



Función Pública

Sentencia 873 de 2006 Corte Constitucional

SENTENCIA T-873/06

MUJER TRABAJADORA EMBARAZADA-Protección constitucional especial

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA- Protección constitucional especial

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA-Elementos fácticos que deben demostrarse

DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO-Alcance

ACTO ADMINISTRATIVO-Motivación de la desvinculación de funcionario que ejerce en provisionalidad cargo de carrera administrativa

DEBIDO PROCESO-Vulneración por no motivarse el acto administrativo de desvinculación

En la resolución no consta ninguna motivación que permita que la accionante en uso de su derecho al debido proceso, puede controvertir dicho acto como una medida jurisdiccional de protección frente a la actuación de su nominador, en tanto la conducta de éste afecta sus intereses protegidos. En consecuencia, la violación de su derecho al debido proceso es clara por éste circunstancia, motivo por el cual esta Sala concederá el amparo solicitado.

Referencia: expediente T-1389580

Acción de tutela instaurada por Corina Molinares Jiménez contra la E.S.E. Hospital de Juan de Acosta (Atlántico).

Magistrado Ponente:

Dr. JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Bogotá, D. C., veinticinco (25) de octubre dos mil seis (2006).

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Nilson Pinilla Pinilla, Manuel José Cepeda Espinosa y Jaime Araújo Rentería, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente:

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión de los fallos proferidos por la Unidad Judicial de Juan de Acosta Tubará (Atlántico) y por el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Barranquilla, en el trámite de la acción de tutela instaurada por Corina Molinares Jiménez contra la E.S.E. Hospital de Juan de Acosta (Atlántico)

I. ANTECEDENTES.

Los hechos que motivaron la interposición de esta acción de tutela se pueden sintetizar en los siguientes puntos:

1. Manifiesta la señora Corina Molinares Jiménez que mediante Resolución No. 143 del 15 de noviembre de 2005, el Gerente de la E.S.E. Hospital de Juan de Acosta, declaró insubsistente su nombramiento como odontóloga con código 325, insubsistencia que se hizo efectiva a partir de la fecha de la expedición del acto administrativo.

2. Expone la accionante que laboró en dicho hospital como odontóloga desde el 17 de enero del año 2000 hasta el 16 de enero de 2002. Posteriormente fue nombrada como Gerente Encargada del mencionado hospital, labor que cumplió desde el 17 de enero de 2002 hasta el 1° de diciembre de ese mismo año. Finalmente, retornó a su cargo de odontóloga, labor que adelantó desde el 2 de diciembre de 2002 hasta el 15 de noviembre del año 2005, cuando fue declarada insubsistente.

3. Para la fecha de la declaración de insubsistencia, es decir, el 15 de noviembre de 2005, la accionante indica que se encontraba embarazada.

4. Frente a los anteriores hechos, la actora advierte como violados sus derechos fundamentales al debido proceso, a la salud en conexidad con la vida, a la igualdad, a la seguridad social, y los derechos fundamentales de los niños, en este caso, de su hijo por nacer.

5. Considera que la entidad violó el derecho al debido proceso al expedir la resolución de insubsistencia sin motivación alguna. Señala, que según la jurisprudencia de la Corte Constitucional la motivación de los actos administrativos que declaran la insubsistencia de un trabajador en un cargo de carrera, se deberá hacer extensiva incluso a aquellos trabajadores que se encuentren ocupando dichos cargos en provisionalidad.

6. Señala igualmente, que se violó el derecho a la protección reforzada de la mujer embarazada. Considera que en el presente caso se cumplieron con todos los requisitos para hacer viable la presente tutela, como son: (i) que el despido o desvinculación de la trabajadora tuvo lugar durante el periodo de gestación o lactancia; (ii) que el empleador conocía la condición de embarazada de la trabajadora; (iii) que el despido se produjo sin el cumplimiento de los requisitos legales, es decir, sin que se haya tenido el permiso del inspector del trabajo o sin que exista resolución motivada del jefe del respectivo organismo, (iv) que el despido o desvinculación es consecuencia directa del embarazo y no de circunstancias objetivas; y, (v) que el despido o desvinculación amenace el mínimo vital de la madre o del que está por nacer.

7. Afirma la accionante que para la fecha en que se produjo su desvinculación ya se encontraba embarazada, pues se había practicado una ecografía obstétrica el día 20 de diciembre de ese mismo año, en la que pudo saber con certeza que al momento de declararse su insubsistencia ya tenía siete (7) semanas de embarazo.¹

8. Manifiesta igualmente, que si bien la brevedad de su embarazo no lo hacía un hecho notorio, sí consideró que, el que ella hubiera hecho pública su condición de embarazada a algunos de sus compañeros de trabajo, hacía presumir que su empleador pudo enterarse por conducto de uno de ellos. Además, las circunstancias que rodearon su despido, así como algunas conductas desarrolladas por su empleador, hacen suponer que al momento de ordenar su desvinculación, éste ya conocía su estado de embarazo, y que las verdaderas razones del despido tuvieron que ver con tal condición. Ello se justifica aún más por la ausencia de motivación de la resolución de insubsistencia.

9. Con todo, y al momento de interponer esta acción de tutela, la accionante está desempleada y no cuenta con recursos económicos para atender sus necesidades básicas y las de su hijo por nacer, pues han transcurrido más de cuatro (4) meses desde su desvinculación, sin que aún le haya sido pagada su liquidación definitiva. Recuerda que si bien existe una resolución que ordena el pago de la misma éste no se ha efectuado. Ante estas circunstancias, la actora ha tenido que recurrir a prestamos en dinero asumiendo el pago de intereses.

10. Como consecuencia de su desvinculación laboral, la accionante se encuentra actualmente desafiliada del sistema general de seguridad social en salud y de riesgos profesionales pues no siguió haciendo los respectivos aportes. Además, por su condición de embarazada no puede procurarse un trabajo que le permita recibir algún ingreso económico para su subsistencia.

Frente a todas las anteriores circunstancias, la accionante solicita la protección transitoria de los derechos fundamentales ya mencionados, y para ello, pide se ordene a la E.S.E. Hospital de Juan de Acosta su reintegro a la labor que venía desempeñando o a un cargo equivalente o de superior categoría. Así mismo, pide el pago de su licencia de maternidad, la afiliación nuevamente al Sistema General de Seguridad Social, con el pago de las cotizaciones correspondientes a salud, pensiones y riesgos profesionales dejadas de cancelar desde su desvinculación y hasta su efectivo reintegro al cargo.

II. PRUEBAS QUE OBRAN EN EL EXPEDIENTE.

- Folio 26, copia de la Resolución No. 143 del 15 de noviembre de 2005, suscrita por el gerente encargado de la E.S.E. Hospital de Juan de Acosta por la cual se declara insubsistente el nombramiento de la doctora Corina Molinares Jiménez como odontóloga código 325 en esa E.S.E.

- Folios 27 a 33 y 125 a 133, fotografías y de la ecografía de la accionante y copia de algunos folios de la historia clínica de la accionante.

- Folio 34, certificación expedida el 15 de diciembre de 2005 por el ginecobstetra, doctor Humberto Espinosa de Vivero, en la que manifiesta que, visto que la última menstruación de la accionante fue el 23 de octubre de 2005, se le tomó ecografía que indica 7 semanas de embarazo lo cual concuerda con la fecha de la última menstruación.

- Folio 40, copia de la declaración rendida el 14 de marzo de 2006 por la señora Corina Molinares Jiménez ante el Notario Quinto del Círculo de Barranquilla en la que manifiesta que en la actualidad no presenta ninguna vinculación laboral a ninguna entidad y sus dos hijos de 7 y 6 años de edad, dependen económicamente de ella; además que se encuentra embarazada de 6 meses, sin ninguna protección en salud y atravesando una situación económica precaria.

Folios 76 a 79, declaraciones juramentadas rendidas por las señoras Lilibeth Arteta Tapias y María Cristina Arteta el día 21 de marzo de 2006, en relación con la acción de tutela promovida por la señora Corina Molinares Jiménez contra la E.S.E. Hospital de Juan de Acosta.

- Folios 85 a 96, copias de las diferentes resoluciones y comunicaciones expedidas por la E.S.E. Hospital de Juan de Acosta en las que comunica a la señora Corina Molinares Jiménez de los nombramientos hechos por dicha E.S.E. durante todo el tiempo en que la accionante estuvo vinculada a dicha entidad hospitalaria desde el año 2000 hasta su declaratoria de insubsistencia el 15 de noviembre de 2005.

- Folios 154 y 155, certificación de tradición y libertad expedido por la oficina de registro de instrumentos públicos de Barranquilla de fecha 5 de abril de 2006, en el que se constata que la Corina Molinares Jiménez y el señor José Vicente Rocha Molina son propietarios de un inmueble de vivienda ubicado en la carrera 42F # 84B- 75 Conjunto Residencial "Alpha", vivienda 43.

- Folio 180, certificación expedida el 25 de abril de 2006 por el Coordinador Ejecutivo Empresarial de COOMEVA E.P.S. según lo cual el señor José Vicente Rocha Molina se encuentra afiliado a dicha E.P.S. desde el 24 de noviembre de 2006, y que su esposa, la señora Corina Molinares

Jiménez se encuentra afiliada en calidad de beneficiaria desde el 12 de diciembre de 2005.

