

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

Magistrado Ponente

STP4236-2018

Radicación 97239

(Aprobado Acta No.97)

Bogotá D.C., veinte (20) de marzo de dos mil dieciocho (2018).

La Sala decide la impugnación interpuesta por ELIANA LIZETH CASTRO RODRÍGUEZ, contra el fallo proferido el 06 de febrero de 2018, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia, mediante el cual tuteló los derechos fundamentales al mínimo vital, la seguridad social y la salud de la accionante y de su hija que está por nacer.

Por otra parte negó la protección de los derechos a la igualdad y confianza legítima, supuestamente vulnerados por el Consejo Superior de la Judicatura, el Consejo Seccional de la Judicatura de Quindío, la Dirección Seccional de Administración Judicial y la Coordinación del Centro de Servicios de los Juzgados Civiles y de Familia de Armenia.

ANTECEDENTES

Y

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Así fueron sintetizados en el fallo constitucional de primera instancia:

La señora Eliana Lizeth Castro Rodriguez, quien actualmente desempeña en provisionalidad el cargo de Escribiente Municipal en el Centro de Servicios Judiciales de los Juzgados Civiles y de Familia de Armenia, tiene aproximadamente 28 semanas de embarazo y prevista como fecha probable de parto el día 21 de abril de 2018. El 22 de agosto de 2017, la servidora judicial informó a la señora Jueza coordinadora del Centro de Servicios sobre su estado.

El primero de noviembre de 2017, el Consejo Seccional de la Judicatura del Quindío publicó la vacante definitiva del cargo que ocupa temporalmente la señora Castro Rodriguez. Ante esa circunstancia, el 3 de noviembre siguiente, la señorita Érika Andrea Pino Cifuentes, quien hace parte del registro de elegibles vigente para el referido puesto, presentó formato de opción de sede para ocuparlo en propiedad.

Por ser la primera persona en la lista de elegibles remitida por el Consejo Seccional de la Judicatura, la señora Jueza coordinadora nombró en propiedad a Érika Andrea Pino Cifuentes, mediante resolución 207 del 13 de diciembre de 2017, Esa decisión fue notificada personalmente a la interesada, quien, mediante escrito del 15 de enero de 2018, manifestó su voluntad de aceptar la designación.

A lo largo del trámite para proveer el empleo, la señora Eliana Lizeth Castro Rodriguez envió sendas comunicaciones al Consejo Seccional de la Judicatura y a la Jueza encargada de coordinar el Centro de Servicios, en las que reitero la información sobre su proceso gestacional y solicitó la suspensión de las diferentes etapas para la designación en propiedad; sin embargo, sus pedidos fueron despachados desfavorablemente en varias ocasiones.

Ahora, mediante esta acción constitucional, Eliana Lizeth solicitó la protección de sus derechos a la igualdad, al debido proceso, a la seguridad social y al mínimo vital. Argumento que la jurisprudencia contempla la garantía de estabilidad laboral para las mujeres embarazadas y que, si bien algunas, decisiones judiciales encuentran justificada la

desvinculación de la madre gestante ante la necesidad de proveer el cargo en propiedad, la señora Jueza coordinadora en este caso actúa como autoridad administrativa y no judicial, por lo que debe dar aplicación a lo dispuesto en la circular PSAC11-43 del 15 de noviembre de 2011 de la Presidencia del Consejo Superior de la Judicatura, que ordena la continuidad de la vinculación laboral de la madre en esas condiciones, y no a los criterios jurisprudenciales que dan otras directrices.

Agregó que otros nominadores de la Rama Judicial han priorizado a la estabilidad laboral de la madre gestante sobre los nombramientos en propiedad, por lo que ella debe ser tratada en plano de igualdad con esas personas.

#### EL FALLO IMPUGNADO

La Sala Penal del Tribunal Superior de Armenia tuteló los derechos fundamentales al mínimo vital, la seguridad social y la salud de la accionante y su hija que está por nacer. Por otra parte el fallo de primera instancia niega la protección de los derechos a la igualdad y confianza legítima, por cuanto no se advierte que haya existido vulneración alguna, en tanto que desde el inicio de su vinculación con la administración de justicia la servidora tuvo claro el tipo de relación que ostentaba (en provisionalidad), incluso porque se encontraba cubriendo la licencia de un servidor incapacitado, de ahí que no es viable afirmar que le generaron expectativas legítimas sobre su permanencia en el cargo.

