

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No. 1

Magistrado Ponente FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA

Tunja, 08 OCT 2018

REFERENCIAS

ACCIÓN DE TUTELA

ACCIONANTE: SEÑORA XYZ
ACCIONADO: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR
RADICADO: 15001333301220180019201

=====

La Sala decide la impugnación formulada por la accionante, contra el fallo de tutela de 20 de septiembre de 2018, proferido por el Juzgado Doce Administrativo de Tunja, a través del cual declaró improcedente el amparo constitucional deprecado.

Protección a la identidad.

En el caso analizado por la Sala, están involucrados derechos de un menor de edad y la intimidad de una mujer víctima de agresión intrafamiliar, situación por la cual se ha decidido no hacer mención de sus nombres como medida para garantizar también su buen nombre y su honra.

I. ANTECEDENTES

I.1. LA ACCIÓN. (Fls. 1-16)

La señora XYZ, actuando en nombre propio, interpuso acción de tutela en contra del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF-, con el fin de que se tutelaran sus derechos fundamentales al

mínimo vital y a la estabilidad laboral reforzada, presuntamente vulnerados por la entidad accionada.

Los fundamentos fácticos esbozados por la accionante en el escrito de tutela, son los siguientes:

- Manifestó que mediante Resolución N° 3288 del 05 de agosto de 2010, fue nombrada en provisionalidad en el cargo de Defensora de Familia, Código 2125, Grado 17 del ICBF, Centro Zonal Tunja 2.
- Señaló que mediante correo electrónico de fecha 18 de agosto de 2017, informó al ICBF su condición de madre cabeza de familia y allegó algunos soportes, pese a que su situación era de conocimiento de la entidad, toda vez que la entidad usualmente practica una encuesta sociodemográfica cada año, en la cual todos los funcionarios dan cuenta de su correspondiente situación.
- De igual manera, manifestó que en reiteradas oportunidades había comunicado su condición de cabeza de familia y la dependencia económica, asistencial, afectiva y social por parte de sus hijos, sin embargo, el ICBF, mediante oficio N° 2018-487 487-0101, le negó dicha condición, argumentando que su hija ya era mayor de edad.
- Indicó, también, que el ICBF realizó la Convocatoria N° 433 de 2016, para proveer en carrera administrativa los cargos de Defensor de Familia Código 2125 Grado 17, concurso que actualmente se encuentra en etapa de publicación y nombramiento de la lista de elegibles; por lo que, mediante Resolución N° 10639 del 17 de agosto de 2018, el ICBF nombró, para desempeñar el aludido cargo, a la Dra. Gina Paola Barreto Leguizamón y, en consecuencia, dio por terminado su nombramiento en provisionalidad, en desamparo de su mínimo vital y el de sus hijos.
- Aclaró que el ICBF de manera interna adelantó un proceso para el cargo de Defensor de Familia de la planta global creada mediante Decreto 1479 del 4 de septiembre de 2017, y que en dicha oportunidad se presentó a la convocatoria, superando las etapas de la misma y cumpliendo con los requisitos exigidos, sin embargo, dicho concurso no finalizó de acuerdo con la Ley 909 de 2004, pues la accionante no fue nombrada, mientras que sus compañeros sí lo fueron, con lo que se vio vulnerado su derecho a la igualdad y al debido proceso.
- Resaltó que en reiteradas ocasiones solicitó al ICBF que fuera nombrada en el cargo como Defensora de Familia, teniendo en

cuenta su condición de madre cabeza de familia y ante la existencia de vacantes para ese cargo, pero la entidad se negó.

- Explicó que en este momento se encuentran 3 vacantes para Defensor de Familia Grado 17 en la ciudad de Tunja, que no fueron ofertadas en la convocatoria 433 de 2016, de suerte que, solicitó al ICBF, que atendiendo su condición especial fuera nombrada alguno de estos cargos, sin embargo, la entidad no ha acogido su petición.
- Argumentó que desde siempre ha tenido que sostener a sus hijos de 21 y 13 años, sin ayuda alguna, pues lleva más de 10 años pidiendo a la Fiscalía para que adelante las investigaciones penales por inasistencia alimentaria que formuló, también tuvo que acudir a la Fiscalía por cuanto fue víctima de violencia intrafamiliar.
- Finalmente, mencionó que en la actualidad se encuentra pagando un crédito de vivienda por un valor de \$185.000.000 y que es beneficiaria del subsidio NOVIS, respecto del cual no puede entrar en mora, so pena de perder el subsidio y su vivienda.

1.2. Objeto de la tutela.

Solicitó las siguientes pretensiones:

"PRIMERA. Se me tutelien mis derechos fundamentales al DERECHO AL MÍNIMO VITAL, DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA POR ENCONTRARSE EN LA CONDICIÓN DE MADRE CABEZA DE FAMILIA, en conexidad con los derechos de mis hijos MONICA (...) y ANDRÉS (...) a ALIMENTACIÓN, SALUD, EDUCACIÓN y VIVIENDA DIGNA.

SEGUNDA. Que como consecuencia de lo anterior, se ordene a la entidad accionada ICBF, me mantenga en el cargo que ostento en la actualidad, o en su defecto me realice nombramiento en provisionalidad en un cargo de igual o mayor jerarquía al que me encuentro desempeñando, teniendo en cuenta que se encuentran las vacantes para hacerlo, ateniendo a la jurisprudencia constitucional.

TERCERA. Que adicional a lo anterior, se deje sin efecto parcial, el acto administrativo No. 10639 de fecha de 17 de agosto de 2017, mediante el cual se me da por terminado mi nombramiento en provisionalidad, hasta tanto no sea nombrada en un cargo de igual o superior jerarquía al que me encuentro desempeñando y del cual se encuentran las vacantes en esta ciudad."

I.2. INFORME DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS.

I.2.1 Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF-. (Fl. 142-149)

Dio respuesta a la tutela, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones.

Señaló que, a pesar de que la accionante informó al ICBF su calidad de madre cabeza de familia, NO es cierto que ostente tal condición ya que no fue demostrada tal como lo señala la Ley 1232 de 2008, motivo que impidió que se cobijara con la protección referida en el artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015.

De igual manera, indicó que la accionante fue nombrada en provisionalidad en el empleo de Defensor de Familia, recordando que la jurisprudencia constitucional ha señalado que: "*los cargos provisionales, como su nombre lo indica, son de carácter transitorio y excepcional*", sin embargo, de manera excepcional, el artículo 1º del Decreto 648 de 2017, modificó el Título 5º de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1083 del 2015, estableció las condiciones para garantizar la protección de los servidores nombrados en provisionalidad dentro de los procesos de provisión de empleos de carrera, solo en caso en que el número de elegibles sea menor al de los empleos por proveer.

Alegó que es improcedente la presente acción de tutela por carecer del requisito de subsidiariedad, al existir otro recurso o medio de defensa judicial idóneo.

Respecto a la estabilidad laboral reforzada de servidores públicos nombrados en provisionalidad, manifestó que la actora no cumplió los requisitos contemplados en el Decreto 1083 de 2015, modificado por el artículo 1º del Decreto 648 de 2017, para que se le otorgara la protección contemplada en el Libro 2 del Decreto en mención.

1.2.2 Gina Paola Bareto Leguizamón. (Fls. 114 a 123)

En calidad de vinculada y en nombre propio presentó escrito el 10 de septiembre de 2018, en el cual expuso que la accionante reconoció su vinculación **PROVISIONAL**, a su vez, argumentó que la actora no alcanzó el puntaje necesario para obtener el cargo definitivo en la Zonal Tunja-Regional Boyacá, de acuerdo con la convocatoria N° 433 de 2016, realizada por el ICBF.

Destacó que también ostenta la calidad de madre cabeza de familia de dos niñas de trece (13) y doce (12) años y que tiene a su cargo la custodia y cuidado personal de las menores.

2018
250

Indicó que las fases contempladas para la Convocatoria 433 de 2016, que efectuó el ICBF se desarrollaron desde septiembre de 2016 hasta septiembre de 2018 en 6 etapas diferentes. A su turno, recalcó que dicho concurso es distinto al que señala la accionante, pues la convocatoria que relaciona fue un proceso de selección de personal de una PLANTA TEMPORAL creada por el ICBF en diciembre de 2016.

