

República de Colombia



Rama Judicial
Distrito Judicial del Caquetá
Juzgado Primero Penal Municipal
Florencia

ACCIÓN DE TUTELA

REFERENCIA: 1800140040012021-00076-00

ACCIONANTE: YEISON MAURICIO COY ARENAS QUIEN ACTÚA COMO APODERADO DE
MARIA EUGENIA LUNA DIAZ

ACCIONADO: SECRETARIA DE EDUCACION DEPARTAMENTAL DEL CAQUETA –
GOBERNACION DEL CAQUETA

SENTENCIA DE TUTELA No.76

Florencia Caquetá, Doce (12) de Julio de dos mil veintiuno (2021)

OBJETO A DECIDIR

Se pronuncia el Despacho con relación a la viabilidad del amparo constitucional del derecho fundamental a vida en condiciones dignas, igualdad, trabajo, salud, seguridad social, invocados por YEISON MAURICIO COY ARENAS QUIEN ACTÚA COMO APODERADO DE MARIA EUGENIA LUNA DIAZ cuya vulneración atribuye al Departamento del Caquetá y a la SECRETARIA DE EDUCACION DEPARTAMENTAL DEL CAQUETA, debido a que la entidad territorial demandada procedió a desvincularla del cargo de Docente de la Planta global de la Secretaria de Educación Departamental de Educación del Caquetá de la I.E.R El Dorado del Municipio de Albania Caquetá.

ANTECEDENTES

En apoyo de sus pretensiones, se exponen en síntesis los hechos que motivaron la interposición de la acción y se encuentran consignados en el escrito de tutela, así:

1. *Mediante Decreto No. 001850 del 30 de noviembre de 2015 emanado de la Secretaria de Educación Departamental del Caquetá, fue nombrada en provisionalidad la señora MARÍA EUGENIA LUNA DÍAZ como DOCENTE de la Planta Global de la secretaria De Educación Departamental del Caquetá, en la I.E.R. El Dorado sede Dorado del Municipio de Albania Caquetá, tomando posesión del cargo y comenzando a laborar.*
2. *Con radicado CAQ2021ER010773 la señora MARIA EUGENIA LUNA DIAZ Radico Derecho de Petición ante la Secretaría de Educación Departamental exponiendo las circunstancias especiales de vulnerabilidad en que se encuentra, como quiera que estaba en proceso la ubicación de los docentes que aprobaron el concurso posconflicto.*
3. *Mediante oficio del día 12 de mayo de 2021, con radicado CAQ2021ER015062 la secretaria de Educación Departamental dio respuesta a la petición radicada por la señora MARIA EUGENIA LUNA DIAZ, manifestándole que no le podían garantizar la continuidad como docente.*

4. *Mediante Oficio No.CAQ2021EE015115 del 08 de mayo de 2021 la Secretaría de Educación departamental del Caquetá comunica a la señora MARÍA EUGENIA LUNA DIAZ, el contenido del Decreto 000222 del 16 de abril de 2021 mediante el cual se da por terminado el nombramiento provisional, procediendo a su desvinculación.*

5. *La señora MARÍA EUGENIA LUNA DIAZ es un sujeto de especial protección al haber sido violentada en sus derechos, tal y como lo certifica la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas en oficio del 8 de febrero de 2019, en donde se reportan los hechos victimizantes de amenazas y desplazamiento forzado desde el 10 de febrero de 2013.*

6. *Adicional a lo anterior, MARIA EUGENIA LUNA DIAZ posee la Calidad de Madre Cabeza de Familia, respondiendo y teniendo bajo su cuidado, protección y manutención a su señora madre quien es una adulta mayor de 74 años quien posee afecciones de salud tales como hipertensión y diabetes, quien depende económicamente de su hija María Eugenia.*

7. *Así mismo, la señora MARIA EUGENIA LUNA DIAZ, tiene la responsabilidad permanente, teniendo bajo su cuidado, protección y manutención de su hijo Arnold Fabián Bernal Luna, quien es incapacitado para trabajar, por padecer una discapacidad psicomotora que le impide valerse por el mismo.”*

I. PRETENSIONES

El accionante requiere que se tutelen los derechos fundamentales de MARÍA EUGENIA LUNA DIAZ a la Vida en Condiciones Dignas, Igualdad, Trabajo, Salud, Seguridad social y todos los demás derechos que se muestren conculcados durante el trámite de la presente acción.