De otro lado, en punto de transgresión del derecho a la igualdad, debe decirse que, si bien, algunas autoridades nominadoras de la Rama Judicial obraron como la demandante lo pide en esta oportunidad (suspensión del nombramiento de las personas incluidas en el registro de elegibles), el Tribunal considera que como esas autoridades judiciales en cumplimiento de funciones administrativas no tienen relación de superioridad jerárquica con la coordinación del Centro de Servicios, no es dado afirmar que las decisiones de aquellas tengan fuerza vinculante sobre éstas.

## LA IMPUGNACIÓN

La demandante disintió de la anterior decisión, en tanto considera que la sentencia impugnada se sustentó en el precedente de la Corte Constitucional que establece que la Carrera Administrativa prevalece sobre la estabilidad laboral reforzada de mujeres en estado de embarazo. Aduce la accionante que esta situación no se ajusta a los presupuestos que la legislación ha dispuesto para casos semejantes y agregó que “Tal como lo informé en escrito tutelante, existen en el distrito casos similares donde se da aplicación a la circular PSAC11-43 del 15 de noviembre de 2011 del C.S de la J, como en el caso del Juzgado Séptimo Civil Municipal de la ciudad titular del despacho estando en cómputo de términos para posesión de la persona nombrada por concurso de méritos, dispuso la suspensión de tal proceso hasta que se cumpliera un año del nacimiento del menor en gestación. Lo anterior a efectos de que pueda generar a mi favor un test de igualdad por cumplir a cabalidad los requisitos fijados por la legislación nacional”.<sup>1</sup>

## CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. De conformidad con lo establecido en el numeral 2º del artículo 1º del Decreto 1382 de 2000, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es competente para resolver la impugnación interpuesta contra el fallo proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Armenia

2. El carácter subsidiario de la acción de tutela

Para resolver el asunto la Sala debe reiterar que la acción de tutela, como mecanismo de protección y defensa de los derechos fundamentales es, en virtud del artículo 86 de la Carta Política de Colombia, de orden subsidiario y residual,<sup>2</sup> lo que significa que su procedibilidad depende de la inexistencia de otros medios idóneos de defensa judicial al alcance de quien

demanda.

Sin embargo, puede ocurrir, y así lo ha dicho la Corte Constitucional, que a pesar de que los interesados cuenten con los medios ordinarios para defender sus derechos concretos, ninguno de estos mecanismos actúen de manera efectiva y eficiente. Es precisamente en dichos casos, que el juez de tutela debe hacer un examen razonable y ponderado en cuanto a la validez y efectividad del medio judicial alternativo. Este dinamismo judicial permite, en un Estado Social de Derecho, asegurar la vigencia de un orden justo, de conformidad con lo establecido en el artículo 2º de la [Constitución Política](#).<sup>3</sup>

Con todo, no se puede olvidar que la eficacia de los medios de defensa ordinarios, no necesariamente depende de la velocidad con la cual se resuelve un asunto, pues con este parámetro todas las demás acciones instituidas en el ordenamiento jurídico, con excepción del hábeas corpus, serían ineficaces y por lo mismo, ningún sentido tendría los otros medios de defensa -consecuencia contraria a la esencia y teleología de la acción constitucional-.

### 3. Protección laboral reforzada de mujer embarazada y en periodo de lactancia

La línea Jurisprudencial de la Corte Constitucional es que la mujer en estado de embarazo o en periodo de lactancia, tiene una protección laboral reforzada y únicamente con autorización del inspector de trabajo se puede despedir. “Esta autoridad sólo podrá otorgar el permiso si verifica la existencia de alguna de las justas causas que tiene el empleador para dar por terminado el contrato de trabajo, de esa forma se descarta la posibilidad de que la razón del despido sea el embarazo o la lactancia, es decir, se excluye la existencia de una discriminación.”<sup>4</sup>

### 4. Conocimiento del estado de embarazo por parte del empleador

El grado de protección de la mujer embarazada se determinad de acuerdo con el

conocimiento que haya tenido el empleador de tal estado y así lo precisó la jurisprudencia constitucional: “El conocimiento del embarazo por parte del empleador da lugar a una protección integral y completa, pues se asume que el despido se basó en el embarazo y por ende en un factor de discriminación en razón del sexo. Por otra parte, la falta de conocimiento, dará lugar a una protección más débil, basada en el principio de solidaridad y en la garantía de estabilidad en el trabajo durante el embarazo y la lactancia, como un medio para asegurar un salario o un ingreso económico a la madre y como garantía de los derechos del recién nacido.”<sup>5</sup>