III. INTERVENCIÓN DE LA ENTIDAD ACCIONADA.

Mediante escrito de fecha 24 de marzo de 2006, el gerente encargado de la E.S.E. Hospital de Juan de Acosta (Atlántico), dio respuesta a la presente tutela en los siguientes términos:

- Advierte el gerente encargado del hospital accionado, que en cumplimiento de los principios de la administración pública se tiene la facultad de crear, modificar, reorganizar, y suprimir los cargos de su planta de personal, cuando las necesidades públicas o las restricciones económicas se lo impongan, o cuando el desempeño de los funcionarios así se lo exija. Sería en consecuencia imposible cumplir con los fines de moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad a los que hace referencia el artículo 209 de la Carta Política. Con todo, el nominador puede justificar adecuadamente el retiro de un funcionario de ser necesario e indispensable para el cumplimiento eficiente y eficaz del servicio público.

- Fue así como se adelantó la reestructuración de la E.S.E. Hospital de Juan de Acosta, para lo cual se trazó un plan estratégico de reducción de costos, con lo cual se buscó la viabilidad y sostenibilidad de la entidad, evitando su colapso económico. Como parte de la estrategia se consideró necesario declarar la insubsistencia de algunos cargos, cuyos servicios podrían seguirse prestando por la entidad, sin que los mismos significaran un crecimiento de sus gastos. Igualmente se determinó dejar en libertad por insubsistencia a los empleados que estuvieren en investigaciones y ampliaciones de indagatorias de delitos o faltas contra la administración pública, como resultado de sus actuaciones dentro de la empresa, todo ello con el fin de que aclararan sus situaciones disciplinarias y rindieran indagatoria evitando conflicto de intereses.

- La declaratoria de insubsistencia de la accionante se hizo en acatamiento a lineamientos de orden legal. En virtud a lo dispuesto en el artículo 107 del Decreto 1950 de 1973, se puede declarar la insubsistencia de un nombramiento ordinario o en provisionalidad, sin motivar la providencia, en ejercicio de la potestad discrecional que tiene el gobierno para nombrar y remover libremente a sus empleados. Adicionalmente, según lo dispuesto en el Decreto 2400 de 1968 el nombramiento hecho a una persona para ocupar un empleo del servicio civil que no pertenezca a una carrera, puede ser declarado insubsistente por la autoridad nominadora, sin motivar la providencia. Sin embargo, debe dejarse constancia del hecho y de las causas que lo ocasionaron en la respectiva hoja de vida, consideración que fuera hecha en jurisprudencia constitucional (sentencia C-734/00).

Además de las anteriores razones, el gerente de la E.S.E. hizo mención a otros pronunciamientos jurisprudenciales del Consejo de Estado, en los que se señala que no es necesario motivar el acto administrativo que declara la insubsistencia de un trabajador que ocupa en provisionalidad un cargo de carrera.

- En cuanto a la vulneración de la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada, el gerente de la entidad accionada dijo lo siguiente:

- Que la señora Corina Molinares Jiménez al momento de ser declarada insubsistente el día 15 de Noviembre de 2005, no había informado sobre su estado de embarazo, incumpliendo lo dispuesto por el artículo 51 parágrafo segundo del título IX de la Ley 909 de 2004, según el cual, la trabajadora que se encuentre embarazada deberá dar aviso por escrito al jefe de la entidad inmediatamente obtenga el diagnóstico médico que confirme su estado de embarazo, presentando para ello la respectiva certificación.

Por ello, la entidad accionada desconocía por completo la condición de embarazada en que se encontraba la accionante, máxime cuando los cambios fisiológicos no hacían evidente su condición de mujer embarazada, y además, por cuanto no existió una prueba fehaciente que asegurara que la empleada hubiera comunicado a su superior o nominador el estado en el que se encontraba. Bajo estas circunstancias, no es viable que se conceda el amparo constitucional.

Recuerda igualmente la entidad accionada, que la única manera de evitar decisiones arbitrarias, es exigir a la mujer embarazada que informe oportunamente acerca de su estado a quien razonablemente deba conocer de dicha situación al interior de la entidad. Por ello, lo afirmado por la accionante en el sentido de que sí había informado de su estado de embarazo a su empleador, se desvirtúa fácilmente cuando ella misma notificó de su condición a la E.S.E. Hospital Juan de Acosta, tan solo hasta el 20 de diciembre de 2005, es decir, treinta y cinco (35) días después de que fuera expedido el acto administrativo de declaratoria de insubsistencia, situación que hace improcedente el amparo transitorio del derecho a la estabilidad laboral reforzada, por la no información oportuna al empleador o servidor público sobre el estado de embarazo y la no conservación de la prueba suficiente de la notificación.

Además, la presunta justificación de la insubsistencia de la accionante sustentada en su embarazo, es una presunción legal ya desvirtuada, pues la accionante dio a conocer su condición de madre gestante sólo hasta el día 20 de diciembre de 2005.

- Así mismo, no resulta ser una carga desproporcionada el que la mujer embarazada dé aviso de su estado a su empleador y conserve la prueba de dicha comunicación, pues con ello no solo podrá garantizar la efectiva protección de sus derechos como mujer embarazada, evitando cualquiera clase de inconvenientes, sino que además, permitirá que se tomen las medidas laborales pertinentes que adecuen sus tareas a su nuevo estado. Con ello, solo basta la simple afirmación de la accionante en la que indique que se encuentra embarazada para tener por cierta su situación, no requiriendo en un primer momento, el que aporte el certificado médico que así lo indique. Ello no obsta para que posteriormente dicha certificación médica sea suministrada.

- Ahora bien, en cuanto a la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad y a la seguridad social, es pertinente anotar que la accionante “se encuentra casada, tiene constituido su núcleo familiar conformado debidamente y según su bienestar social de forma solvente (sic), su condición es de profesional universitario, igual que la del jefe de hogar, lo que la condiciona a tener la capacidad de ofertar sus servicios

laborales según su perfil para el sostenimiento de su afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud en el Régimen Contributivo, si por el contrario no puede sostener su afiliación al Régimen Contributivo, el Estado Colombiano le garantiza su Seguridad Social a través del Régimen Subsidiado o a través del SISBEN, teniendo en cuenta los Recursos asignados para la población pobre no cubierta con subsidio a la demanda, por el Estado Colombiano para estos casos.”²

En posterior escrito, la apoderada especial de la E.S.E. Hospital Juan de Acosta, insiste en la improcedencia de esta tutela con similares argumentos a los ya expuestos por el gerente del hospital accionado. Con todo, agregó que no es cierto lo declarado por la accionante ante el Notario Séptimo del Círculo de Barranquilla, en el sentido de que como madre de dos menores de edad estos dependen económicamente de ella y que actualmente presenta seis (6) meses de embarazo, y carece de protección social. En efecto, la actora convive con su esposo que es contador público vinculado a varias empresas de Barranquilla; que poseen una vivienda propia ubicada en un sector de estrato 5 de esa ciudad, y que en el municipio de Juan de Acosta son conocidos como personas con capacidad económica, por lo que no es cierto lo de la violación de su derecho al mínimo vital.

IV. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN.

1. Primera instancia.

En sentencia del 31 de marzo de 2006, la Unidad Judicial de Juan de Acosta, resolvió conceder el amparo constitucional solicitado, al considerar que en efecto se violaron los derechos fundamentales al debido proceso y a la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada. Advierte el a quo que es reiterada la jurisprudencia de la Corte Constitucional en el sentido de señalar que la no motivación de un acto administrativo por el cual se declare la insubsistencia de un trabajador que ejerce un cargo de carrera en provisionalidad, vulnera el derecho al debido proceso.

Señala igualmente el juez de instancia que, ya en sentencia T-374 de 2005, la Corte había indicado que el retiro de un empleado, como sucedió en este caso, solo puede darse por motivos disciplinarios, por baja calificación o porque se haya convocado a un concurso a efectos de llenar la plaza de manera definitiva. Visto que ninguna de las anteriores causales se encuentra presente en este caso, y que el accionado hace referencia a una supuesta falta disciplinaria, las que no demuestra, es clara la violación de los derechos alegados por la accionante.

Así, ante la falta de motivación del acto que declaró la insubsistencia de la accionante, amén de otros argumentos de índole económico, consideró que era razón más que suficiente para asegurar que se violó el derecho al debido proceso y de defensa de la accionante.

En cuanto a la reclamación de la estabilidad laboral reforzada advierte el a quo que por regla general, la acción de tutela no es el mecanismo judicial adecuado para este tipo de reivindicación, siendo la justicia ordinaria laboral el camino más apropiado. Excepcionalmente procederá la tutela, cuando quiera que la trabajadora haya sido despedida durante la época del embarazo, o lactancia; cuando el empleador haya tenido conocimiento o debía conocer de su estado, salvo que se trate de un hecho notorio; que el despido se haya realizado sin el cumplimiento de los requisitos legales, es decir sin autorización del inspector de trabajo o sin que mediara resolución motivada; que el despido haya sido consecuencia directa del embarazo y no de otra circunstancia objetiva, y; que dicho despido amenace el mínimo vital de la madre y del nasciturus.

