derechos: la acción contencioso administrativa y que en el presente caso no se encuentra demostrada la amenaza de un perjuicio irremediable. La Corte estudiará en orden cada uno de los argumentos anteriores.

El uso de facultades discrecionales de la administración frente al derecho de la mujer embarazada a la estabilidad laboral reforzada 4. El artículo 104 del Decreto 1790 de 2000 consagra la facultad discrecional de retirar al personal de las fuerzas militares "por razones del servicio". Al respecto la mencionada disposición establece:

"Artículo 104. Por razones del servicio y en forma discrecional, se podrá disponer el retiro de los oficiales y suboficiales, con cualquier tiempo de servicio, previa recomendación del Comité de Evaluación para el efecto, el cual estará conformado por el Segundo Comandante de Fuerza, el Inspector General, el Jefe de Personal de la respectiva Fuerza, y el Comandante de la unidad operativa a la cual pertenezca. Cuando se trate de oficiales se requiere previo concepto de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares. El acto administrativo de retiro se regirá por lo dispuesto en el artículo 99 de este Decreto." En ejercicio de esta facultad, el Comandante General del Ejército, previa recomendación del Comité de Evaluación, mediante un acto administrativo discrecional no motivado, decidió ordenar el retiro de la actora del servicio activo del Ejército Nacional. A juicio de la entidad demandada en estos casos no puede proceder el reintegro porque la justa causa para el retiro es el uso de la facultad discrecional de que trata la norma arriba trascrita.

La pregunta que surge entonces es si el ejercicio de la facultad discrecional de que trata el artículo citado constituye razón suficiente para desvincular de las Fuerzas Militares a una funcionaria pública que se encuentra en estado de embarazo.

5. Como ya fue mencionado, según la jurisprudencia reiterada de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, la administración – incluyendo a las Fuerzas Miliares - tiene la obligación de motivar los actos administrativos que puedan afectar el derecho a la estabilidad laboral reforzada de la mujer en estado de embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto.

En efecto, en casos como el mencionado existe una presunción de discriminación que opera en contra de la administración y, por consiguiente, el acto administrativo correspondiente – con independencia de la facultad que se ejerza para expedirlo y de la autoridad administrativa que lo expida - tiene la carga de desvirtuar tal presunción. En este sentido se ha afirmado que la mujer en Estado de embarazo no tiene un derecho absoluto a permanecer en su lugar de trabajo. Lo que ocurre es que la administración debe demostrar que la desvinculación no se produce por el hecho del embarazo de la servidora pública sino por la ocurrencia de una justa causa debidamente demostrada y distinta al simple uso de facultades discrecionales.

A este respecto, tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado han afirmado que la obligación de motivar el acto administrativo se predica también del nominador que pretenda ejercer la facultad discrecional que la administración le confiere para desvincular de la administración a una mujer embarazada sometida al régimen de libre nombramiento y remoción. Ello, so pena de que se ordene por vía judicial el reintegro de la mujer y el pago de los salarios que dejó de recibir [4] .

En suma, la afectación grave de derechos constitucionales fundamentales cuyo titular sea un sujeto de especial protección, - como el derecho a la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada -, no puede justificarse simplemente en el ejercicio de una facultad discrecional de la administración. En estos casos dada la presunción de discriminación en contra de tales sujetos y la obligación de trato especialmente favorable que surge del artículo 13 de la Carta [5] , la administración tiene la carga de demostrar que su acto se ampara en razones suficientes distintas a la simple discrecionalidad.

Por consiguiente, en esta sentencia la Corte no puede menos que reiterar la jurisprudencia vigente tanto del máximo órgano de lo contencioso administrativo como del máximo guardián la Constitución: la desvinculación laboral de una mujer embarazada que previamente ha informado a la administración sobre su estado, realizada en uso de facultades discrecionales y sin motivación sustantiva suficiente, carece de todos los efectos jurídicos. En consecuencia, la mujer afectada tiene derecho al reintegro y al pago de los emolumentos dejados de recibir.

Ahora bien, la entidad accionada afirma que el remedio para restaurar los derechos que han podido ser afectados por la desvinculación laboral de la suboficial embarazada no es el reintegro sino la indemnización que la ley establece para tales efectos. Este argumento también encuentra eco en las sentencias de instancia y al mismo se referirá la Corte en la parte que sigue de esta providencia.