I.3. FALLO DE PRIMERA INSTANCIA. (Fls. 181-190)

El Juzgado Doce Administrativo de Tunja declaró improcedente la acción constitucional, bajo las siguientes consideraciones:

Señaló que la accionante, al cuestionar y atacar el acto administrativo de nombramiento de la señora GINA PAOLA BARRETO LEGUIZAMÓN como Defensora de Familia, tenía otro mecanismo de defensa judicial, es decir, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Por otro lado, indicó que la actora no acreditó la condición de madre cabeza de familia conforme lo establece la sentencia SU-388 de 2005, como quiera que no está demostrado que los progenitores de sus hijos se hayan sustraído del cumplimiento de sus obligaciones como padres.

Señaló que respecto al hijo de la actora se presume que cumple con las obligaciones alimentarias del menor, como quiera que no manifestó en los hechos de la demanda que el padre se haya sustraído de éstas, solo se refirió a un acontecimiento relacionado con violencia intrafamiliar ocurrida entre ella y el progenitor en el año 2013, hechos no relevantes para acreditar la condición de madre cabeza de familia.

Por otro lado, expuso que, en cuanto a la hija de la accionante, a pesar de que obra denuncia penal que instaurara la actora contra el progenitor ante la Fiscalía, por inasistencia alimentaria al encontrarse en mora en la cuota alimentaria desde el 2011, no ha existido desentendimiento completo por parte del padre en su obligación.

Añadió que está probado que el padre de la hija de la actora es docente y cotiza al sistema de seguridad social en salud, lo que permitió concluir que tiene capacidad económica para responder por los alimentos de su hija Mónica (...), debe así entonces la accionante acudir al juez ordinario a iniciar las respectivas acciones legales para solucionar ese tipo de conflictos y si es del caso solicitar medidas cautelares que garanticen el pago de la cuota de alimentos.

En ese orden, consideró que, al no encontrarse acreditada la condición de madre cabeza de familia que alega la actora, no goza de estabilidad laboral reforzada y, por ende, la tutela tampoco resulta el medio adecuado para estudiar su situación de fondo, dando lugar a declarar su improcedencia.

I.4. IMPUGNACION. (Fis. 210-223)

La accionante interpuso recurso de apelación, con arreglo a los siguientes argumentos:

Manifestó que disiente de la apreciación hecha por el juez de primera instancia acerca de que está descartada su condición de madre cabeza de familia porque según las pruebas allegadas al plenario el progenitor de su hija no se ha sustraído completamente de su obligación alimentaria debido a que se encuentra al día hasta el año 2011, cuando ni siquiera los tratados internacionales, la Constitución, la Ley y la jurisprudencia exigen un término razonable que justifique tal omisión cuando por poco más de 8 años se ha sustraído en su deber como padre.

Agregó que la desprotección y abandono, económico, asistencial, afectivo sistemático y social, por parte del progenitor de su hija ha sido total, tan así que nunca ha compartido fecha especial y no ha tenido nunca un detalle con ella.

Resaltó que, según Certificado de Semanas cotizadas al Sistema General de Seguridad Social en Salud, aportada al proceso, está demostrado como se encuentra conformado su núcleo familiar. A su vez, indicó que arrió al expediente certificados de pago de los estudios universitarios de su hija; certificación de FONBIENESTAR que dan cuenta que ha adquirido créditos para atender las obligaciones que demanda la crianza de sus hijos, obligación que se le descontaba mensualmente por nómina.

Igualmente, dijo que está probado con los documentos que reposan en el proceso, el crédito de vivienda que tiene con Bancolombia por valor de \$185.000.000, y si no paga puntualmente la cuota de \$1.850.000, le podría ocasionar la pérdida del subsidio NOVIS otorgado por el Gobierno Nacional y posiblemente hasta la vivienda.

Reprochó que el A quo omitió su deber de oficiar a la Fiscalía General de la Nación, para averiguar el estado del proceso penal que promovió contra el señor Rodolfo (...), padre de su hija Mónica (...),

o decretar las pruebas necesarias a efectos de arribar a conclusiones claras y no basarse en simples conjeturas para afirmar que no contaba con la calidad de madre cabeza de familia.

Recalcó que, asegurar que puede iniciar otros mecanismos judiciales para obtener que el padre de su hija asuma el pago de la cuota alimentaria en las que está en mora, es desconocer el principio *non bis in ídem*, pues actualmente está en curso el proceso penal por inasistencia alimentaria, además que el proceso ejecutivo solo tendría éxito si se demuestra que el ejecutado está laborando o tenga bienes inmuebles a su nombre.

Afirmó que ignora dónde vive el padre de su hija Mónica, que siempre ha aportado la dirección de los padres, tampoco dónde trabaja, que solo sabe por comentarios de sus amigas que no cuenta con empleo estable, ni tiene bienes, que no tiene como responder por su hija, dado que actualmente su esposa padece un cáncer terminal y uno de los dos hijos que tiene con su pareja sufre una enfermedad de alto costo que ha tenido que sufragar, y que en muchas ocasiones no cuenta con los recursos económicos ni siquiera para sufragar los gastos de arriendo, menos puede asumir la obligación de su hija.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

II.1. DE LA COMPETENCIA.

Este Tribunal es competente para decidir la impugnación del fallo, con fundamento en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

II.2 PROBLEMA JURÍDICO.

En virtud del recurso de alzada, le incumbe a la Sala determinar si la actora es sujeto de especial protección, es decir, si cumple o no la condición de madre cabeza de familia, para definir si le asiste el derecho a la estabilidad laboral reforzada o en su defecto relativa.

A efectos de resolver el problema jurídico planteado se estudiarán los siguientes aspectos: (i) Generalidades de la tutela; (ii) Procedibilidad de la acción de tutela como mecanismo de protección para los eventos de "Estabilidad laboral reforzada"-Madres cabeza de hogar; (iii) De la estabilidad laboral reforzada de las madres cabeza de familia versus los derechos de carrera; (iv) De la perspectiva de

género en las decisiones judiciales; para finalmente abordar el (v) caso concreto.

II.3. GENERALIDADES DE LA TUTELA.

Al respecto, importa recordar que la acción de tutela es un instrumento judicial, consagrado en la Constitución Política, para, a través de un procedimiento preferente y sumario, proteger de manera inmediata los derechos constitucionales fundamentales de todas las personas, *"cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública"*. (Art. 86 CP.)

El precepto constitucional mencionado se reglamentó a través del Decreto 2591 de 1991, cuyo artículo 2 señala que los derechos que constituyen el objeto de protección de la acción de tutela son los consagrados en la Carta Política como fundamentales o aquellos que por su naturaleza permitan su amparo. De igual forma, se ha venido reconociendo la protección de algunos derechos que en principio no tienen la naturaleza de derechos fundamentales, pero que dada su íntima conexidad con otros, que sí ostentan tal carácter, requieren un amparo inmediato.

En el caso bajo estudio, los derechos invocados son la educación y la igualdad consagrados como fundamentales en la Constitución política, por lo que, en principio sería procedente su protección.

Empero, además de la especialidad de la acción judicial y su procedimiento preferente y sumario, la norma constitucional también consagró su carácter subsidiario, al señalar que *"esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable"*. (art. 86 Inc. 3) (Subrayas y Negrillas Fuera de Texto)

Dado este carácter subsidiario, el legislador extraordinario señaló precisas causales de improcedencia de la acción. Así, el artículo 6º del Decreto ley 2591 de 1991 consagró cinco (5) causales generales de Improcedencia. De acuerdo con la causal primera, la acción de tutela no procede *"cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable"*. (Art. 6, N° 1 D. 2591/91).

En resumen, la acción de tutela se erige como un mecanismo preferente y sumario para la defensa de los derechos fundamentales vulnerados por las acciones u omisiones de las autoridades o de los particulares en ciertos casos, al cual puede acudir de manera subsidiaria, esto es, ante la inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial idóneo, salvo que se demuestre la configuración de un perjuicio irremediable, que según la jurisprudencia nacional¹ acontece cuando *"el peligro que se cierne sobre el derecho fundamental es de tal magnitud que afecta con inminencia y de manera grave su subsistencia, requiriendo por tanto de medidas impostergables que lo neutralicen"*²; finalmente, la tutela bajo estos criterios también puede ser ejercida cuando el afectado es un sujeto de especial protección.