En el presente caso, según el juez de instancia se cumplió el primer requisito pues la accionante se encontraba embarazada para la fecha en que se dio su desvinculación. Frente al segundo requisito, consideró que el empleador si debió conocer el estado de embarazo de la accionante, pues dos compañeras de trabajo de la actora conocían de tal situación y por lo mismo se podía inferir que el empleador si tuvo conocimiento de tal situación.

Frente al tercer requisito, el juez advierte la clara inexistencia de motivación en el acto que declaró la insubsistencia de la accionante. Por ello, frente al cuarto requisito, esa ausencia de motivación, hace presumir que la razón del despido fue la condición de mujer embarazada y que por lo mismo este requisito igualmente se cumplió.

En cuanto al quinto requisito, aún cuando la entidad accionada controvertió la afirmación de la accionante en el sentido de que no es cierto que su mínimo vital se encontraba afectado, pues a partir de su condición social se podía inferir otra cosa, ello no eximía a la accionante del hecho de que se encontraba afrontando una precaria situación.

Así las cosas, se tutelaron los derechos fundamentales al debido proceso y estabilidad laboral reforzada de la actora, para lo cual se ordenó a la E.S.E. Hospital de Juan de Acosta que dejara sin efecto la resolución No. 143 de noviembre 15 de 2005, por la cual declaró insubsistente a la accionante, a fin de que en las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la sentencia, reintegrara a la accionante a su labor o a una equivalente o de superior categoría.

También indicó que en el evento en que la E.S.E. Hospital Juan de Acosta declarase insubsistente a la accionante, éste debía dar una motivación de fondo al acto correspondiente, profiriendo nuevamente resolución, con el fin de que la misma pudiera ser controvertida. Se aclaró que se debía de tener en cuenta para ello, el estado de embarazo de la accionante.

Finalmente, ordenó a la E.S.E. accionada que en el mismo término ya indicado, afiliara a la señora Molinares Jiménez al Sistema de Seguridad Social y cancelara al mismo los aportes de salud, pensión y riesgos profesionales dejados de pagar desde la fecha de su retiro y hasta su efectivo reintegro. Así mismo le deberá cancelar a la accionante los salarios y demás prestaciones dejados de percibir desde su retiro y hasta cuando sea reintegrada a su trabajo, así como también se ordenó el pago de su licencia de maternidad.

2. Segunda instancia

Impugnada la anterior decisión, conoció en el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Barranquilla, el cual mediante sentencia del 19 de mayo de 2006, revocó la sentencia de primera instancia y en su lugar, negó el amparo solicitado.

Consideró inicialmente el ad quem que al momento en que la accionante fue desvinculada por el hospital de Juan de Acosta, el día 15 de noviembre, fecha en que fue expedido el acto de su desvinculación, la accionante no había notificado a esta entidad de salud su condición de embarazada, máxime cuando la prueba que aporta, es una ecografía del 15 de diciembre, es decir un mes después de su desvinculación, prueba en la que se confirma que la actora tenía en ese momento siete (7) semanas de embarazo. Vista esta circunstancia, la entidad accionada no podía tener conocimiento del embarazo, pues no hubo comunicación ni escrita ni verbal sobre el particular.

Además, considera el juez de segunda instancia, que los dos testimonios recibidos a compañeras de trabajo de la accionante, no confirman que la administración del hospital hubiera podido tener conocimiento de tal situación.

Ahora bien, frente a la reclamación por la presunta violación de los derechos fundamentales al debido proceso, a la salud en conexidad con la vida, los del hijo por nacer, y su protección a la estabilidad laboral reforzada de mujer embarazada, a la igualdad, a la vida digna y en especial a la seguridad social y mínimo vital, consideró el juez que todos ellos cuentan con otras vías judiciales diferentes a la acción de tutela. Igualmente, el acto por el cual fue declarada insubsistente puede ser objeto de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la justicia contencioso administrativa, pudiendo solicitar también la suspensión provisional de los efectos, hasta el momento de proferirse la sentencia.

Finalmente, que ordenar el reintegro de la accionante a su cargo, impondría dejar sin efecto la resolución por la cual fue declarada insubsistente, actuación que no le compete al juez de tutela sino a la jurisdicción Contencioso Administrativa.

Vista así la improcedencia de la acción de tutela, se revocó la decisión de primera instancia y en su lugar, se negó la protección constitucional solicitada.

V. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

1. Competencia.

Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar las decisiones proferidas dentro de la acción de tutela de la referencia, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico.

Debe esta Sala de Revisión entrar a determinar si en el presente caso se desconocieron los derechos fundamentales al debido proceso y a la protección laboral reforzada de la mujer embarazada, en tanto la accionante fue retirada del cargo que venía desempeñando en provisionalidad en la E.S.E. Hospital de Juan de Acosta, mediante un acto administrativo carente de motivación, aunado al hecho de que al momento en que se produjo su desvinculación, la accionante se encontraba embarazada y dicha situación, al parecer, ya era de conocimiento de su empleador.

Para resolver el presente caso, resulta necesario recordar la jurisprudencia constitucional en relación con el necesario cumplimiento de los requisitos establecidos para que la protección laboral reforzada que reclama la accionante como mujer embarazada, sea viable por esta vía judicial, así como también, se deben exponer los lineamientos jurisprudenciales establecidos en relación con la necesaria motivación de los actos administrativos por los cuales se declara insubsistente un trabajador que ocupa un cargo de carrera en provisionalidad.

3. Carácter constitucional de la protección a la maternidad. Reiteración de jurisprudencia.

La condición de maternidad de toda mujer, impone a la familia, la sociedad y el Estado, el deber de prodigarle una especial protección, tal y como lo señala la Constitución Política. En efecto, el artículo 43 Superior señala la protección especial a la cual tiene derecho toda mujer en desarrollo de su maternidad. Esta norma constitucional busca garantizar una igualdad real, pues advierte que la mujer “durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada”.

Ciertamente, este ámbito de protección constitucional especial, no solo responde a los lineamientos propios de un Estado social de derecho, sino que junto con la normativa internacional sobre la materia, asegura la incorporación de mecanismos jurídicos que garanticen la efectiva y especial protección que merece una mujer embarazada. La jurisprudencia constitucional ha recogido las principales normas internacionales que en este sentido confieren tal protección:

“Por no citar sino algunos ejemplos, la Corte destaca que la Declaración Universal de derechos Humanos, en el artículo 25, señala que ‘la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales’. Por su parte, el artículo 10.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales, aprobado por Colombia por la Ley 74 de 1968, establece que ‘se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto.’ Igualmente, el artículo 11 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, expedida en Nueva York, el 18 de diciembre de 1979, por la Asamblea General de la ONU, y aprobada por la ley 51 de 1981, establece que es obligación de los Estados adoptar ‘todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo’ a fin de asegurarle, en condiciones de igualdad con los hombres, ‘el derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano’. Por su parte, el Convenio 111 de la OIT prohíbe la discriminación en materia de empleo y ocupación, entre otros motivos por

el de sexo.”³

De esta manera, la protección especial a la mujer embarazada, no solo tiene alcance en los términos del artículo 43 Superior, sino que también se irradia hacia otros derechos fundamentales por medio de los cuales se logra la materialización del amparo constitucional consagrado, entre otros en la búsqueda de la igualdad real y efectiva entre los sexos (artículo 2, 13 de la C.P.), la protección de los derechos fundamentales de los niños (artículo 44 de la C.P.), y de la familia (artículos 5 y 42 de la C.P.), derechos de carácter superior, que hacen parte integral y sustancial del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.⁴

4. Protección constitucional reforzada a la mujer embarazada. Reiteración de jurisprudencia.

Han sido numerosos y reiterados los pronunciamientos hechos por la Corte Constitucional en relación con la especial protección constitucional que tiene la mujer embarazada⁵, protección que la cobija no solo durante su período de gestación sino que abarca igualmente el de lactancia. En la sentencia T-373 de 1998⁶ la Corte sostuvo:

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

Ahora bien, en aplicación de la protección constitucional reforzada a que tiene derecho toda mujer embarazada, es importante recalcar que la misma se extiende también al hijo que está por nacer con el fin de salvaguardar su vida y su mínimo vital⁷. Es así como ese especial cuidado consagrado a nivel constitucional también se encuentra reconocido en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia⁸, los cuales hacen parte de la legislación interna (art. 53 C.P.) y tienen fuerza vinculante según el artículo 93 de la Carta, además de que constituyen criterios de interpretación de los derechos y deberes superiores.

Aunado a lo anterior, y como parte de esa protección constitucional reforzada a la mujer embarazada, esta se hace extensiva a los principios consagrados en el artículo 53 de la Carta Política, al asegurar a la mujer gestante una mayor estabilidad en el empleo, lo que se traduce en últimas en una “estabilidad laboral reforzada”, que impide que cualquier mujer pueda ser despedida por razón de su maternidad, por lo que la o las medidas que se tomen en tal sentido serán consideradas como ineficaces. Así, con esta protección especial, lo que se pretende “es que el vínculo laboral, independientemente de su origen, no se rompa de manera abrupta y sorpresiva como consecuencia de la gravidez de la trabajadora”.