#### Análisis del caso concreto

1. La orden pretendida por la impugnante en tutela, está dirigida a que no se le vulneren sus derechos a la protección constitucional reforzada de la mujer embarazada, por cuanto fue desvinculada de su cargo, en provisionalidad, como Escribiente Municipal del Centro de Servicios Judiciales de los Juzgados Civiles y de Familia, pese a que se encontraba en estado de gravidez, condición comunicada a la Juez Coordinadora del Centro de Servicios Judiciales, a la Dirección Seccional de Administración Judicial y a la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Quindío.

2. Improcedencia de la acción de tutela por incumplimiento del requisito de subsidiaridad

Ha sido pacífica y profusa la jurisprudencia tanto de esta Sala, como de la Corte Constitucional, al sostener la improcedencia de la tutela cuando se cuenta con otros mecanismos de defensa, salvo que se utilice como medio transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

La tutela no es una tercera instancia, tampoco mediante ella puede suplantarse al juez natural al interior del proceso para revivir etapas ya fenecidas o exponer en esta excepcionalísima y subsidiaria sede, cuestiones que actualmente son objeto de debate en los cauces ordinarios.

Sobre el punto, expuso la Corte Constitucional en sentencia T-628 de 2013 que:

La procedencia de la acción de tutela para obtener prestaciones sociales no puede desconocer el ordenamiento jurídico que prevé procedimientos adecuados para el reconocimiento de los derechos en cumplimiento del debido proceso. De esta forma, por regla general las acreencias laborales incluidas en aquellas los retroactivos pensionales a que el trabajador tenga derecho, escapan a la procedencia del amparo en cuanto no exista afectación del mínimo vital y además se hayan agotado los procedimientos ordinarios previstos por el ordenamiento jurídico con el fin de acreditar el derecho objeto de controversia”

Y además:

(...) El juez constitucional no puede ser laxo al reconocer la presunta vulneración de derechos fundamentales porque tal comportamiento desconoce la condición subsidiaria de la acción de tutela y su procedencia excepcional para proteger derechos como los discutidos en este asunto.

Cuando se alega la afectación al mínimo vital, o la condición de sujetos susceptibles de protección constitucional debe el juez constitucional acudir a la hermenéutica constitucional que indicará si el derecho alegado es susceptible de protección y, adicionalmente, asumir una actividad inquisitiva con el fin de lograr la prueba de lo alegado por los accionantes, para no transformar la acción de tutela en un proceso ordinario con el fin de resolver situaciones propias de otros procedimientos previstos en la Ley.

Es indiscutible que la accionante cuenta con otro mecanismo de defensa judicial, ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, donde tendrá la oportunidad de debatir y solicitar las medidas cautelares necesarias que invoca en esta oportunidad por medio de esta acción constitucional.

Instancia en la que además se tiene la posibilidad de reclamar la suspensión provisional del acto administrativo con el cual se dispuso su desvinculación, constituyéndose así en el mecanismo idóneo para controvertir el pronunciamiento que dice atenta contra sus derechos fundamentales.

La alternativa de acudir a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, impide al juez de tutela intervenir en el asunto objeto del sub júdice, según lo ha dicho la jurisprudencia constitucional:

En términos normativos y de la jurisprudencia, la acción de tutela ha sido concebida únicamente para dar solución eficiente a situaciones creadas por actos u omisiones que impliquen vulneración o amenaza de un derecho fundamental, respecto de las cuales el sistema jurídico no tiene previsto otro mecanismo susceptible de ser invocado ante los jueces, para lograr la protección del derecho presuntamente amenazado.