El remedio constitucional adecuado frente al retiro injusto – o no motivado - de la mujer embarazada 6. El artículo 152 del Titulo V del decreto 1211 de 1990, establece:

“ARTICULO 152. RETIRO EN ESTADO DE EMBARAZO. Las Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares que sean retiradas del servicio activo durante el embarazo o durante los tres (3) meses siguientes al parto o aborto, por causal diferente a la de solicitud propia, tendrán derecho a que se les pague una indemnización equivalente a sus haberes de sesenta (60) días, fuera de las demás prestaciones a que hubiere lugar, de conformidad con este Estatuto y, además al pago de la licencia remunerada si el retiro impide su goce.” El artículo trascrito consagra una indemnización similar a la

que establece el artículo 239 numeral 3 del Código Sustantivo del Trabajo y el artículo 21 del decreto 3135 de 1968, respecto a los cuales se pronunció la Corte en la sentencia de constitucionalidad C-470 de 1997. Como ya fue mencionado, en la citada sentencia la Corte encontró que si bien el pago de una indemnización por el despido injusto de la mujer embarazada no era inconstitucional, lo cierto es que si resultaba insuficiente para garantizar el derecho a la estabilidad laboral reforzada de la mujer afectada.

En efecto, como lo ha reiterado la jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa, la protección especial de la trabajadora que se encuentra en estado de gestación no se reduce a la garantía de la propia subsistencia económica sino que tiende a satisfacer su derecho a la igualdad, al trabajo efectivo y al libre desarrollo de la personalidad – entre otros –. En consecuencia, la indemnización consagrada en algunos regímenes laborales para remediar la presunta discriminación es un mecanismo insuficiente para garantizar los derechos amenazados por el despido injusto, pues esta sólo satisface uno de los derechos afectados. Por lo tanto, la Corte y el Consejo de Estado han entendido que la mujer embarazada que ha sido despedida o desvinculada tiene derecho al reintegro laboral en todos aquellos casos en los cuales la desvinculación se produjo sin el permiso de la autoridad laboral competente o a través de un acto discrecional no motivado o con motivaciones vagas e insuficientes para desvirtuar la presunción de la discriminación [6] .

En suma, en el caso bajo estudio, el Ejército vulneró el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada de la actora, pues pese a que esta ya había informado a la institución sobre su estado de embarazo, la retiró del servicio activo a través de un acto administrativo expedido en ejercicio de facultades discrecionales que no contenía una motivación suficiente para desvirtuar la presunción de discriminación. En consecuencia, la actora tiene derecho a ser reintegrada a su puesto de trabajo y al pago de todos los emolumentos dejados de recibir.

Resta definir si, en el caso concreto, procedía la acción de tutela para proteger el derecho a la estabilidad laboral reforzada de la mujer en estado de embarazo.

Procedencia de la acción de tutela para proteger el derecho a la estabilidad laboral reforzada de la mujer en estado de embarazo 7. La entidad accionada y los jueces de instancia coinciden en sostener que la acción de tutela interpuesta por Emma Leticia Duque, a través de la cual solicita el reintegro a su antiguo cargo, no es procedente. A juicio del Ejército la tutela no procede dado que, en primer término, la institución no conocía el estado de embarazo de la actora al momento de proferir la resolución de desvinculación y, en segundo lugar, en el presente caso no existe perjuicio irremediable en la medida en que la actora tiene derecho a una indemnización especial por razón del despido.

A su turno, los jueces de tutela, lo que se debate en este caso es la legalidad del acto administrativo a través del cual se desvinculó a la actora de su puesto de trabajo y para tales efectos la persona interesada debe acudir a la vía ordinaria, es decir, a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Adicionalmente, sostienen que en el presente caso no existe perjuicio irremediable y, en consecuencia, la tutela tampoco puede proceder como mecanismo transitorio.

Antes de pasar al estudio concreto de los asuntos planteados, resulta fundamental recordar la regla general de procedencia de la acción de tutela como mecanismo para solicitar el reintegro de la mujer que ha sido despedida en estado de embarazo.