“...una estabilidad reforzada implica que el ordenamiento debe lograr una garantía real y efectiva al derecho constitucional que tiene una mujer embarazada a no ser despedida, en ningún caso, por razón de la maternidad. La protección tiene entonces que ser eficaz, por lo cual su regulación y aplicación está sometida a un control constitucional más estricto pues, como ya se explicó en esta sentencia, la Constitución ordena un amparo especial a la estabilidad laboral de las mujeres que se encuentran en estado de gravidez, por lo cual no es suficiente que el ordenamiento legal asegure unos ingresos monetarios a esas trabajadoras, sino que es necesario protegerles eficazmente su derecho efectivo a trabajar”

“(…) la mujer embarazada tiene un derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada, pues una de las manifestaciones más claras de discriminación sexual ha sido, y sigue siendo, el despido injustificado de las mujeres que se encuentran en estado de gravidez, debido a los eventuales sobrecostos o incomodidades que tal fenómeno puede implicar para las empresas. Por ello, los distintos instrumentos internacionales han sido claros en señalar que no es posible una verdadera igualdad entre los sexos, si no existe una protección reforzada a la estabilidad laboral de la mujer embarazada.”¹⁰

En ese orden de ideas, se presume que el despido de una mujer ha sido consecuencia de su embarazo cuando el mismo ha tenido lugar durante el periodo de gestación o en el periodo de lactancia. Sin embargo, para que esta presunción opere, habrá de cumplirse con unos requisitos planteados jurisprudencialmente, que de configurarse, harán viable la acción de tutela como mecanismo excepcional de protección para estos casos. Dichos requisitos son los siguientes:

- (i) que el despido o la desvinculación de la trabajadora haya tenido lugar durante el periodo de gestación o dentro del periodo de lactancia;
- (ii) que el empleador conociera con anterioridad el estado de embarazo de la trabajadora, es decir, que ésta le haya informado sobre su estado, salvo que el mismo sea notorio;
- (iii) que el despido se haya producido sin el cumplimiento de los requisitos legales pertinentes, es decir sin la autorización del Inspector del Trabajo, si se trata de trabajadora oficial o particular, o sin que exista resolución motivada del jefe del respectivo organismo, si se trata de empleada pública;
- (iv) que ese despido o desvinculación sea consecuencia directa del embarazo y no de circunstancias objetivas que lo justifiquen, y
- (v) que ese despido o desvinculación amenace el mínimo vital de la madre o del nasciturus¹¹.

De no verificarse alguno de los aludidos requisitos la tutela se torna improcedente y será a través de un proceso adelantado ante la jurisdicción ordinaria o contencioso administrativa, en donde se debatan tales cuestiones.

5. Debido proceso administrativo.

El derecho al debido proceso administrativo ha sido estudiado en múltiples oportunidades por esta Corporación, advirtiéndose que éste derecho tiene plena aplicabilidad respecto de todas las actuaciones judiciales y administrativas, en desarrollo del principio de legalidad, según el cual toda competencia y toda función de las autoridades públicas deben estar previamente establecidas en la ley.¹²

Igualmente, esta Corporación ha expresado, que:

“... el debido proceso administrativo como derecho fundamental se manifiesta a través de un conjunto complejo de principios, reglas y mandatos que la ley le impone a la Administración para su ordenado funcionamiento (entre otros, se destacan las disposiciones previstas en el artículo 209 de la Constitución y en el capítulo I del Título I del C.C.A., referente a los principios generales de las actuaciones administrativas), por virtud de los cuales, es necesario notificar a los administrados de las actuaciones que repercutan en sus derechos, otorgarles la oportunidad de expresar sus opiniones, y de presentar y solicitar las pruebas que demuestren sus derechos. Actuaciones que, en todos los casos, deben ajustarse a la observancia plena de las disposiciones, los términos y etapas procesales descritas en la ley”.¹³

Así mismo en la sentencia T-803 de 2005¹⁴, se señaló que “las disposiciones generales contenidas en la Constitución y desarrolladas en el Código Contencioso Administrativo, se aplican a todas las actuaciones administrativas, sin perjuicio de las reglas específicas que se hayan establecido en la ley para el trámite de determinados asuntos. Esto es, ni la regulación especial de las distintas actuaciones de la Administración, ni la aplicación que de tal regulación se haga por las autoridades en cada caso concreto, pueden desconocer los principios generales de la actuación administrativa previstos en la Constitución Política y desarrollados en la parte general del Código Contencioso Administrativo.”¹⁵

Así, en el ámbito de las actuaciones administrativas, el derecho al debido proceso, se refiere a que las autoridades deben actuar conforme a los procedimientos previamente establecidos en la ley, con el fin de garantizar los derechos de quienes puedan resultar afectados por las decisiones de la administración que crean, modifican o extinguen un derecho o imponen una obligación o una sanción.

El derecho al debido proceso administrativo corresponde al (i) conjunto complejo de condiciones que impone la ley a la administración, correspondiente al cumplimiento de una secuencia de actos por parte de la autoridad administrativa (ii) que guardan relación directa o indirecta entre sí, y (iii) cuyo fin está previamente reglado constitucional y legalmente¹⁶. Así, la finalidad perseguida por esta garantía superior es (i) procurar el ordenado funcionamiento de la administración, (ii) la validez de sus actuaciones, y (iii) salvaguardar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados¹⁷.

6. El acto de desvinculación de una persona que ocupa en provisionalidad un cargo de carrera debe ser motivado.

Reiterados han sido los pronunciamientos hechos por esta Corporación respecto de la motivación que deben de tener los actos administrativos, como garantía de los principios de legalidad, publicidad y debido proceso, pues con ella se evita la arbitrariedad y los abusos por parte de las autoridades administrativas.

En sentencia SU-250 de 1998¹⁸ la Corte se pronunció respecto de la motivación de los actos administrativos y en tal sentido señaló¹⁹:

“La Constitución de 1991 dispuso al Estado como social de derecho, es decir, que una de sus consecuencias es el sometimiento al derecho, de ahí la importancia de la motivación del acto administrativo puesto que de esta manera se le da una información al juez en el instante que pase a ejercer el control jurídico sobre dicho acto, constatando si se ajusta al orden jurídico y si corresponde a los fines señalados en el mismo. Es la desviación de poder que hoy contempla el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, como causal autónoma de nulidad de los actos administrativos, y que antes se deducía del artículo 66 del anterior Código, cuando se hablaba de abuso o desviación en las funciones propias del funcionario público.

(...)

El ordenamiento jurídico contemporáneo prevé un control jurisdiccional al acto que afecta intereses protegidos de los administrados, mediante el examen de los hechos antecedentes que hacen posible la aplicación de la norma jurídica que dota a la administración de menor o mayor grado de discrecionalidad.”

Al respecto, en la sentencia C-371 de 1999²⁰, la Corte manifestó que no deberán ser motivados aquellos actos que expresamente la ley haya excluido de tal requerimiento, al menos sumariamente, en consecuencia no pueden existir tales actos sin motivación, y si los hubiere, carecen de validez.

En consideración a lo anterior, la Corte, señaló posteriormente en la sentencia T-597 de 2004²¹, la cual reitera la doctrina constitucional sobre la materia²², que *“en virtud de la protección del debido proceso del trabajador, el acto mediante el cual se desvincula a un empleado nombrado de manera provisional en un cargo de carrera, debe ser motivado, mientras que en dicho cargo no sea nombrada una persona seleccionada en base al concurso de méritos”*.

En vista de lo anterior, la Corte ha reiterado como regla general, que todos los actos administrativos por los cuales se desvincula a una persona de su cargo deberá ser motivado, aclarando sin embargo, que frente a la exigencia de la motivación existen excepciones, como es el caso de los cargos de libre nombramiento y remoción, en tanto que los empleados que ocupan estos cargos cumplen funciones de dirección, confianza y manejo, y la permanencia en los mismos depende de la discrecionalidad del nominador²³. Por este motivo, y solo en estos casos, la falta de motivación del acto administrativo que desvincula a una persona no vulnera sus derechos fundamentales.

Ahora bien, en relación con los cargos de carrera administrativa, la situación es radicalmente distinta, pues, el fundamento para el ingreso, permanencia y promoción en dichos cargos, radica en el mérito. Así, el acto administrativo que desvincule a un funcionario de carrera deberá justificarse y sustentarse en razones de orden disciplinario, de calificación insatisfactoria del servicio o por otra causal previamente establecida en la ley²⁴.

La ley 443 de 1998²⁵ ha previsto que los cargos de carrera administrativa pueden proveerse de manera provisional, en casos de vacancias definitivas o temporales. Respecto a esta situación, la Corte ha considerado que *“la provisionalidad es una forma de proveer transitoriamente los cargos públicos cuando se presentan vacancias definitivas o temporales y mientras éstos se proveen en propiedad conforme a las formalidades de ley o cesa la situación administrativa que originó la vacancia temporal”*²⁶.