Que se reconozca a la señora MARÍA EUGENIA LUNA DIAZ fuero laboral especial dado las condiciones especiales de Madre cabeza de Familia, Víctima de la Violencia. Y se ordene al Departamento del Caquetá – Secretaria Departamental de Educación del Caquetá que de manera inmediata proceda al REINTEGRO de la señora MARÍA EUGENIA LUNA DIAZ en un cargo de igual o mejor rango al que venía desempeñando.

Así mismo, se ordene al Departamento del Caquetá – Secretaria Departamental de Educación del Caquetá pagar los salarios, prestaciones sociales y aportes a Seguridad Social desde el momento de su desvinculación y hasta que el reintegro se materialice.

ELEMENTOS DE JUICIO:

1. Decreto No. 001850 del 30 de noviembre de 2015 junto con las constancias de notificación.
2. Derecho de petición radicado No. CAQ2021ER010773.
3. Decreto 000222 del 16 de abril de 2021. Insubsistencia.
4. Oficio No. CAQ2021EE015115 del 08 de mayo de 2021. Notificación insubsistencia.
5. Certificación UARIV del 08 de febrero de 2019. Víctima de Violencia.
6. Declaración Extra Juicio No. 261 del 14/05/2021. Madre Cabeza de Familia.
7. Declaración Extra Juicio No. 262 del 14/05/2021. Madre Cabeza de Familia
8. Declaración Extra Juicio No. 263 del 14/05/2021. Madre Cabeza de Familia
9. Declaración Extra Juicio No. 264 del 14/05/2021. Madre Cabeza de Familia
10. Copia Cedula María Eugenia Luna Díaz.
11. Copia Cedula de Ciudadanía de María De La Cruz De Luna.
12. Copia Cedula de Ciudadanía Arnol Fabián Bernal Luna.
13. Registro Civil de Nacimiento de Arnol Fabián Bernal Luna. NUP. 891017-80865.
14. Registro Civil de Nacimiento de Maria Eugenia Luna Díaz.

15. Epicrisis de Arnol Fabian Bernal Luna – Discapacitado.

16. Historia Clínica de María De La Cruz De Luna -

II. TRAMITE PROCESAL

La acción de tutela fue sometida a reparto y le correspondió a este despacho quien por Auto interlocutorio No.135 del 29 de Junio de 2021 la admitió requiriendo a la SECRETARIA DE EDUCACION DEPARTAMENTAL DEL CAQUETA, se vinculó a la GOBERNACION DEL CAQUETA, para que expusieran las razones que estimara necesarias con relación a los hechos y pretensiones planteados, concediéndole el término de dos (2) días para que rindiera las explicaciones a que haya lugar.

III.RESPUUESTAS DE LAS ENTIDADES

DEPARTAMENTO DEL CAQUETA

El Departamento del Caquetá y la Secretaria de Educación Departamental del Caquetá se opone a todas las pretensiones del accionante.

El Gobierno Nacional mediante Decreto Ley 882 de 2017, dispuso la realización de un concurso especial de méritos para la provisión de empleos docentes en zonas afectadas por el conflicto armado, que fueron precisadas por el Ministerio de Educación Nacional de conformidad con los Planes de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET), el cual se haría mediante un concurso de méritos de carácter especial convocado por la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC), como ente autónomo encargado de la administración y vigilancia de la carrera administrativa.

Por medio del Acuerdo No. CNSC 20181000002436 del 17 de julio de 2018, se establecieron las reglas del concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes de directivos docentes y docentes en establecimientos educativos que prestan sus servicios a población mayoritaria en zonas rurales afectadas por el conflicto armado, ubicadas en la entidad territorial certificada en educación Departamento del Caquetá – proceso de selección No. 606 de 2018, en un total de 1.317 plazas vacantes.

Por lo anterior, en el marco del concurso de méritos del posconflicto – convocatoria No.606 de 2018, la entidad territorial mediante acto administrativo motivado contenido en el Decreto No.000222 del 16 de abril de 2021, terminó el nombramiento provisional docente de la señora MARIA EUGENIA LUNA DIAZ, decisión comunicada electrónicamente el 08 de mayo de 2021 por medio del oficio con radicado SAC CAQ2021EE015115, dada la necesidad de nombrar en el cargo al elegible que superó las etapas del concurso especial de méritos del posconflicto – Convocatoria No.606 de 2018.