II.4 PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA COMO MECANISMO DE PROTECCIÓN PARA LOS EVENTOS DE "ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA".

La estabilidad laboral reforzada en principio no constituye una garantía absoluta para que permanezca un empleado de manera indefinida en determinado puesto de trabajo, su protección depende de diversos mecanismos y en distintos niveles de intensidad.

Sin embargo, a partir del desarrollo de la Constitución Política, por parte del Alto Tribunal de lo Constitucional y el mismo legislador, se fijó un nivel especial de protección frente a personas que pertenecen a grupos vulnerables o en condición de debilidad manifiesta, otorgándole a la estabilidad laboral un carácter reforzado que constituye un derecho fundamental para sus titulares³.

Es así, que de acuerdo con los pronunciamiento de la Corte Constitucional, se infiere que el derecho a la estabilidad laboral reforzada en las diversas alternativas productivas tiene por titulares a: (i) mujeres embarazadas; (ii) personas con discapacidad o en condición de debilidad manifiesta por motivos de salud; (iii) aforados sindicales; y (iv) madres cabeza de familia⁴.

Adicionalmente a ello, se tiene que las personas que se encuentran en reten social o próximas a pensionarse también gozan de una

¹ Consejo de Estado, Sección Cuarta. Consejera ponente: MARÍA INÉS ORTIZ BARBOSA. Fallo del 26 de febrero de 2004. Radicación número: 25000-23-27-000-2003-2285-01(AC).

² Sentencia T-171 de 2013.

³ Sentencia T-040 de 2016.

⁴ *Ibidem*.

estabilidad laboral reforzada, es decir, son sujetos a quienes se les debe dar un trato especial y preferente dada su condición.

En ese entendido, la procedencia de la tutela es clara cuando de estabilidad laboral reforzada se trata, especialmente en los eventos en los cuales las personas que invocan dicha protección son: madres cabeza de familia y pre-pensionados o pensionables, entre otras condiciones.

4.1. Madres cabeza de hogar. Estabilidad laboral reforzada.

Existen presupuestos creados o instituidos a partir de la jurisprudencia constitucional para demostrar la calidad de madres cabeza de familia, estos consisten en:

"(i) que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar; (ii) que esa responsabilidad sea de carácter permanente; (iii) no sólo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquélla se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre; (iv) o bien que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental ó, como es obvio, la muerte; (v) por último, que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar".⁵

La finalidad de la estabilidad reforzada de las madres cabeza de hogar, encuentra fundamento en los postulados Constitucionales, que para el efecto la Corte Constitucional hizo referencia a través de la sentencia T-1061 de 2006, así:

"Con la categoría de "mujer cabeza de familia" se pretende entonces apoyar a la mujer que se encuentra en dicha condición a soportar la carga que por razones sociales, culturales e históricas han tenido que asumir, brindándoles oportunidades en todas las esferas de su vida y de su desarrollo personal y garantizándoles con esa protección la preservación de una vida en condiciones de dignidad, no solo a ella, sino a los menores y personas que se encuentran en estado de debilidad manifiesta y que dependen de ella".

(...)

⁵ Sentencia SU-388 de 2005 MP. Clara Inés Vargas Hernández; Ver en este mismo sentido, las Sentencias T-373/37 M.P. Cristina Pardo Schiesinger; SU-691 de 2017, entre otras, que han mantenido dicha postura, en relación con los presupuestos exigidos para demostrar la condición de madre cabeza de familia.

"En resumen, el amparo que la Constitución Política otorga a las madres cabeza de familia, además de buscar una igualdad material con el sexo masculino, se dirige principalmente a que el Estado la proteja en todas las esferas de su vida, como en la laboral, para con esto también proteger, como ya se dijo, a la familia como núcleo esencial de la sociedad, que de ella dependa".

"Así entonces, frente a la situación laboral, las madres cabeza de familia gozan de una estabilidad laboral reforzada, la que se traduce en el derecho a permanecer en los empleos que ocupan, por haber ésta asumido la importante función social de velar por el bienestar material y afectivo de quienes la rodean. Por el papel en la sociedad que las mujeres cabeza de familia ejercen, otorgarles beneficios particulares es una aplicación directa de aquel principio de igualdad que esta corporación ha reiterado en tantas oportunidades de dar un trato igual a iguales y diferente entre diferentes".

"En conclusión la protección constitucional a las madres cabeza de familia se extiende a la garantía de su estabilidad laboral, así pues, y en ese sentido ha sido amplia la legislación tendiente a la protección de la mujer trabajadora que se encuentra en condición de madre cabeza de familia".

A su turno, mediante la Ley 1232 de 2008, artículo 1º, que modificó el inciso 2º del artículo 2º de la Ley 82 de 1993, definió qué se entiende por Mujer Cabeza de Hogar, así:

"...es Mujer Cabeza de Familia, quien, siendo soltera o casada, ejerce la jefatura femenina de hogar y tiene bajo su cargo, afectiva, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar."

Los elementos previstos en la jurisprudencia como en la norma aludida deben observarse conjuntamente para determinar qué mujer cumple con el papel de cabeza de hogar, no basta simplemente con ser mujer para concluir que ostente la calidad de cabeza de familia, sino que dicha calidad está sujeta al cumplimiento de ciertas condiciones fácticas relevantes que en definitiva demuestren la responsabilidad personal y permanente que debe asumir personal y directamente para velar por el bienestar de quienes tiene a su cargo dentro de su núcleo familiar.

Con la sentencia T-835 de 2012, se amplió la connotación de las madres cabeza de familia, en el sentido de aclarar que no pierden tal condición cuando las personas bajo su responsabilidad adquieren la mayoría de edad. Para mayor ilustración se transcribe a partes del fallo, así:

"En primer lugar, esta Corporación ha aclarado que una mujer no deja de ser madre cabeza de familia por el hecho de que las personas a su cargo cumplan la mayoría de edad. Deberá constatarse si las mismas se encuentran imposibilitadas para trabajar, tal como ocurre con los hijos mayores de 18 años, pero menores de 25 que se encuentran estudiando⁶. En ese sentido, la Corte Constitucional, en sentencia T-283 de 2006⁷, señaló: "(...) no puede entender excluidas de la protección prevista en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002 a las madres de hijos mayores de 18 años y menores de 25 incapacitados para trabajar por razón de sus estudios. Lo expuesto, toda vez que el derecho de los menores de 25 años, incapacitados para trabajar por razón de los estudios, comporta un avance en materia del reconocimiento de los derechos sociales económicos y culturales de la población, cuya regresión, de presentarse en el Programa de Renovación de la Administración, exigiría una justificación razonable y proporcionada." (Subrayado fuera del texto original)

En segundo lugar las Salas de Revisión han aducido que la mera circunstancia del desempleo y la vacancia temporal de la pareja, o su ausencia transitoria, por prolongada y desafortunada que resulte, no significa per se que una madre asume la condición de ser cabeza de familia. Esta situación se configura con el abandono del hogar por parte de su pareja y de las responsabilidades que le corresponden como padre, es decir, debe existir un incumplimiento total de las obligaciones. El desempleo de la pareja no convierte a una madre en cabeza de familia, ello solo ocurre cuando el compañero se sustrae de manera permanente de sus obligaciones como padre, abandona el hogar, o se encuentra en incapacidad física, síquica, sensorial o mental⁸."

En esas circunstancias, la mujer desempeña un rol importante en la sociedad, tan es así que en casos de abandono por parte de su pareja asume las riendas y la responsabilidad económica y afectiva de su hogar, por lo cual merece un trato especial y preferencial para preservar su continuidad en un trabajo, cuando este es la fuente de ingresos de la que depende no solo ella sino también sus hijos o núcleo familiar.

4.2. De la estabilidad laboral reforzada de las madres cabeza de familia Vs. Los derechos de carrera.

En estricto sentido, los funcionarios públicos que desempeñan en provisionalidad cargos de carrera gozan de estabilidad laboral relativa o intermedia, generando de una u otra manera que el acto administrativo mediante el cual se desvincule sea motivado, es decir,

⁶ Sentencia T-827 de 2009 M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

⁷ M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁸ Sentencias T-834 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas Hernández y T-1211 de 2008 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

deberá contener necesariamente las razones de la decisión, cuyo sustento constitucional es el derecho fundamental al debido proceso y al principio de publicidad.