Ahora bien, pese a la transitoriedad de estos nombramientos, las personas que habiendo sido nombradas en provisionalidad para ocupar un cargo de carrera, gozan de cierta estabilidad laboral, pues su desvinculación no depende de la discrecionalidad del nominador como si ocurre en los casos de los cargos de libre nombramiento y remoción. En efecto, dicha desvinculación deberá sustentarse en una falta disciplinaria o porque luego de realizar el respectivo concurso se proveyó la vacante.

7. Desvinculación de una persona nombrada en un cargo de carrera como consecuencia de un acto administrativo inmotivado. Procedencia de la acción de tutela.

Es sabido que la acción de tutela es un mecanismo judicial excepcional, subsidiario y residual, establecido en la Constitución para la protección de los derechos constitucionales fundamentales vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares. Sin embargo, no es suficiente que se alegue la vulneración o amenaza de un derecho fundamental, para que automáticamente se legitime la procedencia de la acción de tutela, pues esta no fue instituida como un mecanismo judicial alterno o sustitutivo de los ordinarios, o especiales, como tampoco corresponde a una herramienta creada para alterar las reglas que fijan los diversos ámbitos de competencia de los jueces, ni para crear instancias adicionales a las existentes.

De la misma manera, se ha considerado que la acción de tutela procede solamente frente a situaciones en las que no existe otro mecanismo de defensa judicial apto para la efectiva protección de un derecho fundamental amenazado o vulnerado, o cuando existiendo dichos mecanismos judiciales, estos no sean eficaces, al punto de que la persona afectada se encuentre expuesta a un perjuicio irremediable.

8. Caso concreto.

La señora Corina Molinares Jiménez se encontraba vinculada en provisionalidad a la E.S.E. Hospital de Juan de Acosta desde el 17 de enero del año 2000 hasta el 15 de noviembre del año 2005, siendo su último cargo el de odontóloga. Su desvinculación se produjo el mismo 15 de noviembre de 2005, cuando le fue notificado el correspondiente acto administrativo²⁷. Frente a este suceso, la accionante consideró violados sus derechos fundamentales al debido proceso y a la protección constitucional reforzada de la mujer embarazada, por cuanto al momento de proferirse el acto administrativo que ordenó su desvinculación, ya se encontraba en estado de embarazo. Advierte, que había informado a varias de sus compañeras de trabajo que creía estar embarazada, circunstancia que vino a confirmar y a notificar a su empleador, tan solo el 20 de diciembre de ese mismo año, fecha en que se practicó un examen de diagnóstico que arrojó como resultado un embarazo de siete (7) semanas.

Así, frente a la circunstancia de haber sido despedida estando embarazada y que el acto administrativo que declaró su insubsistencia del cargo no estaba motivado, la actora considera violados sus derechos fundamentales al debido proceso y a la protección constitucional reforzada de la mujer embarazada. Además, señala que su desvinculación del hospital ha afectado su mínimo vital, el de su hijo por nacer y el de sus otros dos hijos menores, quienes dependen económicamente de ella. Además, anota que también se encuentra vulnerado sus derechos a la seguridad social en salud por carecer de la misma, tal y como lo afirmó en declaración rendida ante el Notario Séptimo del Circulo de Barranquilla. Finalmente, indica que si bien se dio orden para el pago de su liquidación, la misma aún no se le ha cancelado. Por todo lo anterior, y con el fin de garantizar el respeto de sus derechos fundamentales conculcados, solicita el reintegro a su cargo a uno de similar o superior condición, así como que se le paguen los salarios dejados de percibir y las cotizaciones dejadas de hacer en salud, pensión y riesgos profesionales, desde su desvinculación y hasta su efectiva vinculación al hospital.

Vista esta acción de tutela, la E.S.E. Hospital de Juan de Acosta, indicó que para la fecha en que se profirió la Resolución No. 143 de noviembre 15 de 2005, acto por el cual se declaró la insubsistencia de la accionante del cargo de odontóloga de dicho hospital, la administración de dicho hospital desconocía la condición de mujer embarazada de la accionante, situación de la cual tuvo pleno conocimiento tan solo treinta y cinco (35) días después, es decir, el 20 de diciembre de ese mismo año, momento en el cual la accionante aportó una constancia médica expedida ese mismo día, en la cual se daba cuenta de su estado de embarazo con evolución de siete (7) semanas. De esta manera, pretende el ente acusado, advertir que la desvinculación de la señora Corina Molinares Jiménez no encuentra justificación en su condición de mujer embarazada.

En cuanto a que el acto administrativo de desvinculación de la accionante carece de motivación, la entidad accionada argumenta que, según jurisprudencia del Consejo de Estado, no se requiere motivar el acto que ordena la desvinculación de un trabajador que haya sido nombrado en provisionalidad, pues su situación se equipara a la de una persona de libre nombramiento y remoción respecto de quien no se debe motivar el

acto que ordene su separación del cargo.

Vistos los anteriores hechos, entrará la Sala de Revisión a verificar si se han vulnerado los derechos fundamentales alegados por la accionante, para lo cual se tendrá en cuenta las consideraciones anteriores.

a. En relación con la violación del derecho a la protección constitucional reforzada a la mujer embarazada, es necesario verificar si se cumple o no con los requisitos jurisprudenciales ya anotados. Veamos.

(i) que el despido o la desvinculación de la trabajadora haya tenido lugar durante el periodo de gestación o dentro del periodo de lactancia;

Ciertamente, la E.S.E. Hospital de Juan de Acosta emitió la Resolución 143 el 15 de noviembre de 2005, fecha para la cual, la señora Corina Molinares Jiménez ya se encontraba embarazada, según se deduce del resultado del examen médico que se practicara el día 20 de diciembre de ese mismo, examen en el cual se verificó que tenía siete (7) semanas de embarazo. Así, puede considerarse que para la fecha de la desvinculación la actora contaba con dos semanas de embarazo.

(ii) que el empleador conociera con anterioridad el estado de embarazo de la trabajadora, es decir, que ésta le haya informado sobre su estado, salvo que el mismo sea notorio;

En relación con este requisito, resulta necesario verificar de manera muy detallada si el empleador conoció o pudo conocer con anterioridad a la decisión de desvincular a la accionante de su cargo, el que ésta se encontraba en estado de embarazo.

1) En primer lugar, es claro que la accionante jamás informó de manera directa, ya sea verbalmente o por escrito a su empleador su condición de embarazada, pues ella misma pone de presente en el texto de la demanda de tutela que ciertamente dicha información no se la transmitió personalmente a su empleador. Además, como se advierte de la información contenida en el mismo expediente, la accionante solo informó por escrito de su estado el día 20 de diciembre de 2005, es decir treinta y cinco (35) días después de que se produjo su desvinculación. De esta manera, se puede desvirtuar el hecho de que el empleador ya hubiere tenido conocimiento de manera directa del estado de embarazo en que se encontraba la actora al momento de su desvinculación.

2) En segundo lugar, el empleador como se advirtió, no podía tener conocimiento de tal embarazo pues los posibles cambios físicos, visto el breve periodo de embarazo de la accionante no eran notorios. En efecto, los posibles cambios físicos sufridos por la accionante en los quince días previos a su desvinculación, no podían ser apreciables y mucho menos perceptibles por cualquier persona, cambios a partir de los cuales se hubiera podido inferir que en efecto la actora se encontraba embarazada. Ciertamente son quince días o dos semanas de embarazo las que podía tener la accionante, cuando fue desvinculada del hospital, pues si recordamos, al momento de obtener el resultado del examen médico practicado el día 20 de diciembre la actora tenía para la fecha, siete (7) semanas de embarazo. Así, si se contabilizara el tiempo transcurrido entre el retiro de la actora de su cargo, noviembre 15 y el 20 de diciembre, se puede apreciar que corresponde a cerca de cinco (5) semanas, por lo que la actora contaba para el momento de su retiro, tan solo con dos semanas de embarazo. Por ello, su estado no era un hecho notorio.

3) En tercer lugar, las declaraciones rendidas por las señoras Lilibeth Patricia Arteta Tapias, Médico General y María Cristina Echavarría Arteta, bacterióloga, quienes laboraron en el Hospital Juan de Acosta y fueron compañeras de la señora Corona Molinares, manifiestan que la accionante les informó que “creía estar embarazada”, pues presentada náuseas, y vómito, a lo cual ambas declarantes coincidieron en afirmar que estos podían ser síntomas de un embarazo. Incluso, la bacterióloga advierte que para esos días -12 o 13 de noviembre-, la accionante planeaba practicarse el examen que determinara si se encontraba embarazada, examen que no se pudo realizar en el hospital por cuanto dicho centro médico no contaba en ese momento con el reactivo necesario para este tipo de examen. Por ello, el examen jamás se practicó.

Así, visto el contexto de las declaraciones rendidas, no se puede deducir de ellos que la condición de embarazada de la accionante fuera un hecho confirmado, cierto e indiscutible, y que el mismo hubiera podido ser conocido por la dirección administrativa del hospital o por su gerente, pues las declaraciones simplemente parten de suposiciones o conjeturas que se respaldan en síntomas que afectaban a la actora en su salud en ese momento, además de que ellas mismas afirman desconocer si el gerente del hospital pudo tener conocimiento del embarazo de la señora Corina Molinares.