Sobre la protección laboral reforzada de las personas que ocupan en provisionalidad cargos de carrera, se encuentran sujetos de especial protección constitucional, como las madres y padres cabeza de familia, quienes están próximos a pensionarse y las personas en situación de discapacidad, a quienes si bien esa circunstancia no les otorga el derecho indefinido a permanecer en ese tipo de vinculación laboral cuya estabilidad relativa cede frente al derecho de quien accede al cargo por mérito, si surge la obligación jurídico constitucional, en virtud del artículo 13 constitucional, de propiciarse un trato preferencial como medida afirmativa.

Indica que con el objetivo de garantizar la protección especial de los docentes provisionales que se encontraban en tales situaciones especiales, el Gobernador del Departamento del Caquetá expidió el Decreto 000751 de 26 de mayo de 2021, por medio del cual se dispuso el traslado y/o reubicación de los docentes o directivos docentes en provisionalidad que acreditaran alguna de las condiciones establecidas en el parágrafo 2 del Decreto 1083 de 2015 a aplicar con ocasión al concurso de méritos 606 de 2018 y se establecieron los criterios de desempate en caso de que las solicitudes de protección sean superiores al número de vacantes a proveer, para lo cual se creó un comité técnico, se anota que la entidad territorial conforme a los parámetros señalados en el Decreto 000751 del 26 de mayo de 2021, solo estudio las solicitudes de protección laboral “reten social- mecanismo de protección laboral reforzada” presentadas por los docentes en el sistema de atención al ciudadano de la Secretaria de Educación departamental del Caquetá .

Una vez revisado el sistema de atención al ciudadano SAC, habilitado para el recibo de correspondencia relacionada con el concurso de méritos 606/2018, se encontraron 366 solicitudes de protección, dentro de las cuales se encuentra la solicitud con radicado CAQ2021ER010773 del 15 de abril de 2021, suscrita por la señora MARIA EUGENIA LUNA DIAZ, nombrada en provisionalidad como docente de la Institución Educativa Rural el Dorado sede los Jardines del Municipio de Albania Caquetá, y considero no procedente el posible reintegro o reubicación en el cargo, teniendo en cuenta que para el momento de la terminación del nombramiento de la docente no habían plazas vacante, las plazas han surgido en el proceso de nombramiento de los 1317 elegibles.

La condición de madre cabeza de familia, fue evaluada conforme a los criterios jurisprudenciales vigentes contenidos en la sentencia de Unificación SU 691 de 2017 de la Corte Constitucional.

En la sentencia T-003/2018, se señaló que la condición de padre o madre cabeza de familia se acredita cuando la persona tiene la responsabilidad permanente de hijos menores o personas incapacitadas para trabajar, no cuenta con la ayuda de otros miembros de la familia, y su pareja murió, está ausente de manera permanente o abandonó el hogar y se demuestra que esta se sustrae del cumplimiento de sus obligaciones o cuando su pareja se encuentre presente pero no asuma la responsabilidad que le corresponde por motivos como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental.

Conforme lo anterior el comité técnico desestimó la condición de madre cabeza de familia, teniendo en cuenta que la docente tutelante manifestó ser madre cabeza de familia por tener a su cargo a su madre e hijo con discapacidad, y que para probar dicha condición allegó con la solicitud de protección laboral fotocopia de la cédula de ciudadanía, fotocopia de la cédula de hijo y madre, historia clínica por consulta externa, Historia clínica de María Luz (madre) dos registros civiles de nacimiento de la mamá e hijo, sin embargo no acreditó que el padre se sustrae del cumplimiento de sus obligaciones o no asume la responsabilidad que le corresponde, así como tampoco que no cuenta con la ayuda de otros miembros de la familia, igualmente tampoco probó dichos presupuestos frente a sus padres ya sea porque es hija única, tiene cuotas de alimentos fijada, sus hermanos se sustraen de las obligaciones alimentarias, no tiene capacidad para laborar, económica o padecen situaciones de discapacidad.