8. En reiterada jurisprudencia la Corte ha afirmado que la mujer que ha sido despedida encontrándose en estado de embarazo puede acudir a la acción de tutela para solicitar la protección de sus derechos fundamentales mediante el reintegro a su lugar de trabajo, siempre que se encuentren plenamente demostradas las siguientes condiciones:

(1) Que existe una vinculación laboral – o reglamentaria - entre la parte actora y la persona o entidad accionada (2) Que el despido o la desvinculación se ocasionó durante el embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto;

(3) Que la desvinculación se produjo sin los requisitos pertinentes para cada caso; (4) Que el empleador conocía o debía conocer el estado de embarazo de la empleada o trabajadora;

(5) Que el despido amenaza el mínimo vital de la actora o que la arbitrariedad resulta evidente y comporta un daño grave y notorio A juicio de la Corte, en los casos en los cuales se encuentren demostrados los cinco extremos antes mencionados no existe ninguna razón para postergar la protección constitucional de los derechos fundamentales de la mujer afectada. A juicio de la Corte, postergar la protección en este tipo de casos no reporta ningún beneficio para las partes ni para el sistema jurídico y sólo tiene como efecto desestimular fuertemente la opción de la maternidad. En efecto, si no existen reglas claras y expeditas que aseguren de manera oportuna la estabilidad en el empleo de la mujer embarazada, el temor de muchas mujeres a ser despedidas por razón de su embarazo las conducirá, en la mayoría de los casos a sacrificar su opción por la maternidad con la consecuente vulneración grave y flagrante de los derechos fundamentales que ello apareja.

En estas condiciones no puede menos que reiterarse que en aquellos casos en los cuales se encuentran demostrados los cinco extremos de la litis laboral-constitucional arriba mencionados, la falta de una garantía judicial efectiva para evitar que la mujer sea despedida, constituye una nueva violación de sus derechos fundamentales y los de su familia, pues, en las condiciones actuales, supone casi condenarla a quedar marginada temporalmente del mercado de trabajo con los costos materiales y morales que ello implica.

Sin embargo, en los casos en los cuales no aparecen demostrados con claridad los cinco elementos fácticos que dan lugar a protección constitucional inmediata, será necesario promover un debate judicial más amplio para que con la plenitud de las formas del respectivo proceso las partes puedan hacer valer sus intereses.

Sólo en estos casos se justifica exigirle a la persona afectada que acuda a los mecanismos ordinarios de defensa de su derecho fundamental. En efecto, si por ejemplo no está plenamente demostrada la existencia de la relación laboral; o si no está determinada la fecha de la desvinculación; o si la mujer afectada no puede demostrar que el empleador conocía o debía conocer su estado; o si el despido no tiene efectos graves sobre su familia o sus derechos fundamentales – porque, por ejemplo, comenzó de inmediato un nuevo trabajo con una remuneración similar –; en estos casos, pese a que lo que se discute es la protección de los derechos fundamentales constitucionales de la mujer afectada, será necesario acudir a los recursos judiciales ordinarios.

9. La doctrina constitucional vigente, recogida en lo fundamental en los párrafos anteriores, resulta suficiente para desestimar el argumento principal de los jueces de instancia. En efecto, en criterio del Tribunal y de la Sala de Casación Laboral de la Corte, lo que se discutía en el presente caso era la legalidad del acto administrativo a través del cual se retiró del servicio activo del Ejército a la actora, tarea esta que es de resorte de la jurisdicción contencioso administrativa.

A juicio de la Corte, por el contrario, el problema central del presente caso era el de determinar si la Institución accionada había violado los derechos fundamentales de la actora y si, siendo así, la acción de tutela resultaba procedente. Si los falladores de instancia hubieran asumido este caso con el enfoque constitucional que acaba de mencionarse, hubieran encontrado que ellos, como jueces constitucionales, tenían el deber de proteger los derechos fundamentales afectados siempre que se hubieran cumplido los cinco requisitos mencionados en el punto anterior de esta providencia.

Ahora bien, los argumentos de la Institución accionada, por el contrario, se relacionan directamente con algunos de los cinco extremos que la jurisprudencia constitucional exige para conceder la tutela de los derechos de la mujer embarazada que ha sido despedida. De una parte afirma que la Institución no conocía el estado de embarazo de la actora al momento de proferir la resolución que la retira del servicio activo y, de otra, indica que en el caso actual no existe perjuicio irremediable. Este último argumento es también avalado por el Tribunal en la sentencia de primera instancia.

Debe entonces la Corte verificar, de acuerdo a las pruebas que residen en el expediente, si se cumplen los requisitos antes mencionados – en particular los dos a los que hace alusión el alegato de la parte accionada -, a fin de establecer la procedencia de la acción de tutela para la protección de los derechos fundamentales de la actora.

10. En primer lugar resulta claramente demostrada la relación reglamentaria entre la actora y el Ejército Nacional. En efecto, la simple existencia de la Resolución a través de la cual el Comandante del Ejército ordena el retiro del servicio activo de la actora es prueba suficiente de dicha relación.