En consecuencia, ni siquiera por terceras personas existe certeza de que el empleador hubiera podido saber que la accionante estuviera embarazada, y ello se justifica también en el hecho de que para los días en que el hospital emitió la resolución de desvinculación, la accionante aún no tenía seguridad de su condición de embarazada. Por ello, mal podría afirmarse que el hospital desvinculó a la accionante en razón a su estado de embarazo.

(iii) que el despido se haya producido sin el cumplimiento de los requisitos legales pertinentes, es decir sin la autorización del Inspector del Trabajo, si se trata de trabajadora oficial o particular, o sin que exista resolución motivada del jefe del respectivo organismo, si se trata de empleada pública;

En cuanto a este requisito, es claro que la resolución No. 143 de noviembre 15 de 2005, proferida por el gerente de la E.S.E. Hospital Juan de Acosta, no cuenta con motivación alguna. En su intervención en el trámite de esta tutela, el gerente del hospital accionado justifica su decisión en el hecho de que la actora venía ocupando su cargo en provisionalidad, circunstancia que la colocaba en igualdad de condiciones que un funcionario de libre nombramiento y remoción, respecto de quienes no se requiere motivación en el acto administrativo que ordena la separación de cargo que se encuentre ocupando.

Visto que este punto será desarrollado ampliamente más adelante, solo basta manifestar que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido

reiterativa en señalar que el acto administrativo por el cual una persona que sea declarada insubsistente de su cargo, así se encuentre en provisionalidad en el mismo, y que no corresponda a un funcionario de libre nombramiento y remoción, deberá estar motivado.

(iv) que ese despido o desvinculación sea consecuencia directa del embarazo y no de circunstancias objetivas que lo justifiquen.

Del contexto de los hechos y las pruebas que obran en el expediente se puede deducir claramente que la desvinculación de la accionante se hizo con desconocimiento de su condición de embarazada. No obstante, en tanto el acto administrativo de desvinculación no se motivó, no se encuentran expuestos argumentos objetivos que justifiquen su separación del cargo.

(v) que ese despido o desvinculación amenace el mínimo vital de la madre o del nasciturus.

Ciertamente, al momento de interponer esta acción de tutela, la señora Corina Molinares no se encontraba laborando en entidad alguna o prestando sus servicios profesionales de manera independiente, como tampoco había recibido hasta ese instante el pago de su liquidación definitiva.

En efecto, la entidad accionada no controvertió lo dicho por la actora, pero en su lugar argumentó que el mínimo vital de la actora y del nasciturus no estaba en peligro, toda vez que la accionante, convivía con su esposo, un profesional en contaduría pública que labora para varias empresas de la ciudad de Barranquilla y respecto de quien, la actora tiene la calidad de beneficiaria en el régimen de salud, pues se encuentra afiliada a la E.P.S. de COOMEVA desde el 12 de diciembre de 2005, afiliación con la cual garantiza su seguridad social en salud y la de su hijo por nacer.

Frente a este requisito, advierte la Sala que la accionante al momento de rendir una declaración ante el Notario Séptimo del Círculo de Barranquilla hizo dos afirmaciones: primero, que no cuenta con recursos para su sostenimiento, el de sus hijos menores y del que está por nacer; y segundo, que no cuenta con seguridad social en salud.

De la lectura hecha a esta declaración se concluye que la accionante ve económicamente por sus menores hijos y por ella y que carece de atención en salud, afirmaciones que son contrarias a lo afirmado por la entidad accionada.

Recordemos que a folio 180 del expediente obra una certificación expedida por COOMEVA E.P.S. en la cual consta que la accionante se encuentra afiliada desde el 12 de diciembre de 2005 al Sistema de Seguridad Social en Salud en el régimen contributivo, en calidad de beneficiaria de su esposo José Vicente Rocha Molina. Con esta prueba se desvirtúa su carencia de asistencia en salud.

En cuanto a la afectación de su mínimo vital, si bien es cierto que la accionante no se encuentra percibiendo de manera directa ningún ingreso económico como lo venía haciendo cuando era empleada del hospital accionado, tampoco aporta pruebas que demuestre la incapacidad de asumir gastos básicos como el pago de servicios públicos o de otra índole que aseguren el cumplimiento de las necesidades básicas de sus hijos como las suyas, o que tales obligaciones se encuentren en mora.

Además, la accionante no controvertió algunos de los argumentos expuestos por la apoderada del hospital quien aportó pruebas, incluido el registro de matrícula inmobiliaria de la vivienda que tiene junto con su esposo en un buen sector de la ciudad de Barranquilla, como tampoco desmintió que conviva con su esposo quien es un profesional que presta sus servicios como contador público a varias empresas de Barranquilla.

Contrario a la interpretación que se le puede dar a la declaración hecha por la accionante ante el Notario Séptimo del Círculo de Barranquilla en la que se puede pensar que ella es madre cabeza de familia, se pudo probar con otros documentos que la actora se encuentra afiliada a COOMEVA E.P.S. como beneficiaria de su esposo; que vive con su familia en una casa ubicada en un buen sector de la ciudad de Barranquilla y que sus hijos asisten a unos de los colegios más prestigiosos de Barranquilla como lo son el colegio Cervantes y la Enseñanza. Además, no obran pruebas a partir de las cuales se pueda considerar que la actora o su esposo están incumpliendo con las exigencias propias de un hogar como pago de servicios públicos y la asunción de las necesidades básicas de alimentación, salud, techo, estudio, etc. Frente a estas circunstancias no se puede advertir que el mínimo vital de la accionante, de sus hijos y del que está por nacer se encuentre afectado.

De esta manera, y luego de verificar si se cumplió o no con los requisitos jurisprudenciales establecidos para garantizar el derecho a la protección reforzada de la mujer embarazada, se puede concluir que en efecto no se cumplen en su totalidad, razón por la cual la protección por vía de esta línea jurisprudencial de protección reforzada a la mujer embarazada resulta improcedente.

b. Sin embargo, la Sala considera que la E.S.E Hospital de Juan de Acosta, desconoció la jurisprudencia constitucional referente a la necesidad de que los actos administrativos que ordenan la desvinculación de un funcionarios (sic) que ocupe un cargo de carrera, así sea en provisionalidad, deberá estar motivado.

Para el presente caso, y luego de leída la Resolución No. 143 de noviembre 15 de 2005 que fuera expedida por el Gerente (e) del (sic) la E.S.E. Hospital de Juan de Acosta, es clara la total ausencia de motivación que justifica la separación del cargo de la señora Corina Molinares.

En efecto, la brevedad de la resolución es suficiente para asegurar la falta de motivación del acto, aún cuando, como lo expuso el gerente de la entidad accionada al dar respuesta a esta tutela, la presunta justificación para desvincular a la accionante estaría fundamentada en la necesidad de adecuar o reestructurar la planta de personal de dicho hospital con el fin de evitar el colapso económico del mismo.

Sin embargo, en la resolución no consta ninguna motivación que permita que la accionante en uso de su derecho al debido proceso, puede controvertir dicho acto como una medida jurisdiccional de protección frente a la actuación de su nominador, en tanto la conducta de éste afecta

sus intereses protegidos.

En consecuencia, la violación de su derecho al debido proceso es clara por éste circunstancia, motivo por el cual esta Sala concederá el amparo solicitado.

Así, vistas las anteriores consideraciones, la orden de amparo a impartir en el presente caso, consistirá en obtener que la E.S.E. Hospital de Juan de Acosta motive el acto de desvinculación, si existen motivos para ello, caso en el que si la afectada lo considera, puede acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Si por el contrario, la E.S.E. Hospital de Juan de Acosta niega la motivación del acto de desvinculación, no obstante la conminación del juez de tutela, tal situación equivale a la aceptación de que no existe motivo alguno para la misma, distinto del arbitrio del nominador, razón por la cual cabe que en sede de tutela se ordene el reintegro, hasta tanto se produzca el respectivo concurso de méritos o la desvinculación se produzca por razones que la hagan justificada.

VI. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero. REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Barranquilla del 19 de mayo de 2006, mediante el cual se negó por improcedente la acción de tutela instaurada por la señora Corina Molinares Jiménez contra la E.S.E. Hospital de Juan de Acosta. En su lugar CONCEDER la protección del derecho al debido proceso de la demandante.

Segundo. DEJAR SIN EFECTOS la Resolución 143 del 15 de noviembre de 2005, mediante la cual la E.S.E. Hospital de Juan de Acosta declaró la insubsistencia del nombramiento de la señora Corina Molinares Jiménez.

Tercero. ORDENAR a la E.S.E. Hospital de Juan de Acosta que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de la presente sentencia, proceda a expedir un nuevo acto administrativo debidamente motivado.

Si no se cumpliera con la orden aquí impartida, y la E.S.E. Hospital de Juan de Acosta no expidiera un acto administrativo motivado por no tener argumentos suficientes y consistentes con la normatividad aplicable para la declaratoria de insubsistencia de la señora Molinares Jiménez, deberá reintegrarla a un cargo equivalente o de mejor categoría al que venía ocupando cuando fue desvinculada.