Ahora bien en la acción de tutela la accionante tampoco acredita con una prueba idónea la calidad de madre cabeza de familia, solamente allega 4 declaraciones extrajudicial ante

notario, en la que los declarantes manifiestan bajo la gravedad de juramento que la señora MARIA EUGENIA LUNA DIAZ , es madre cabeza de familia por tener a cargo a su hijo y madre. Sobre la declaración extrajuicio la jurisprudencia ha señalado que no es una prueba para acreditar tal condición, sino que ello depende de los presupuestos fácticos del caso concreto, y en el presente caso se reitera que la accionante no demostró en la solicitud de protección presentada ni en el trámite de tutela la calidad de madre cabeza de familia.

Aduce la accionante ser víctima del conflicto armado por el hecho victimizante de desplazamiento forzado y amenaza, sin embargo conforme al ordenamiento jurídico las personas víctimas de la violencia no son tenidas en cuenta en el reten social.

Indica que la accionante cuenta con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho como medio de defensa judicial para la protección de su derechos y del escrito de tutela y sus anexos no se demuestra que hubiere demandando ante la jurisdicción contenciosa administrativa el acto administrativo por medio del cual se le terminó el nombramiento provisional o en su defecto el contenido del oficio por medio del cual la entidad dio respuesta a la solicitud de protección especial o reten social radicada el 15 de abril de 2021 bajo el No.CAQ2021ER010773 no aportó las pruebas que demuestren el cumplimiento de los requisitos exigidos por la jurisprudencia.

En consecuencia, la entidad territorial no ha desconocido los derechos de la señora MARIA EUGENIA LUNA DIAZ, al terminar la vinculación provisional como docente, en la medida que de un lado, es un deber legal y constitucional proveer la plaza respectiva con la persona que ganó el concurso público de mérito y de otro, implementó los mecanismos que le permitieran brindar la protección laboral reforzada a quienes acreditaran una enfermedad catastrófica o discapacidad, ser madre o padre cabeza de familia, pre pensionado o estar amparado por fuero sindical; condiciones con las que no cumplió la señora MARIA EUGENIA LUNA DIAZ, de conformidad con la solicitud de protección presentada por la misma, evaluada en el marco del comité técnico creado mediante el Decreto del orden departamental No.000751 de 26 de mayo de 2021.

Por lo anterior solicita se abstenga de amparar los derechos invocados por la accionante pues no se han vulnerado los derechos fundamentales ni garantías constitucionales.

NATURALEZA DE LA ACCIÓN

El artículo 86 de la Constitución Política de 1991 estableció la figura de la “Acción de Tutela” como un mecanismo de protección a los derechos fundamentales constitucionales cuando resultan amenazados o vulnerados por la acción u omisión de las autoridades públicas y de los particulares en los casos taxativamente señalados en la ley.

Así mismo, el Decreto reglamentario 2591 de 1991 señaló que esta vía constitucional es excepcional, preferente y sumaria y fue establecida con el fin de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes establecidos en la Constitución, que constituye uno de los fines esenciales del Estado de acuerdo con el artículo 2º de la Carta Magna.

COMPETENCIA

El Despacho advierte que cuenta con competencia legal para determinar en derecho frente al presente asunto (Art. 37 del Decreto 2591 y numeral 1º, inciso 3º del Decreto 1382 de 2000 y Artículo 2.2.3.1.2.1. del Decreto 1069 de 2015 modificado por el artículo 1 del Decreto 1983 de 2017).

PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER

Debe establecer este Despacho si la GOBERNACIÓN DEL CAQUETÁ - SECRETARIA DE EDUCACION DEPARTAMENTAL DEL CAQUETA, está vulnerando los derechos fundamentales a vida en condiciones dignas, igualdad, trabajo, salud, seguridad social, invocados por YEISON MAURICIO COY ARENAS QUIEN ACTÚA COMO APODERADO DE MARIA EUGENIA LUNA DIAZ, debido a que la entidad territorial demandada procedió a desvincularla del cargo de Docente de la Planta global de la Secretaria de Educación Departamental de Educación del Caquetá de la I.E.R El Dorado del Municipio de Albania Caquetá, pues la entidad mediante Decreto 000222 del 16 de abril de 2021 nombra en periodo de prueba a la señora MARIA LUISA CRUZ VASQUEZ quien ganó el concurso público de mérito; a pesar que la actora informó ser sujeto de especial protección constitucional por ser madre cabeza de familia y víctima de la violencia.