En sentencia T-186 de 2013, el Máximo Órgano de lo Constitucional ha insistido en que si, además de ser un empleado público en provisionalidad, tiene a su vez una condición especial como madre o padre cabeza de familiar, próximo a pensionarse, o padece una discapacidad física, mental, visual o auditiva, es un sujeto de especial protección constitucional que deberá permanecer en el cargo. Para mayor ilustración, la Corte dijo:

"... concurre una relación de dependencia intrínseca entre la permanencia en el empleo público y la garantía de sus derechos fundamentales, particularmente el mínimo vital y la igualdad de oportunidades. De allí que se sostenga por la jurisprudencia que la eficacia de esos derechos depende del reconocimiento de estabilidad laboral en aquellos casos, a través de un ejercicio de ponderación entre tales derechos y los principios que informan la carrera administrativa."

De otro lado, y a pesar de que jurisprudencialmente se ha considerado que la protección de las madres cabeza de familia a través de la estabilidad laboral reforzada no es absoluta, sobre todo cuando la razón de su desvinculación obedece a la provisión de la plaza con la persona que ganó el concurso de méritos que fue ofertado para dicha vacante, sí ha sido enfática en que ante dicha condición de debilidad manifiesta, la entidad administrativa tiene la obligación de darles un trato preferente antes de disponer su retiro, bajo las siguientes reglas o premisas⁹:

"2. Sin embargo, cuando el servidor que debe ser desvinculado ostenta la calidad de mujer cabeza de familia, la entidad deberá tener en cuenta dos situaciones antes de proceder a la desvinculación:

2.1. Si cuenta con un margen de maniobra, reflejado en vacantes, para la provisión de empleos de carrera, en razón de la diferencia entre las plazas ofertadas y aquellas provistas mediante la correspondiente lista de elegibles, surge la obligación de garantizar la estabilidad laboral tanto del ganador del concurso como del servidor público cabeza de familia.

2.2. Si no cuenta con margen de maniobra, la entidad debe generar los medios que permitan proteger a las madres cabeza de familia, con el propósito de que sean las últimas en ser desvinculadas de sus

⁹ Sentencia SU-691 de 2017.

cargos, esto, por cuanto no gozan de un derecho indefinido a permanecer en el cargo de carrera."

Entendidas que otras medidas o mecanismos de protección de las que puede hacer uso la administración en relación a las madres cabeza de familia, es hacer la últimas en ser removidas de la entidad o ubicarlas en empleos vacantes u otros de igual o superior jerarquía de manera provisional hasta tanto sean provistos mediante concurso de méritos, como quiera que el hecho de que ostenten una estabilidad laboral reforzada no implica que automáticamente ingresen a la carrera administrativa o que sean exoneradas de todas las obligaciones que el ejercicio del cargo demande, y que tengan inmunidad frente a las investigaciones penales, disciplinarias y fiscales que se adelanten en su contra.

Indiscutiblemente, los derechos de carrera administrativa que adquiere una persona al superar satisfactoriamente un proceso de selección de personal, no pueden ceder frente a la estabilidad laboral reforzada que gozan las madres cabeza de familia, pues debe la administración pública garantizar sin reparo alguno que la persona que ganó el concurso de méritos sea nombrada y en la medida de lo posible proteger a la mujer que ostente tal condición especial, manteniendo su vinculación siempre que se pueda, ya sea en vacantes disponibles en cargos iguales o equivalentes a aquellos que ocupaban y que solo irá hasta tanto se provean mediante un nuevo concurso.

II.5. DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LAS DECISIONES JUDICIALES.

Se ha concebido la perspectiva de género como una herramienta destinada a estudiar la desigualdad e iniquidad entre hombres y mujeres en el ámbito social, familiar, profesional, entre otros, y buscar soluciones efectivas para contrarrestar este problema social.

Uno de los tantos objetivos que tiene este asunto, es incentivar a las personas, instituciones y ramas del poder que no se trata de un asunto aislado o menos importante, sino que tiene claras connotaciones y consecuencias a nivel social, por el alto índice de violencia contra la mujer que se presenta en el país. De tiempos remotos, se ha minimizado el valor de la mujer para atribuirle únicamente una función de ama de casa, la responsabilidad de criar los hijos, y de paso asumir una sociedad machista.

De suerte que la labor de los operadores jurídicos, debe procurar en proferir decisiones que sancionen y reparen la violencia estructural contra la mujer con arreglo a la Constitución Política y a las Convenciones sobre protección a la mujer.

Es así, que en sentencia T-338 de 2018, la Corte Constitucional recalcó que los operadores que administran justicia deben aplicar una perspectiva de género en el examen de casos concretos, imponiendo igualdad material, protegiendo a personas en condición de debilidad manifiesta, y garantizar la protección de los derechos de las mujeres. Para mayor comprensión, se transcribe los siguientes apartes de la providencia mentada:

*"Esta última obligación, en esencia, dentro de nuestro ordenamiento, está en cabeza de la **Rama Judicial del Poder Público**; por lo que, son los operadores judiciales del país quienes deben velar por su cumplimiento. En efecto, es necesario que dichas autoridades apliquen una perspectiva de género en el estudio de sus casos, que parta de las reglas constitucionales que prohíben la discriminación por razones de género, imponen igualdad material, exigen la protección de personas en situación de debilidad manifiesta y por consiguiente, buscan combatir la desigualdad histórica entre hombres y mujeres, de tal forma que se adopten las medidas adecuadas para frenar la vulneración de los derechos de las mujeres, teniendo en cuenta que sigue latente la discriminación en su contra en los diferentes espacios de la sociedad²⁰."*

Luego, la intervención del juez constitucional es relevante para romper paradigmas desafortunados de tratos desiguales entre mujeres y hombres a nivel de las instituciones del Estado y de la sociedad misma, y derribar el concepto errado que se tiene acerca de la justicia ineficaz y poco activa.

No es secreto que la razón para que las mujeres no se atrevan a denunciar la violencia doméstica y psicológica deviene de la tolerancia o aceptación social a estos comportamientos, la poca acción del Estado para proteger y reaccionar positivamente ante estas situaciones en favor de la mujer, junto con el precario material probatorio para demostrar este flagelo.

Corresponde entonces al juez remover rigorismos probatorios severos exigibles a la mujer para acreditar su vulnerabilidad y, en cambio, valorar aquellas piezas que obren en el plenario bajo

²⁰ Plazas-Gómez C. V (ed). (2018) *Hacia la Construcción de una Política Fiscal con Enfoque de Género en Colombia, Perspectiva de género: reconocimiento de los derechos de la mujer, origen teórico y desarrollo legal*, Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, Pág. 75-76.

estándares y parámetros regidos por el principio de igualdad y respeto por la diferencia, tal como lo dejó consignado la Corte Constitucional, así¹¹:

"Hoy en día, son claros los parámetros y estándares que deben seguir fiscales, jueces y cualquier otro funcionario del sistema judicial cuando se enfrenta a la solución de un caso que involucra violencia física y sexual contra la mujer. En especial para la consecución, custodia y valoración de las pruebas, pues estos eventos deben estar regidos por los principios de igualdad y respeto por la diferencia, entre otros."

En esa misma línea, cabe señalar que con la sentencia C-408 de 1996, la Corte Constitucional declaró la constitucionalidad de la ley¹² que aprobó la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, suscrita en la ciudad de Belén Do Para, Brasil, el 9 de junio de 1994, donde al igual se refirió que la intimidad de los hogares no puede ser usada para justificar la violencia contra las mujeres en el núcleo familiar. En términos generales señaló:

"No se puede entonces invocar la intimidad y la inviolabilidad de los hogares para justificar agresiones contra las mujeres en las relaciones privadas y domésticas. Es más, esta violencia puede ser incluso más grave que la que se ejerce abiertamente, pues su ocurrencia en estos ámbitos íntimos la convierte en un fenómeno silencioso, tolerado, e incluso, a veces, tácitamente legitimado. Hace tan solo 30 años, en 1954, en un país de alta cultura democrática como Inglaterra, el comandante de Scotland Yard se jactaba de que en Londres había pocos asesinatos y que muchos de ellos no eran graves pues eran simplemente 'casos de maridos que matan a sus mujeres.'¹³

Esto explica que esta violencia doméstica contra la mujer sea un fenómeno poco conocido y denunciado ante las autoridades pero que, todo indica, adquiere proporciones alarmantes. Así, según ciertas investigaciones, en Estados Unidos sólo se denuncia uno de cada cien casos de violencia en el hogar¹⁴. Y en Colombia, según lo señalan los propios debates parlamentarios en la discusión del presente tratado [Convención Interamericana de Belém Do Pará], las múltiples formas de violencia contra la mujer comienzan apenas a ser documentadas, con enormes dificultades relacionadas con la naturaleza misma del fenómeno, el cual es visto como 'natural' dentro de una cultura discriminatoria, que no es exclusiva de nuestro país, considerado como asunto privado de la mujer o de la familia y no denunciado, ya que la mujer agredida

¹¹ Sentencia T-338 de 2018 ya citada.