Cuarto. ADVERTIR a la señora Corina Molinares Jiménez que contra el acto administrativo que, en cumplimiento de esta providencia, llegare a proferir la E.S.E. Hospital de Juan de Acosta, podrá ejercer las acciones contenciosas administrativas pertinentes. Para tales efectos, los términos comenzarán a contarse a partir de la notificación del acto administrativo que se expida.

Quinto. LÍBRESE por Secretaría la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

JAIME ARAÚJO RENTERÍA
Magistrado Ponente

NILSON PINILLA PINILLA
Magistrado
CON SALVAMENTO DE VOTO

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA
Magistrada
CON ACLARACION DE VOTO

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO
Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA A LA SENTENCIA T-873 de 2006.

Referencia: Expediente T-1389580

Acción de tutela instaurada por Corina Molinares Jiménez contra la E.S.E. Hospital de Juan de Acosta (Atlántico).

Magistrado Ponente:

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

En esta oportunidad me limitaré a reiterar lo que he señalado en otras aclaraciones o salvamentos de voto, puesto que no considero pertinente explicar en extenso mi posición sobre lo decidido en la presente sentencia. Basta con señalarla públicamente al votar y firmar la sentencia, y con expresar mi criterio sobre las opiniones disidentes.

A diferencia de lo que sucede en otros países de tradición romano-germánica, en Colombia existe una sólida y saludable tradición de pluralismo en el ejercicio de la magistratura.²⁸ Esta se refleja en tres aspectos: (i) el voto de los magistrados es conocido y divulgado, usualmente en un comunicado oficial de la Corte, lo cual permite a los ciudadanos conocer la posición de cada magistrado, (ii) las sentencias son firmadas por todos los magistrados, lo cual le permite a cada uno señalar públicamente, debajo de su rúbrica, si aclara o salva el voto, (iii) las deliberaciones constan en un acta accesible al público inmediatamente después de ser aprobada por el Pleno de la Corte donde se recogen los argumentos de cada magistrado, y (iv) a la correspondiente sentencia se deben adjuntar las opiniones disidentes de los magistrados, si las hay, o sea, los salvamentos o aclaraciones de voto. Además, la Secretaría General puede certificar cómo voto cada magistrado, si un interesado así lo solicita.

Estos cuatro aspectos - que constituyen una de las fortalezas de nuestra tradición judicial - son separables, como lo demuestra el derecho comparado.²⁹ O sea que es perfectamente posible que un magistrado opte por disentir, pero deponga su interés en criticar la sentencia correspondiente, cultivar el individualismo, hacer gala de su conocimiento o mostrar soluciones alternativas que considera más apropiadas. Todo en aras de contribuir a fortalecer a la institución judicial a la cual pertenece y a que las sentencias fijen el sentido de la Constitución con sólida autoridad.

Habrà, por supuesto, casos en que dicha contribución se logre mejor escribiendo una opinión separada, siempre dentro del mayor respeto por la institución. Así lo estimé necesario, por ejemplo, en la sentencia sobre el aborto (C-355 de 2006), la cual compartí enteramente. Escribí una aclaración de voto a dicha sentencia para agregar algunos argumentos fundados en el derecho comparado, con el fin de dar elementos de juicio orientados a impulsar desarrollos futuros en la materia, no para criticar la sentencia.³⁰ En cambio, en la primera sentencia en la cual participé sobre la igualdad de las parejas del mismo sexo (SU-623 de 2001), escribí un salvamento de voto conjunto para tratar de abrir el camino hacia evoluciones jurisprudenciales encaminadas a proteger a las parejas del mismo sexo, como en efecto sucedió varios años después sobre bases distintas a las que en 2001 dividieron a la Corte.

Lo mismo hice en temas menos “duros” pero importantes en el contexto colombiano, como la posibilidad de subsanar algunos vicios de procedimiento (C-333 de 2005). Mi orientación anti-formalista me conduce a declarar el vicio pero también a admitir, como lo dice expresamente la Constitución desde 1991, que si se reúnen ciertas condiciones la ley puede ser devuelta para que la falla en el procedimiento pueda ser subsanada. Así sucede ahora frecuentemente con las leyes aprobatorias de tratados públicos. Es que en nuestro contexto hay cuestiones constitucionales de enorme relevancia sobre las cuales cabe anticipar una evolución, lo cual es un aliciente para que la opinión disidente sea escrita, no para atacar a la Corte, sino para sentar bases sólidas que propicien un cambio de jurisprudencia. Ello también ocurrió, por supuesto, antes de la Carta de 1991. Un buen ejemplo de ello es el salvamento de voto del magistrado Luis Sarmiento Buitrago a favor del control material de los decretos declarativos de un estado de excepción durante la vigencia de la Constitución de 1886. Si bien la Corte Suprema de Justicia nunca dio ese paso, en la Constitución de 1991 se plasmaron los fundamentos para que la Corte Constitucional avanzara en esa dirección, como en efecto aconteció.

Fue este espíritu constructivo el que me animó a abstenerme de seguir repitiendo el mismo salvamento de voto (ver, por ejemplo, el que escribí a la T-080 de 2006) a las sentencias de tutela que ordenaban la terminación indiscriminada de cualquier proceso ejecutivo hipotecario denominado en UPAC³¹. Una vez que la Sala Plena decidió asumir el conocimiento de varias tutelas acumuladas con el fin de unificar la jurisprudencia, dejé de escribir una opinión disidente en las Salas de Revisión en las cuales participé y tampoco lo hice en la sentencia de unificación donde la Corte construyó un enfoque diferente sobre nuevas premisas compartidas por casi todos los magistrados (SU- 813 de 2007).

Ahora bien, las sentencias de la Corte cumplen una misión trascendental consistente en fijar el significado de la Constitución. Por lo tanto, la decisión de escribir una opinión separada o disidente también implica una responsabilidad primordial: articular una crítica útil a la sentencia de la Corte, en especial cuando dicha sentencia puede llegar a constituirse en un precedente. Si una opinión separada o disidente no puede ser orientada en ese sentido, el juez que salve o aclare su voto puede satisfacer sus convicciones jurídicas simplemente anunciado que no esta de acuerdo con la Corte.

Así interpretó el famoso jurista Roscoe Pound el dilema de escribir o no opiniones disidentes, en un artículo publicado en 1953³². Para Roscoe Pound la actitud de varios jueces movidos por la vanidad o el orgullo personal, que creían que tenían que escribir una opinión individual para cualquier caso, era contraproducente desde el punto de vista del progreso del derecho. Por eso destacó el siguiente canon de ética judicial: “Un juez no debe ceder a la vanidad de su opinión ni valorar de manera más alta su reputación individual que la de la Corte a la cual le debe lealtad.” (Canon 19, parágrafo 3, ABA, 1924). De tal forma que hay una diferencia entre anunciar un desacuerdo y, adicionalmente, escribir en extenso una crítica de la sentencia de la cual el magistrado difiere.

Frecuentemente se pasa por alto que inclusive en Estados Unidos donde, a diferencia de Europa, existe una larga tradición de admitir las opiniones disidentes, varios magistrados entendieron que, en determinadas circunstancias, tanto la certeza del derecho como la solidez de la Corte aconsejan reducir el disenso y promover la unanimidad. Es bien sabido, por ejemplo, que el jurista Earl Warren trabajó arduamente para

conseguir que la sentencia Brown v. Board of Education – mediante la cual se puso fin a la segregación racial en los colegios públicos- fuera unánime. Así mismo, John Marshall solo escribió nueve opiniones disidentes en cuarenta y cuatro años de ejercicio de la magistratura, puesto que comprendió que el nacimiento del control constitucional y la consolidación de la Corte investida de la autoridad para decir qué dice la Constitución, requería de una clara cohesión institucional. Por esa misma razón, Marshall aceptó ser magistrado ponente de sentencias con las cuales estaba en desacuerdo.³³

Además, en este caso el ímpetu de afinar la pluma para criticar la sentencia se ha desvanecido después de tranquilas reflexiones en torno al sentido de las opiniones separadas o disidentes. Estas me han llevado a darme cuenta de que aun los juristas admirados por la claridad, elocuencia, pertinencia y seriedad de sus opiniones disidentes, estimaban que no tenía sentido insistir, una y otra vez, en escribir de manera individual la posición que expresaron en las deliberaciones y mucho menos las que habían sostenido a lo largo del tiempo. No se debe olvidar que Oliver Wendell Holmes - denominado el gran disidente - sostenía que cuando un magistrado escribe un salvamento o aclaración de voto debe recordar que “está dando su punto de vista sobre el derecho, no peleando con otro gallo”. Esto llevó en múltiples ocasiones al magistrado Holmes a señalarles a los colegas de la Corte con los cuales compartía una opinión disidente, que debían modificar los términos empleados en el escrito correspondiente para respetar el principio ético de la civilidad en el disenso.