EXAMEN DE PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA

➤ LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA

El inciso primero del artículo 86 de la Constitución establece que *“toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”*

En concordancia con la anterior disposición, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, sostiene que se encuentran legitimados en la causa por activa: (i) la persona directamente afectada; (ii) el representante legal; (iii) el apoderado judicial; (iv) el agente oficioso; (v) el defensor del pueblo; o (vi) los personeros municipales. Así pues, la acción de tutela permite que exista una mayor flexibilidad en su interposición, ya que contempla la posibilidad de que sea presentada por diferentes actores.

El accionante YEISON MAURICIO COY ARENAS QUIEN ACTÚA COMO APODERADO DE MARIA EUGENIA LUNA DIAZ y debidamente reconocido en el auto admisorio de la presente acción de tutela, razón por la cual, se encuentra legitimado para promover la acción de tutela (C.P. art. 86º, Decreto 2591/91 art. 1º y art. 10º).

➤ LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA

La legitimación por pasiva en sede de tutela se refiere a la aptitud legal que tiene la persona contra la que se dirige la acción de tutela y quien está llamada a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental, cuando ésta resulte demostrada. Según

el artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 1º del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede contra cualquier autoridad pública y, excepcionalmente, contra particulares (artículo 42 del Decreto 2591 de 1991).

En el caso sub examine, la acción de tutela se presentó contra una autoridad pública, Gobernación del Caquetá y Secretaria De Educación Departamental Del Caquetá.

DECISIÓN DE INSTANCIA

La acción de Tutela es un instrumento jurídico, confiado por la Constitución Nacional a los Jueces e instituida como mecanismo para la protección de derechos fundamentales cuando se considere que han sido vulnerados por las autoridades públicas o por los particulares, en los casos que estime la ley.

Como es sabido el objeto esencial de la acción de tutela es garantizar la efectiva e inmediata protección de los derechos fundamentales, pues, ciertamente, el sentido de este amparo judicial es que el juez constitucional, una vez analizado el caso particular, pueda proferir un fallo en procura de la defensa de los derechos vulnerados al afectado, siempre y cuando exista motivo para ello.

DECISIÓN DE INSTANCIA

La acción de Tutela es un instrumento jurídico, confiado por la Constitución Nacional a los Jueces e instituida como mecanismo para la protección de derechos fundamentales cuando se considere que han sido vulnerados por las autoridades públicas o por los particulares, en los casos que estime la ley. El núcleo esencial del *derecho de petición* reside en la resolución pronta y oportuna de la cuestión, pues de nada serviría la posibilidad de dirigirse a la autoridad si ésta no resuelve o se reserva para sí el sentido de lo decidido.

Como es sabido el objeto esencial de la acción de tutela es garantizar la efectiva e inmediata protección de los derechos fundamentales, pues, ciertamente, el sentido de este amparo judicial es que el juez constitucional, una vez analizado el caso particular, pueda proferir un fallo en procura de la defensa de los derechos vulnerados al afectado, siempre y cuando exista motivo para ello.

Respecto al Derecho Fundamental al mínimo vital, es importante tener en cuenta que El principio constitucional de dignidad humana, sobre el que se establece el Estado social de **derecho** sirve de fundamento al **derecho al mínimo vital**, cuyo objeto no es otro distinto del de garantizar las condiciones materiales más elementales, sin las cuales la persona no puede subsistir y se encuentra estipulado en el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia.

“Artículo 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la

aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales. Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna. La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.”

La estabilidad ocupacional reforzada, es la concreción de diferentes mandatos contenidos en la Carta, para proteger a aquellas personas susceptibles de ser discriminadas en el ámbito laboral y que se concreta en gozar de la posibilidad de permanecer en su empleo, a menos que exista una justificación no relacionada con su condición. Tal figura tiene por titulares, entre otras, a personas con discapacidad o en condición de debilidad manifiesta por motivos de salud. El sustento normativo de esta protección especial se encuentra en los principios de Estado Social de Derecho, igualdad material y solidaridad social, consagrados en la Constitución Política. Estos mandatos de optimización resaltan la obligación constitucional del Estado de adoptar medidas de protección y garantía en favor de grupos vulnerables y personas en condición de debilidad manifiesta.