¹² Ley N° 248 del 29 de diciembre de 1995.

¹³ Citado por Naciones Unidas. La mujer restos hasta... Loc. cit, p 74."

¹⁴ Ver Naciones Unidas. La mujer. Retos hasta el año 2.000. Nueva York, Naciones Unidas, 1991, pp 71 y 72."

no goza de presunciones que la favorezcan ni de facilidades procesales para acreditar el delito.

Por tanto, el operador judicial debe actuar conforme a la perspectiva de género y de conformidad con los principios y derechos constitucionales que le otorgan especial protección a la mujer, víctima de cualquier forma de violencia, no es plausible que proceda regido por modelos de familia o la posición de la mujer en el hogar, prejuicios que ayudan a tolerar o normalizar y encubrir la violencia.

De ahí que la interpretación del juez y apreciación de las pruebas dentro del marco de un proceso no puede inclinarse en favor del agresor y en desventaja de la mujer, con razonamientos débiles como que las pruebas allegadas no son verosímiles para demostrar la condición de debilidad manifiesta en la que se ubica la mujer.

Lo anterior simplemente contribuye a que este tipo de violencia contra la mujer se incremente de manera exagerada, y que las víctimas directas pierdan el interés por denunciar esta clase de hechos y por el contrario, tomen una posición pasiva y consentidora ante la actitud agresora de su pareja o ex pareja por el abandono y la desprotección del sistema judicial. Son varios los factores que influyen en este fenómeno social de discriminación contra la mujer que han permeado o trascendido a las decisiones de algunos jueces que aún no tienen claro el concepto y la importancia de la perspectiva de género, las cuales han sido identificadas por la Corte Constitucionales y las ha enunciado de forma asertiva, así:

*"Tal es el caso de la posición de muchas mujeres en la administración de justicia cuando sus denuncias y/o reclamos son considerados como asuntos privados, producto de visiones que reflejan la desigualdad histórica y estructural contra estas. En esos casos, esa neutralidad de la justicia, puede ser problemática, pues detrás de ese velo, son identificables diversas barreras impuestas por la violencia y la discriminación en su contra. En efecto, la falta de recursos económicos, la vergüenza, las amenazas, las intimidaciones, las humillaciones, las presiones psicológicas, la afectación de la autoestima, las distancias físicas o geográficas, la falta de orientación, la invisibilización, los estereotipos de género presentes en los operadores jurídicos, entre otras situaciones, son factores que permiten concluir que bajo la perspectiva de género **una víctima de violencia intrafamiliar en Colombia no llega en igualdad de armas procesales a un proceso civil, de familia, o ante las comisarías de familia**"¹⁵.*

¹⁵ Sentencia T- 338 de 2018.

Es así, que el juez constitucional con mayor razón debe velar porque los derechos fundamentales y los tratados internacionales suscritos por Colombia para combatir el ataque indiscriminado contra la mujer sean respetados y acogidos por todos los órganos institucionales, de tal manera que la perspectiva de género se convierta en una herramienta eficiente y poderosa que permita soluciones judiciales integrales frente al flagelo que afrontan las mujeres en una sociedad y cultura aun guiada por estereotipos errados sobre la familia y la mujer.

II.6. Estudio y solución del Caso Concreto.

Atendiendo el recurso de impugnación, la Sala debe establecer si la accionante, quien ocupó un cargo en provisionalidad en la entidad accionada, es un sujeto de especial protección, concretamente madre cabeza de familia, esto es, si cumple los presupuestos trazados por el legislador y la jurisprudencia precitada para considerarse como tal, conforme el material probatorio aportado al proceso a efectos de evacuar el requisito de subsidiariedad de la tutela.

La Corte Constitucional ha hecho hincapié en que existe una regla de interpretación para verificar el cumplimiento de los requisitos dispuestos para demostrar la condición de madre cabeza de familia, la cual no depende de una formalidad jurídica sino de las circunstancias materiales que la configuren¹⁶, es decir, que corresponde al juez constitucional analizar y valorar en cada situación particular las condiciones de quien arguye su calidad de madre cabeza de familia, sin que dicha condición esté necesariamente sujeta al cumplimiento de determinada formalidad o tarifa probatoria.

Ahondado en la anterior apreciación, la Sala procede a revisar en el asunto de marras los presupuestos exigidos para la configuración de la calidad de madre cabeza de familia conjuntamente con el acervo probatorio arrimado al expediente, así:

a) *Que la mujer tenga a su cargo la responsabilidad de hijos menores de edad o de otras personas incapacitadas para trabajar:* la señora XYZ es madre de dos hijos, Mónica que actualmente tiene 21 años de edad (Fol. 34)¹⁷, estudiante de la Universidad Santo Tomas de Tunja matriculada en la Facultad de Derecho-Sétimo semestre

¹⁶ Sentencia T- 084-2018.

¹⁷ Obra Registro Civil de Nacimiento.

(Fol. 39)¹⁸ y, Andrés, de 14 años de edad (Fol. 35)¹⁹, cursa octavo grado²⁰ aunque no se indica en que Plantel Educativo.

b) *Que esa responsabilidad sea de carácter permanente:* la responsabilidad es permanente hasta que los hijos estén en la capacidad de trabajar o laborar.

c) *No sólo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquélla se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre:* para verificar este presupuesto se fijan dos contextos:

- Progenitor de Mónica:

De acuerdo con dos peticiones elevadas²¹ por la actora ante la Fiscalía 29 Local de Tunja, a través de las cuales solicitó al ente acusador señalar audiencia de imputación de cargos contra el señor Rodolfo (...) por el delito de inasistencia alimentaria por mora en el pago de la cuota de alimentos de su hija desde el año 2011 a 2017.

Igualmente, se avizora constancia de 24 de agosto de 2017 expedida por la Fiscalía 29 Local de Tunja en la que consignó que recaudó algunos elementos materiales probatorios que le permiten afirmar, con probabilidad de verdad, que la conducta delictiva existió (Inasistencia alimentaria, artículo 233 del C.P.) y que el indiciado Rodríguez Cardozo es su autor, luego procederá a su citación (Fol. 224-225).

Lo anterior permite afirmar que el padre de la hija de la actora, desde el año 2011 no responde por ella y, por ende, tampoco cumple con los deberes de progenitor, sumado a que por dicho de la misma tutelante en el escrito de impugnación y según la denuncia que hizo el 21 de mayo de 2008 ante la Fiscalía Local de Tunja²², nunca han tenido ningún tipo de cercanía o relación de padre e hija, que jamás ha compartido fechas especiales y tampoco la saluda.

En este punto, la Sala recuerda al A quo que ni siquiera el tiempo discontinuo o intermitente en el cumplimiento de las obligaciones alimentarias por parte del padre, no descarta o elimina la posibilidad que exista sustracción permanente de sus deberes, menos cuando en repetidas ocasiones la accionante ha tenido que acudir a

¹⁸ Certificado suscrito por la Sindica de la Universidad Santo Tomas Seccional Tunja.

¹⁹ Según Registro Civil de Nacimiento.

²⁰ Conforme lo relacionó en el numeral noveno del escrito de tutela (Fol. 3).

²¹ De fecha 24 de febrero y 14 de agosto de 2017 (Folios 36-38 y 46-47, correspondiente).

²² Fls. 41-45. Formato Noticia Criminal.

instancias legales coercitivas²³ para buscar que asuma el pago de la cuota alimentaria.