(...) De otro lado, en el presente asunto no se configura el perjuicio irremediable, porque (...) el peticionario podría obtener la suspensión provisional de los actos censurados sin perjuicio de la eventual nulidad. De tal forma, resulta improcedente conceder el amparo, al haberse podido acudir a otro mecanismo de defensa judicial considerado eficaz para reclamar ante la jurisdicción especializada, como lo ha reiterado esta corporación:

(...) la suspensión provisional resulta ser un trámite pronto y por lo mismo no menos eficaz que la vía de la tutela, sin que sea dable compartir los criterios expuestos a lo largo del líbello, en el sentido de admitir la viabilidad de la tutela y su mayor eficacia, por razones de tiempo, frente a la demora de los procesos ordinarios, pues ello daría lugar a la extinción de estos, si se pudiese escoger alternativamente y por esa circunstancia, entre el juez de tutela y el juez ordinario para la definición apremiante de los derechos reclamados, lo que desde luego desnaturaliza la verdadera finalidad constitucional encaminada a la protección de los mismos, previo el cumplimiento de los presupuestos requeridos.<sup>6</sup>

3. Aún haciendo abstracción del referido requisito de procedibilidad, dígase que de acuerdo con los medios de persuasión que obran en el expediente, la Resolución 207 del 13 de diciembre de 2017, a través de la cual la Juez Coordinadora del Centro de Servicios Judiciales para los Juzgados Civiles y de Familia de Armenia deja sin efectos el nombramiento en provisionalidad de la ahora demandante, como Escribiente Municipal, no obedeció a su estado de gravidez, sino al nombramiento en propiedad de ÉRIKA ANDREA PINO CIFUENTES, con ocasión de la solicitud expresa del 15 de enero de 2018, mediante la cual manifiesta su voluntad de aceptar la designación en este cargo por hacer parte del registro de elegibles vigente para el referido puesto.

Ello indica que la desvinculación laboral de ELIANA LIZETH CASTRO RODRIGUEZ no fue producto de un actuar discriminatorio ni se funda en causas subjetivas, que implique prima facie garantizar su estabilidad laboral, sino como consecuencia del legítimo ejercicio de los derechos de carrera de los que es titular ÉRIKA ANDREA PINO CIFUENTES, quien mediante escrito aceptó la designación en el cargo de Escribiente Municipal por hacer parte de la lista de elegibles con ocasión de su participación en el concurso de méritos que le permite acceder al cargo referido en propiedad; de allí que la medida cuestionada no se advierte arbitraria o irracional, como bien lo reconoce la demandante.

De tal manera que la desvinculación de una empleada embarazada designada en provisionalidad, cuando es ocasionada por la vinculación de la persona en propiedad, está plenamente justificada, sin que ello vulnere la protección reforzada a la mujer gestante, pues tal eventualidad constituye una razón válida para dar por terminada la relación laboral, respetando la prerrogativa de quien superó, de antaño, el concurso de méritos, cuya situación era perfectamente conocida por la extrabajadora.

4. Sobre la afectación del mínimo vital alegada por la tutelante, advertirse que la sentencia SU-070 de 2013 de la Corte Constitucional ha indicado que “[c]uando deba surtirse el cargo de la mujer embarazada o lactante por quién ganó el concurso de méritos, se deberá pagar

a la mujer embarazada la protección consistente en el pago de prestaciones que garanticen la licencia de maternidad”.

Así las cosas, no se advierte vulnerada la estabilidad laboral ni el mínimo vital de la actora, pues de acuerdo con lo informado por el Director Seccional de Administración Judicial de Armenia, se van efectuar a su favor los aportes en seguridad social.

La llana afirmación en cuanto a la falta de recursos crematísticos para la adquisición de bienes y productos durante el proceso de gestación, impide que se acepte, sin mayor consideración, la presunción de la impugnante la cual manifiesta encontrarse ante la vulneración inminente de su derecho fundamental e imposibilita que el juez de tutela intervenga en el asunto, dado el carácter subsidiario de la acción constitucional, que no puede ceder al no ser evidente la referida afectación de su mínimo vital en términos de ser un hecho injustificado, inminente y grave.

En tales condiciones, a través de la acción constitucional no es posible tutelar los derechos invocados por la accionante, pues al no existir afectación a su mínimo vital, se debe respetar el cauce idóneo para el reconocimiento del derecho.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL – EN SALA DE DECISIÓN DE ACCIONES DE TUTELA No. 3,- administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

CONFIRMAR el fallo impugnado.

NOTIFICAR esta providencia de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, una vez en firme.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Fls.91

2 Ver también sentencias: T- 1277 de 2005, T-771 de 2004, T-408 de 2002, T-432 de 2002, SU-646 de 1999 y T-007 de 1992.

3 Ver entre otros: sentencia T-1277 de 2005, T- 771 de 2004, T- 408 de 2002, T-432 de 2002 y SU- 646 de 1999.

4 Cfr. Sentencia SU-070 de 2013.

5 Ibídem.

6 Sentencia T-766 de 2006.