No se trata de seguir una regla de consenso, inapropiada en un contexto pluralista y en todo caso superada por la divulgación de los votos de cada magistrado. El objetivo esencial es contribuir a la consolidación de una institución que, como la Corte Constitucional, adopta decisiones que definen el rumbo del país en temas que despiertan enorme sensibilidad, tienen un impacto profundo o están sujetos de manera recurrente a la dura prueba del litigio constitucional.

Entonces, honro esa responsabilidad consustancial a la administración de justicia, que ha de ser tenida en cuenta por el juez constitucional cuando - más allá de hacer pública su posición al advertir que salva o aclara el voto - decide escribir una opinión disidente: la voz individual del magistrado debe contribuir a esclarecer el derecho, en lugar de confundir, y debe inscribirse en el respeto por la majestad de la justicia, en lugar de tratar de deslegitimarla.

Fecha ut supra,

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

1. Según folios 27 y 34 y 125 y 126 del expediente, que corresponden a los originales y fotocopias de una certificación médica y ecografía obstétrica. En dicha certificación de fecha 15 de diciembre de 2005, el médico Humberto Espinosa de Vivero, manifiesta:

“...que la fecha de la última menstruación de la paciente CORINA MOLINARES fue el 23 de octubre del 2005, se le tomó ecografía que indica 7 semanas de embarazo lo cual concuerda con la fecha de la última menstruación”.

2. Ver folio 84 del expediente.

3. Corte Constitucional. Sentencia C-470 de 1997.

4. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-501 de 2004.

5. Cfr., entre otras, las sentencias C-470 del 15 de septiembre de 1997 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), T-373 del 22 de julio de 1998 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), T-232 del 15 de abril de 1999 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra), T-902 del 16 de noviembre de 1999 (M.P. Antonio Barrera Carbonell), T-375 del 30 de marzo de 2000 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), T-406 del 10 de abril de 2000 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), T-1473 del 30 de octubre de 2000 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), T-154 del 12 de febrero de 2001 (M.P. Fabio Morón Díaz), T-255A del 2 de marzo de 2001 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), T-367 del 3 de abril de 2001 (M.P. Jaime Araujo Rentería), T-664 del 27 de junio de 2001 (M.P. Jaime Araujo Rentería) y T-161 del 7 de marzo de 2002 (M.P. Álvaro Tafur Galvis).

6. Sentencia del 22 de julio (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

7. Se puede consultar la sentencia T-739 del 1 de diciembre de 1998 (M.P. Hernando Herrera Vergara).

8. Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25); Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales, aprobado mediante la Ley 74 de 1968; Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, expedida por la Asamblea General de la ONU en Nueva York el 18 de diciembre de 1979 y aprobada por la Ley 51 de 1981 y el Convenio 111 de la OIT.

9. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-176 del 20 de febrero de 2005 (M.P. Jaime Araujo Rentería).

10. Corte Constitucional, sentencia C-470 de 1997.

11. Se pueden consultar las sentencias T-373 de 1998, ya citada, T-375 del 30 de marzo de 2000 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), T-1243 del 7 de

septiembre de 2000 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), T-1569 del 2 de noviembre de 2000 (M.P. Fabio Morón Díaz), T-352 del 29 de marzo de 2001 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra), T-161 de 2002, ya citada y T-206 del 19 de marzo de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

12. En este sentido, son garantías que establece el debido proceso las siguientes: (i) ser oído antes de la decisión, (ii) participar en el proceso desde su inicio hasta su culminación, (iii) solicitar y aportar pruebas, (iv) la motivación de las decisiones, (v) las notificaciones oportunas y de conformidad con la ley, (vi) ejercer el derecho de contradicción, (vii) la posibilidad de impugnar las decisiones, entre otros.

13. Sentencia T-061 de 2002, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

14. Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil.

15. Ver sentencia C-252 de 1994, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa y Antonio Barrera Carbonell.

16. Ver sentencia T-552 de 1992, M. P. Fabio Morón Díaz. En esta providencia se indicó también que “El proceso administrativo, denominado antes procedimiento administrativo, para diferenciarlo del proceso judicial, en tanto, este último, tenía por finalidad la cosa juzgada; comprende el conjunto de requisitos o formalidades anteriores, concomitantes o posteriores, que establece el legislador para el cumplimiento de la actuación administrativa, y los procedimientos, o pasos que debe cumplir la administración para instrumentar los modos de sus actuaciones en general”.

17. Ibídem.

18. Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero.

19. En esta ocasión la Corte concedió el amparo al debido proceso de una persona que ocupaba el cargo de notario, por considerar que si bien había sido nombrada de manera provisional, la resolución por medio de la cual se desvinculaba debió motivarse. Al respecto señaló: “Si el nominador retira a un Notario interino y éste no es reemplazado por un Notario en propiedad, previo concurso, el acto administrativo que contiene la desvinculación debe incluir las razones formales y materiales, normativas y fácticas, que motivaron el retiro, de acuerdo con el parámetro ya señalado de que es por motivos de interés general que afecten el servicio por lo que puede producirse el retiro. (...)”

20. Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo.

21. Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa.

22. Ver, entre otras, las sentencias SU-250 de 1998; T-610 y T-1011 de 2003; y T-597 y T-951 de 2004.

23. Entre otras, ver las sentencias T-222 de 2005, M. P. Clara Inés Vargas Hernández y C-292 de 2001, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

24. Ver sentencia T-1011 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

25. Esta ley fue derogada parcialmente por la ley 909 de 2004.

26. Sentencia T-1206 de 2004, M. P. Jaime Araújo Rentería.

27. A folio 86 del expediente obra la Resolución No. 143 de noviembre 15 de 2005, proferida por el Gerente (e) de la E.S.E. Hospital de Juan de Acosta que dispone lo siguiente:

“El Gerente (e) de la Empresa Social del Estado Hospital de Juan de Acosta, en ejercicio de sus facultades legales y reglamentarias, en especial las conferidas por el artículo 29 de los Estatutos de la ESE:

RESUELVE

Artículo primero: Declarar insubsistente el nombramiento recaído en la doctora CORINA MILINARES JIMÉNEZ, Odontóloga de la ESE Hospital de Juan de Acosta, código 325, del nivel profesional, a partir de la fecha.

“ (...)”

28. Desde el siglo XIX los magistrados han podido salvar o aclarar el voto. Sin remontarnos más allá de la vigencia de la Constitución de 1886, cabe resaltar que en la primera sentencia en la cual se juzgó, en control previo, un acto del legislador, se presentaron salvamentos de votos.

29. En efecto, en Francia están prohibidas las opiniones disidentes en el Consejo Constitucional, pero las actas de sus deliberaciones son públicas, varias décadas después de su aprobación. En Estados Unidos están permitidas las opiniones disidentes, pero no existen actas de las deliberaciones. Mucho de la evolución del pensamiento de la Corte estadounidense queda consignado por escrito en los memorandos y notas oficiales que se cruzan los magistrados, los cuales son públicos también después de varias décadas. En Alemania, después de un complejo y extenso proceso, se pasó de la interdicción de las opiniones disidentes a su admisión. Ello sucedió a raíz del famoso caso Spiegel, resuelto en 1966, en el cual los magistrados se dividieron 4 contra 4. Ante la ausencia de mayoría por la inconstitucionalidad, el acto controvertido en dicho caso se consideró convalidado. Para entonces, las opiniones disidentes no estaban permitidas. Entonces, la Corte Constitucional alemana optó

por publicar las dos opiniones enfrentadas como parte de la sentencia misma, sin divulgar los nombres de los magistrados. Ello suscitó un debate sobre si las opiniones disidentes deberían ser permitidas. En 1968 se llevó a cabo un debate apasionado al respecto en el Congreso de Derecho, organizado por la asociación de juristas. Luego de una votación, los juristas se inclinaron a favor de permitir las aclaraciones y salvamentos de voto, a pesar de que los magistrados que integraban las cinco altas cortes alemanas votaron en contra (158 contra 65). En 1970, el Parlamento modificó la Ley Orgánica de la Corte Constitucional Federal alemana para permitir las opiniones disidentes.

30. Inclusive respecto de estas cuestiones tan álgidas, algunos magistrados han preferido abstenerse de hacer públicas las razones de su posición. En Alemania, en la primera sentencia sobre el aborto, dos magistrados escribieron sus opiniones disidentes. Por eso, se cree que la votación fue 6 contra 2. No obstante, en realidad fue una sentencia 5 contra 3, ya que uno de los magistrados de la minoría decidió no escribir un salvamento de voto.

31. Los puntos de mi disenso se originaron en que a mi juicio la tutela no debía ser concedida sin verificar si el interesado había solicitado la terminación del proceso, si el inmueble estaba efectivamente destinado a vivienda, si el deudor había aceptado la reliquidación del crédito o si el inmueble ya había sido adjudicado a una familia que lo adquirió de buena fe para vivir en él

32. Roscoe Pound. Cacoethes Dissentiendi: The Heated Judicial Dissent. 39 A.B.A.J. (1953), 794.

33. El justicia Antonin Scalia, un vigoroso disidente en la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, critica esta actitud en un ensayo sobre la opinión disidente. Ver The Dissenting Opinion. 1994 J. Sup. Ct. Hist. 33.

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 12:35:26