Por otro lado, tampoco se comparte que el Juez de instancia le haya recomendado a la demandante iniciar procesos ordinarios para conseguir el cobro del dinero adeudado por el padre de su hija por concepto de cuota alimentaria, y así, de un lado, demostrar la sustracción permanente del progenitor en sus obligaciones y, de otra, lograr apoyo económico, pues conforme la sentencia T-048 de 2018, *"no es admisible exigir a la madre o al padre cabeza de familia el inicio de las acciones legales correspondientes en contra del progenitor para demostrar este requisito. Lo anterior, por cuanto no existe tarifa legal para probar este hecho y, por ende, "las autoridades no están autorizadas a exigir un medio de convicción específico que evidencie la sustracción del padre de sus deberes legales"*²⁴.

- Progenitor de Andrés:

Sobre el particular, la Sala encuentra absolutamente reprochable e inadmisibles el análisis estereotipado que el A quo realizó acerca de este presupuesto y respecto de la situación específica del padre del menor, pues de una manera intrépida señaló que la medida de protección de la que fue objeto la actora por violencia intrafamiliar era *irrelevante* para demostrar la condición de madre cabeza de familia, con lo cual minimizó o invisibilizó las consecuencias que deriva este tipo de actos recurrentes contra la mujer como si se tratara de un comportamiento normal y aceptable socialmente.

Al respecto, la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre el papel fundamental que ejercen los jueces de la República en estos casos donde está involucrada una mujer víctima de tal flagelo y enfatizó lo siguiente²⁵:

"Igualmente, las consideraciones de la Sala ABC del Tribunal Superior del Distrito Judicial de XYZ, en la que señaló que:

"Por último, es necesario advertir a la aquí accionante, que de considerar que su integridad o derechos resulten vulnerados o amenazados, por el actuar del señor WEGD, cuenta para tal fin, con mecanismos de ley, como es el que ya agotó dentro de la medida de protección, como es el incidente de incumplimiento para que sea allí en donde se establezca su responsabilidad, o poner en conocimiento de tales actuaciones una vez más al funcionario que impuso la

²³ Comisaría Tercera de Familia de Tunja y Fiscalía 29 de Tunja.

²⁴ Sentencia T-835 de 2012 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

²⁵ Sentencia T- 339 de 2018.

sanciones (sic) o a la Fiscalía General de la Nación, para que tomen los correctivos necesarios²⁶. (Negrillas fuera del texto).

Sorprende a esta Corporación, la falta de aplicación de numeral 2º del artículo 13 Superior y el bloque de constitucionalidad sobre el derecho de las mujeres a vivir libre de violencias evidenciada en estos extractos provenientes dos autoridades judiciales, especializadas en derecho de familia, en las que se invisibiliza la situación de una mujer que es víctima de violencia física y psicológica dentro de su entorno familiar. Para esta Corte, tales afirmaciones contribuyen a normalizar el conflicto intrafamiliar, pues lo ve como un aspecto trivial y cotidiano, que deben soportar los miembros de la familia. Esta mirada contiene diversos estereotipos de género que no pueden ser ignorados en las esferas judiciales. Detrás de esos argumentos, está la idea de que la mujer debe soportar las peleas y los maltratos, así sean mutuos, lo cual es inconstitucional e indigno.

Conviene además señalar que, la mayoría de las mujeres que son violentadas física y psicológicamente por sus parejas o ex parejas, no cuentan con los recursos económicos para mantener a sus hijos, pues en muchos de los casos el progenitor se sustrae de sus deberes y estas madres no se atreven a iniciar acciones legales para que respondan por temor o por los mismos traumas que causa ese conflicto familiar, algunas solo quieren una oportunidad para iniciar de nuevo, alejadas de todo lo que perturbe su tranquilidad.

Aunado a ello, del estudio "Estado de la Violencia contra las Mujeres en Departamento de Tolima" realizado por Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo-PNUD años 2015-2016²⁷, se puede extraer que el Departamento de Boyacá ocupa el puesto No. 9 entre los 32 departamentos de Colombia con mayor violencia intrafamiliar contra la mujer, con una tasa de 282,81 por cada 100.000 mil habitantes. Es decir, que presenta altos índices de agresión contra la mujer dentro del ámbito familiar, que en el peor de los escenarios no son denunciados, debido al dominio o intimidación que el hombre ejerce sobre ella y por la tolerancia social que estos fenómenos aún tienen.

De cara a las condiciones reales que rodean la situación particular de la accionante, el A quo ha debido interpretar y examinar con minucia la solicitud de medida de protección de 9 de agosto de 2013 en contra del señor José Luis (...), padre de su hijo Andrés (...), que instauró la accionante (Fis. 87-88) conjuntamente con la medida decretada mediante Resolución No. 38 de 16 de agosto de 2013 por la Comisaría Tercera de Familia de Tunja (Fis. 92-94), así mismo

²⁶ Folio 110, cuaderno 1 proceso de tutela.

²⁷ Consultar el siguiente link:
<http://www.co.undp.org/content/dam/colombia/docs/Mujeres/undp-co-EstadoviolenCIamujer2015-2016.pdf>.

abordar el estudio al desarrollo social y jurisprudencial que ha surgido en torno a la perspectiva de género y la protección que actualmente se predica para las mujeres, para arribar a la conclusión que los mentados documentos dan cuenta que la señora XYZ en efecto ha asumido sola el sostenimiento no solo de su hija Mónica sino también de su menor hijo y que funge como cabeza única de su hogar.

Aunado a ello, no puede imponérsele mayores cargas a la actora para demostrar un hecho que es ampliamente notorio, únicamente porque no ha recurrido a las instancias respectivas para iniciar las acciones legales a fin de obtener del padre de su menor hijo el cumplimiento de sus deberes, pues es totalmente válido y común que el miedo que le ocasionó los malos tratos a los que fue expuesta por parte de su expareja la tengan intimidada, así como la pésima experiencia que ha tenido con el progenitor de su hija mayor para que cumpla sus obligaciones junto con la reacción nula y lenta de las autoridades para proporcionar protección a los derechos de sus hijos.

Por otro lado, se le pone de presente al juez de primera instancia que los requisitos exigidos para acreditar la condición de madre cabeza de familia no se sirven de presunciones como equivocadamente lo hizo, sino que obedece a las circunstancias materiales que la configuren, por lo tanto, no debió presumir que el padre del joven Andrés cumple con las obligaciones alimentarias de su hijo simplemente porque la actora no lo manifestó, primero porque al revisar el fundamento fáctico enunciado en el numeral Noveno del escrito de la acción constitucional esgrimió que no cumple con sus obligaciones de padre, tal como quedó consignado, así (Fol. 3):

*"NOVENO: En lo que respecta a mi menor hijo ANDRÉS (...), vale la pena resaltar que también tuve que acudir a la protección del estado, teniendo en cuenta que fui víctima de violencia Intrafamiliar de parte de su progenitor Señor JOSE LUIS (...); **por lo que a no cumplir con sus obligaciones**, no me sentí en la capacidad psicológica y física de acudir a las autoridades judiciales para incoar acción judicial alguna..."*

Lo anterior, derriba la conclusión incorrecta adoptada por el A quo, pues es evidente que la tutelante sí lo manifestó, y segundo, de haber comprendido e interpretado el alcance que tienen las pruebas antes relacionadas para probar sin lugar a dubitaciones que la señora XYZ es realmente una madre cabeza de familia quien ha solventado todos los gastos que envuelve la crianza de sus hijos, máxime si uno de los progenitores se ha sustraído de su deber económico y

emocional como padre y el otro la condición de maltratador y agresor ha originado que simultáneamente se desentienda con la obligación alimentaria de su hijo.

d) Que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental o, como es obvio, la muerte: aunque en el presente asunto no reposan razones suficientes para justificar que los padres de los hijos de la accionante omitan su responsabilidad, la Sala advierte que la actora mencionó, en relación con el padre de su hija, que desconoce dónde reside y trabaja, que la única dirección que tiene es la de los abuelos paternos de su hija, también dijo que por comentarios de algunas de sus amigas conoce que el señor Rodolfo (padre de Mónica) actualmente tiene a su esposa con cáncer terminal y un hijo fruto de esa unión padece una enfermedad de alto costo y que en muchas ocasiones no tiene el dinero para sufragar un arriendo.