En segundo término, en el expediente queda plenamente demostrado que la decisión de retirar del servicio activo a la actora se produjo durante el embarazo. En efecto, la prueba de gravidez que la actora aporta al expediente es de 22 de junio de 2002. En esta consta que para entonces la actora tenía aproximadamente seis semanas de embarazo. A su turno, la Resolución que ordena el retiro es de 8 de julio de 2004, es decir, cuando la actora contaba, aproximadamente, con ocho semanas de embarazo.

En tercer lugar, resulta claro que la desvinculación se produjo sin los requisitos legales pertinentes. En efecto, como fue explicado en un aparte anterior de esta providencia, el acto administrativo a través del cual se ordena la desvinculación – retiro del servicio o destitución – de una servidora pública que está en estado de embarazo, debe ser motivado. En estos casos, la utilización de facultades discrecionales o la apelación a fórmulas abstractas como “las necesidades del servicio”, no constituyen razón suficiente para justificar la decisión. Lo que se exige entonces es que la administración – incluyendo a las Fuerzas Militares – explique las razones que la llevan a la adopción de la decisión administrativa, de forma tal que logre desvirtuar la presunción de discriminación que opera en su contra.

En el presente caso, sin embargo, la resolución a través de la cual se desvincula a la actora carece de motivación y, en consecuencia, se produjo sin los requisitos pertinentes. Este respecto cabe reproducir la parte pertinente de la Resolución 0659 según la cual:

“El Comandante del Ejército Nacional, en uso de las facultades legales que le confiere la Resolución N° 162 del 27 de febrero de 2002, Resuelve: Artículo 1°. De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 99 y 100 literal a, numeral 8 y 104 del Decreto Ley 1790 de 2000, con novedad fiscal 10 de julio de 2004, retirar del servicio activo del Ejército Nacional por facultad discrecional, en forma temporal con pase a la reserva, a los siguientes suboficiales, así: (...) Sargento Viceprimero Emma Leticia Duque Jiménez 00043700674 del Batallón de Ingenieros N° 4 “General Pedro Nel Ospina” (...)”.

En cuarto lugar, para que proceda la acción de tutela es necesario que quede claramente demostrado que el empleador conocía o debía conocer el estado de embarazo de la empleada o trabajadora. En el presente caso el Coronel Saavedra Prado, afirma en su escrito de defensa que al momento en el cual se adoptó la decisión de retirar del servicio activo a la actora, la Institución desconocía su estado de embarazo. Sin embargo, las pruebas que residen en el expediente demuestran que, para entonces, la actora ya había notificado al Comandante del Batallón de Ingenieros N°4 y al médico de la Institución, sobre su estado de embarazo.

En efecto, la decisión de retirar a la actora del servicio activo se produjo el 8 de julio de 2004. Así mismo, la reunión del Comité de Evaluación que tuvo como resultado recomendar el retiro de la accionante fue el 25 de junio de 2004. No obstante, en el expediente constan documentos que demuestran que para entonces la institución ya conocía o debía conocer el estado de la actora. En primer lugar, en carta fechada 22 de junio de 2004, Emma Leticia Duque comunicó a su superior, el Comandante del Batallón de Ingenieros N°4, su estado de embarazo.

Posteriormente, el 24 de junio, la actora le comunicó la misma noticia al médico de la Institución. Incluso el día 25 a la actora le fue practicada en el laboratorio clínico del Ejército una prueba de gravidez que resultó positiva.

Ese mismo día, tal y como consta en la respectiva historia clínica, el médico de la institución ordena una serie de tratamientos para el inicio de los controles prenatales. En suma, para el 25 de junio y, evidentemente, para el 8 de julio, los superiores de la actora debían conocer su estado de embarazo.

Finalmente, para que pueda proceder la acción de tutela es necesario demostrar, siquiera sumariamente, que el retiro de la actora amenaza con ocasionar un perjuicio irremediable bien porque afecta su derecho al mínimo vital ora porque la arbitrariedad resulta clara y comporta un daño grave y notorio.

En el presente caso, el embarazo de la actora es de alto riesgo, lo que dificulta su actividad física y con ello la posibilidad de encontrar un nuevo trabajo. En este sentido, de la historia clínica de la actora resulta claro que de su quietud puede depender su salud y la vida y la salud del hijo que espera.

Adicionalmente, la actora indica que además del hijo por nacer, tiene a su cargo dos hijos de 8 y 11 años a los que debe sostener. Señala que por razón de su trabajo vive en una casa fiscal del Ejército en la cual no tiene que pagar arriendo sino simplemente una cuota de mantenimiento. Por todo lo anterior, afirma que el retiro del servicio tendría consecuencias gravísima para ella y su familia y por esa razón solicita que se ordene el reintegro lo antes posible a través de una medida provisional de protección.