Y respecto al progenitor del hijo de la accionante, considera la Sala que los móviles que han surgido alrededor del caso familiar imposibilitan que dicha persona asuma por voluntad propia la responsabilidad que como padre le asiste, consistiendo así en una razón poderosa para deducir que se encuentra probado el citado requisito.

Además de lo expuesto, la Sala advierte que la interpretación que le asiste al presupuesto *d)*, se configura cuando la mujer, **conviviendo** con su pareja, el hombre se encuentre en imposibilidad de asumir sus obligaciones por razones médicas que le impiden trabajar y aportar económicamente al hogar, debiendo así ella encargarse plenamente de la responsabilidad de la familia. De ahí que, en teoría y sana lógica no es predicable ante el abandono de la pareja sumado a que tenga alguna incapacidad como usualmente se ha manejado.

e). Que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar: conforme lo esbozado por la actora en la solicitud de tutela, vive en la ciudad de Tunja sola con sus dos hijos y nadie le proporciona apoyo o acompañamiento económico ni asistencial (Fol. 8).

En síntesis, la tutelante probó sumariamente que posee la condición de madre cabeza de familia, adicionalmente se infiere que la única fuente de ingresos de la actora proviene del salario mensual que como Defensora de Familia percibía, a su vez, se pudo corroborar que adquirió en el año 2017 un crédito de vivienda por valor de

\$185.000.000 con Bancolombia (Fol. 51-52); y que a fecha 23 mayo de 2018, reporta un crédito (ordinario, recreación, rotativo tarjeta y educativo) con FONIBIENESTAR por \$40.505.722 (Fls. 32-33), obligaciones que desde luego cubría con el sueldo de empleada del ICBF, pero que al perderlo no cuenta con recursos económicos para responder con dichos compromisos financieros y consecuentemente con los gastos que acarrea las necesidades básicas no solo de sus hijos sino de ella misma.

Una vez comprobada la calidad de madre cabeza de hogar que le asiste a la demandante, y superado de esa manera el examen de subsidiariedad, se abre la posibilidad para que a través de la acción de tutela se estudie de fondo el asunto.

Se encuentra que mediante repetidos escritos²⁸ suscritos por la actora informó al ICBF sobre su condición de mujer cabeza de familia, la cual también ponía en conocimiento con la encuesta sociodemográfica que debían diligenciar todos los años los servidores de la entidad accionada (Fls. 20-22).

La última solicitud elevada por la actora en relación con este aspecto fue resuelta por el ICBF mediante Oficio de 22 de agosto de 2018²⁹, se mantiene en la negativa de reconocer su calidad especial de madre cabeza de familia con los siguientes argumentos: i) su hija Mónica tiene la mayoría de edad y puede asumir su propia manutención y, ii) no demostró que el padre de su hijo Andrés (...) esté incumpliendo en la actualidad sus obligaciones como padre.

En ese orden, y ante la salida inminente de la señora XYZ del cargo de Defensora de Familia Código 2125, Grado 17 que ocupaba en provisionalidad en la planta del ICBF Regional Boyacá-Zona Tunja por disposición de la Resolución No. 10639 de 17 agosto de 2018 (FLS. 17-18), debido al nombramiento de la señora Gina Paola Barreto Leguizamón quien ganó el concurso de méritos que se surtió para proveer el referido cargo, optó en primera medida recurrir a la acción constitucional en busca de obtener la estabilidad laboral reforzada que le asiste por su ser sujeto de especial protección, al ostentar la calidad de madre cabeza de familia.

Del acervo probatorio arrojado al proceso, se tiene que mediante Convocatoria No. 433 de 2016, se ofertaron 12 vacantes del empleo denominado Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17, del

²⁸ 17 de enero de 2017 (Fls. 73-74); 18 de agosto de 2017 (23); 22 y 25 de octubre de 2017 (Fls. 49-50); 20 de marzo de 2018 (Fol. 80).

²⁹ Fls. 24-26.

Sistema General de Carrera Administrativa de Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Que evacuadas las etapas propias del concurso de méritos, con Resolución No. CNSC-20182230072575 DEL 17-07-2018, se conformó la lista de elegibles en el siguiente orden (Fis. 135-137):

| Posición | Tipo Documento | Documento | Nombre | Puntaje |
|----------|----------------|------------|----------------------------------|---------|
| 1 | CC | 40045503 | MARIA PATRICIA GOMEZ BOHORQUEZ | 77,21 |
| 2 | CC | 40048971 | LILIANA EMILSE FAJARDO BOHORQUEZ | 76,75 |
| 3 | CC | 40045331 | DEYSI YASLENY BARON GOMEZ | 75,75 |
| 4 | CC | 40023759 | FLOR ELIYER FUQUENE GUARIN | 76,63 |
| 5 | CC | 40046845 | ZULMA ANDREA SUAREZ BUSTACARA | 76,12 |
| 6 | CC | 24010910 | MARIA CLARA MONROY BOHORQUEZ | 75,55 |
| 7 | CC | 40021565 | ANA MARISOL SACHICA GOMEZ | 74,87 |
| 8 | CC | 1049610445 | LEIDY NATALIA DUQUE MARROQUIN | 74,82 |
| 9 | CC | 33375220 | SANDRA MILINA DÍAZ AMAYA | 74,73 |
| 10 | CC | 80728683 | JULIO CESAR GOMEZ JIMENEZ | 74,56 |
| 11 | CC | 40046516 | GINA PAOLA BARRETO LEGUIZAMON | 74,43 |
| 12 | CC | 4042096 | NYDIA JANNETH ROJAS CARO | 73,83 |

Concordantemente, la entidad accionada, reportó que la situación actual de quienes superaron el proceso de selección y ocuparon 12 primeros puestos, es la siguiente (Fol. 247):

| CEDULA | NOMBRE Y APELLIDO | POSICION | VACANTES | RESOLUCIÓN | COMUNICACIÓN FIRMEZA | REGIONAL | RESOLUCIÓN DE NOMBRAMIENTO | FECHA RES. NOMBRAMIENTO | POSESION | PRORROGA |
|----------|----------------------------------|----------|----------|----------------|----------------------|----------|----------------------------|-------------------------|-----------|----------|
| | | | | | | | | | | |
| 40048971 | LILIANA EMILSE FAJARDO BOHORQUEZ | 2 | 12 | 20182230072575 | SI | BOYACA | 10641 | 17-ago-18 | 13-sep-18 | |
| 40045331 | DEYSI YASLENY BARÓN GÓMEZ | 3 | 12 | 20182230072575 | SI | BOYACA | 10540 | 17-ago-18 | 06-sep-18 | |
| 40023759 | FLOR ELIYER FUQUENE GUARIN | 4 | 12 | 20182230072575 | SI | BOYACA | 10642 | 17-ago-18 | 03-oct-18 | |
| 40046845 | ZULMA ANDREA SUAREZ BUSTACARA | 5 | 12 | 20182230072575 | SI | BOYACA | 10542 | 17-ago-18 | 06-sep-18 | |

| | | | | | | | | | | |
|-----------|-------------------------------|----|----|----------------|----|--------|-------|-----------|-----------|-----------|
| 24010910 | MARLA CLARA MONROY BOHORQUEZ | 6 | 12 | 20182230072575 | SI | BOYACA | 10543 | 17-ago-18 | 06-sep-18 | |
| 40021555 | ANA MAR SOL SACHICA GOMEZ | 7 | 12 | 20182230072575 | SI | BOYACA | 10544 | 17-ago-18 | 03-oct-18 | |
| 104951045 | LEIDY NATALIA DUQUE MARROQUIN | 8 | 12 | 20182230072575 | SI | BOYACA | 10545 | 17-ago-18 | 06-sep-18 | |
| 33375220 | SANDRS MILENA DIAZ AMAYA | 9 | 12 | 20182230072575 | SI | BOYACA | 10546 | 17-ago-18 | | 15-ene-19 |
| 80728683 | JULIO CESAR GOMEZ JIMENEZ | 10 | 12 | 20182230072575 | SI | BOYACA | 10638 | 17-ago-18 | 11-sep-18 | |
| 40046516 | GINA PAOLA BARRETO LEGUIZAMON | 11 | 12 | 20182230072575 | SI | BOYACA | 10653 | 17-ago-18 | 13-sep-18 | |
| 40042086 | NYDIA JA'NETH ROJAS CARO | 12 | 12 | 20182230072575 | SI | BOYACA | 10576 | 17-ago-18 | | TUTELA |