Los alegatos de la actora, que no aparecen desvirtuados ni aún cuestionados por la parte accionada, constituyen prueba suficiente para que el juez constitucional proceda a conceder la protección inmediata de los derechos fundamentales vulnerados. En efecto, de lo que se trata acá es de proteger la vida y la salud de la accionante y del nasciturus, así como la estabilidad económica mínima de dos menores, y los derechos a la autodeterminación, el trabajo y la igualdad de la suboficial despedida. Postergar la protección en casos como el presente en el cual resulta plenamente demostrada la violación de los derechos de la parte afectada, sólo tiene como efecto obligar a la mujer injustamente despedida a que, con un embarazo de alto riesgo, salga al mercado de trabajo a buscar una fuente de ingresos que le permita atender las necesidades propias y de su familia. Esta circunstancia, generada presuntamente por un acto de discriminación, amerita la protección constitucional inmediata de los derechos de la actora, pues el daño que se produce es grave y notorio.

En suma, en la presente decisión la Corte reiterará la jurisprudencia constitucional según la cual “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, (...) 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.” En consecuencia, la Corte Constitucional revocará las decisiones de instancia y, en su lugar, ordenará el reintegro inmediato de la actora a su lugar de trabajo. Sin embargo, para solicitar el pago de los emolumentos dejados de percibir, en caso en el cual la Institución se niegue a reconocerlos y pagarlos, deberá acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

III. DECISIÓN En mérito de lo expuesto, la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución, RESUELVE:

Primero: REVOCAR la sentencia de tutela proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia el 30 de septiembre de 2004 sobre el presente asunto y, en su lugar, CONCEDER la tutela de los derechos fundamentales de Emma Leticia Duque Jiménez a la estabilidad laboral reforzada, la igualdad, la salud, el trabajo, y el libre desarrollo de la personalidad.

Segundo: ORDENAR al señor Comandante General del Ejército Nacional que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia disponga lo necesario para reintegrar a la actora a un cargo igual o superior al que venía ocupando con el objeto de proteger sus derechos fundamentales.

Tercero: Por Secretaría General líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991. Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO Magistrado Ponente Presidente de la Sala RODRIGO ESCOBAR GIL Magistrado MARCO GERARDO MONROY CABRA Magistrado MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ Secretaria General [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] Sobre el fuero de maternidad y el derecho a la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada se pueden consultar, entre otras, las sentencias T-568/98;

C-470/97; T-373/98; T-005/00; T-311/01; T-1008/01; T-113/03. [3] Cfr. entre otras, la Sentencia de noviembre 3 de 1993, Exp. N° 5065, de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado ;Sección Segunda, 27 de Septiembre de 1994, Exp. 8083, C.P. Carlos Orjuela Góngora; Sección Segunda, 8 de abril de 1994, Exp. 5569, C.P. Diego Younes Moreno; Sección Segunda, 10 de marzo de 1995, Exp. 8928, C.P. Carlos Orjuela Góngora; Sección Segunda, 4 de marzo de 1996, C.P. María Eugenia Samper; Sección Segunda, 16 de octubre de 1997, Exp. 9298, C.P. Eunice Espinosa Silva; Sección Segunda, 20 de febrero de 2003, Exp. 9386, C.P. Tarsicio Cáceres Toro; Cfr. especialmente, Sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado, 20 de febrero de 2003, Exp. 9386, C.P. Tarsicio Cáceres Toro, en la cual se hace una explicita e importante referencia a la sentencia de constitucionalidad C-470/97 de la Corte Constitucional.

[4] En particular se pueden consultar las sentencias T-373/98 de la Corte Constitucional y la Sentencia de noviembre 3 de 1993, Exp. N° 5065, de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

[5] Sobre el derecho a un trato especialmente favorable se puede consultar, entre otras, la sentencia T-288/95 de la Corte Constitucional. [6] Cfr. entre otras, la Sentencia C- 470/97 de la Corte Constitucional; y Sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado, 20 de febrero de 2003, Exp. 9386, C.P. Tarsicio Cáceres Toro.

Fuente: Corte Constitucional, relatoría oficial. Documento original:
Copia de consulta hecha el 16 de octubre de 2026 desde el texto oficial publicado por la Corte Constitucional. Es informativa: el texto que vale es el que publica la Corte Constitucional.