Según la información solicitada al ICBF en relación con el cargo de Defensor de Familia Código 2125, Grado 17, se advierte que son 1417 de esta denominación a nivel nacional y que están provistas de la siguiente manera (Folios 242-243):

| ESTADO | SITUACIÓN | TOTAL |
|-----------------------------------------|---------------------------------|-------------|
| Cargo no reportados Convocatoria 433-16 | Titular carrera | 280 |
| | Encargo en Vacante definitiva | 29 |
| | Provisional en Vacante Temporal | 4 |
| | Provisional vacante definitiva | 242 |
| | Vacante definitiva | 94 |
| | Vacante temporal | 6 |
| | Periodo de prueba | 545 |
| Cargos reportados Convocatoria 433-16 | Encargo en vacante definitiva | 5 |
| | Provisional vacante definitiva | 145 |
| | Vacante definitiva | 66 |
| | Vacante temporal | 1 |
| Total Defensores Familia | | 1417 |

Al igual, el ICBF documentó aunque no de manera muy clara que 48 empleos de Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17, están asignados a la Regional Boyacá y que su situación jurídica es la que a continuación se relaciona (Fol. 243):

| SITUACIÓN | TOTAL |
|-------------------------------------------------------|-----------|
| Titular de carrera | 9 |
| Periodo de Prueba conv. 433-16 | 23 |
| Provisional vacante definitiva | 2 |
| Reportado Conv. 433-16 Provisional vacante definitiva | 10 |
| Vacante definitiva | 4 |
| Total general | 48 |

Prima facie se puede concluir que existen **16 vacantes definitivas** del cargo de Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17, el mismo que venía ocupando la actora, aunque se desconoce el lugar de su ubicación, también se desprende que respecto de los 12 empleos de la misma denominación que fueron ofertados con la Convocatoria 433 de 2016, 10 ya se posesionaron, 1 tiene una prórroga hasta el 15 de enero del próximo año y, el otro está prorrogado por una tutela.

Bajo ese escenario, ha debido el Instituto Colombiano de Bienestar familiar en aras de un trato preferente, prever que los últimos servidores públicos en ser removidos de la entidad son aquellos que tengan una condición especial, como lo es la mujer cabeza de familia, quienes están cobijados de estabilidad laboral reforzada, tal como ocurre en el caso de la señora XYZ, cuyo mínimo vital se ha visto afectado y, además, se evidencia el cumplimiento de los presupuestos previstos en la SU-388 de 2005. Sin embargo, cabe resaltar que dicha estabilidad laboral no es absoluta y se ve obstaculizada ante la imposibilidad material de continuar en el cargo por nombramiento de las personas que hacen parte de la lista de elegibles.

De acuerdo con lo descrito, se revocará la decisión impugnada que declaró improcedente la acción de tutela incoada por la señora XYZ, y en su lugar, se amparará los derechos fundamentales deprecados por la actora al mínimo vital y estabilidad laboral reforzada.

Por consiguiente, se ordenará al ICBF que en el término de 48 horas siguientes a la notificación de esta providencia y en la medida de ser posible en la actualidad, dé continuidad a la vinculación de la señora XYZ de forma provisional en el cargo de Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17 vacante; concediéndole la posibilidad a la accionante si así lo desea, de opcionar en alguna plaza de la ciudad de Tunja o vecina a ella. Se advierte que dicha vinculación se prolongará hasta tanto el cargo que llegue a ocupar sea provisto en propiedad

mediante el sistema de carrera administrativa por nombramiento del funcionario que conforme la lista de elegibles o su desvinculación cumpla los requisitos exigidos en la jurisprudencia constitucional.

Vale aclarar a la accionante que su derecho a la estabilidad laboral reforzada no es absoluto y no le otorga o crea un derecho indefinido a permanecer inamoviblemente en un empleo de carrera administrativa cuando su forma de vinculación es en provisionalidad, así como tampoco podrá afectarse la situación jurídico laboral de la señora Gina Paola Barrieto Leguizamón, nombrada en reemplazo de la tutelante al ganar con la posición 11, el concurso de méritos convocado para proveer 12 vacantes de Defensor de Familia, Grado 2125, Código 17 del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Centro Zonal Tunja 2, puesto que la regla general es que los cargos estatales son de carrera administrativa y el acceso a los mismos debe ser a través de concurso público de méritos de acuerdo con lo previsto en el artículo 125 Superior.

De otro lado, se ordenará al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que publique en su página web o cartelera institucional la presente providencia por el término de 2 meses. La medida obedece a que de acuerdo con su función legal debe propender por la prevención y protección integral de la primera infancia, la niñez, la adolescencia y el **bienestar de las familias en Colombia**³⁰, luego su actuar en el presente asunto contradice los pilares esenciales para los que fue instituido, lo cual amerita un juicio de reproche al someter a la señora XYZ y su núcleo familiar a un trato discriminatorio que conllevo el desconocimiento de su condición de madre cabeza de familia a pesar del amplio material probatorio que aportó en sede administrativa.

A su turno, se ordenará igualmente a la Secretaria de esta Corporación que haga público este proveído en las respectivas páginas web o carteleras, a título informativo y para que en ocasiones futuras los jueces le den la importancia jurídica e interpretación que le pertenece al tema de la perspectiva de género y, de modo que no emitan decisiones aisladas o ajenas a tal fenómeno social que asedia cruelmente el entorno familiar y, especialmente a la mujer.

Sea la oportunidad también de hacer una exhortación al Juez de instancia, para que en las decisiones que adopte donde se involucre la situación particular de una mujer, tenga como punto de referencia

³⁰ Misión, Visión, pilares, objetivos tomados de la página web del ICBF; <https://www.icbf.gov.co/instituto>, junto con lo regulado en el artículo 53 de la Ley 75 de 1968.

para la solución de los conflictos que se ventilen o susciten, el concepto y evolución jurisprudencial que ha surgido en torno al tema de la perspectiva de género, pues es una lucha social y cultural que las mujeres han lidiado durante varias décadas para no ser objeto de discriminación y por el contrario, acceder al reconocimiento de derechos, por tanto, como jueces de la República se tiene el deber de derribar todo tipo de estigma social o prejuicios que han obstruido el trato igualitario y equitativo entre mujeres y hombres, no consentir o tolerar la violencia de género o contra la mujer como un asunto socialmente aceptable, en cambio debe repudiarse y rechazarse estos comportamientos irracionales con severidad.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 1 del Tribunal Contencioso Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO.- REVOCAR el fallo de tutela de 20 de septiembre de 2018, emitido por el Juzgado Doce Administrativo de Tunja que declaró improcedente la acción constitucional incoada por la señora XYZ contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Y en su lugar,

SEGUNDO.- AMPARAR los derechos fundamentales al mínimo vital y estabilidad laboral reforzada de la señora XYZ, cercenados por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

TERCERO.- ORDENAR al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que en el término improrrogable de 48 horas siguientes a la notificación de esta providencia, y en la medida de ser posible en la actualidad, dé continuidad a la vinculación de la señora XYZ de forma provisional en el cargo de Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17 vacante; concediéndole la posibilidad a la accionante si así lo desea, de opcionar en alguna plaza de la ciudad de Tunja preferiblemente o vecina a ella. Se advierte que dicha vinculación se prolongará hasta tanto el cargo que llegue a ocupar sea provisto en propiedad mediante el sistema de carrera administrativa por nombramiento del funcionario que conforme la lista de elegibles o su

desvinculación cumpla los requisitos exigidos en la jurisprudencia constitucional.

CUARTO.- ORDENAR al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que por el término de dos (2) meses publique la presente providencia en la página web o la cartelera Institucional.

QUINTO.- ORDENAR a la Secretaria de esta Corporación que publique el contenido del presente proveído en la plataforma web de la Corporación, y remita copia de esta providencia al Juzgado de origen.

SEXTO.- Notificar a los interesados en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, luego remítase el expediente a la H. Corte Constitucional, para su eventual revisión, en los términos del artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en la Sala de Decisión No. 1 según consta en acta de la fecha.

Notifíquese y cúmplase



FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA
Magistrado



LUÍS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA
Magistrado



CLARA ELISA CIFUENTES ORTÍZ
Magistrada

ACX