Sobre la procedencia de la Acción de Tutela dice el Decreto 2591 de 1991:

Artículo 1o. Objeto. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señale este Decreto. Todos los días y horas son hábiles para interponer la acción de tutela.

Artículo 5o. Procedencia de la acción de tutela. La acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2 de esta ley. También procede contra acciones u omisiones de particulares, de conformidad con lo establecido en el Capítulo III de este Decreto. La procedencia de la tutela en ningún caso está sujeta a que la acción de la autoridad o del particular se haya manifestado en un acto jurídico escrito.

Artículo 6o. Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá:

1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante.

2. Cuando para proteger el derecho se pueda invocar el recurso de habeas corpus.

3. Cuando se pretenda proteger derechos colectivos, tales como la paz y los demás mencionados en el artículo 88 de la Constitución Política. Lo anterior no obsta para que el titular solicite la tutela de sus derechos amenazados o violados en situaciones que comprometan intereses o derechos colectivos siempre que se trate de impedir un perjuicio irremediable.

4. Cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, salvo cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho.

5. Cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto.

Artículo 8o. La tutela como mecanismo transitorio. Aun cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial, la acción de tutela procederá cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En el caso del inciso anterior, el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado.

En todo caso el afectado deberá ejercer dicha acción en un término máximo de cuatro (4) meses a partir del fallo de tutela.

Si no se instaura, cesarán los efectos de éste.

Cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un daño irreparable, la acción de tutela también podrá ejercerse conjuntamente con la acción de nulidad y de los demás precedentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En estos casos, el juez si lo estima procedente podrá ordenar que no se aplique el acto particular respecto de la situación jurídica concreta cuya protección se solicita, mientras dure el proceso.

(...)

La acción de tutela ha sido instituida como un mecanismo de defensa al cual pueden acudir las personas afectadas en sus derechos individuales fundamentales, para reclamar ante los jueces la protección inmediata de los mismos; surge entonces como titular de esta acción la persona a quien se ha vulnerado o puesto en peligro de quebrantamiento tales derechos constitucionales fundamentales, y debe ser dirigida contra la autoridad pública o el particular que con la actuación u omisión ha ocasionado tal vulneración o amenaza, es decir, aquella contra la cual se ha invocado la acción.

Se ha considerado además 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.

Subsidiariedad

El principio de subsidiariedad, conforme al artículo 86 de la Constitución, implica que la acción de tutela solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que esta se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En otras palabras, las personas deben hacer uso de todos los recursos ordinarios y extraordinarios que el sistema judicial ha dispuesto para conjurar la situación que amenaza o lesiona sus derechos, de tal manera que se impida el uso indebido de este mecanismo constitucional como vía preferente o instancia judicial adicional de protección.

No obstante, como ha sido reiterado por la jurisprudencia constitucional, el presupuesto de subsidiariedad que rige la acción de tutela, debe analizarse en cada caso concreto. Por ende, en aquellos eventos en los que existan otros medios de defensa judicial, la Jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional ha determinado que existen dos excepciones que justifican su procedibilidad:

(i) cuando el medio de defensa judicial dispuesto por la ley para resolver las controversias no es **idóneo y eficaz** conforme a las especiales circunstancias del caso estudiado, procede el amparo como mecanismo definitivo; y,

(ii) cuando, pese a existir un medio de defensa judicial idóneo, éste no impide la ocurrencia de un **perjuicio irremediable**, caso en el cual la acción de tutela procede como **mecanismo transitorio**.

Adicionalmente, cuando el amparo es promovido por personas que requieren especial protección constitucional, como niños, niñas y adolescentes, mujeres en estado de gestación o de lactancia, madres cabeza de familia, personas en situación de discapacidad, de la tercera edad o población desplazada, entre otros, el examen de procedencia de la tutela se hace menos estricto, a través de criterios de análisis más amplios, pero no menos rigurosos.

Las anteriores reglas implican que, de verificarse la existencia de otros medios judiciales, siempre se debe realizar una evaluación de la idoneidad de los mismos en el caso concreto, para determinar si aquellos tienen la capacidad de restablecer de forma efectiva e integral los derechos invocados. Este análisis debe ser sustancial (no simplemente formal) y reconocer que el juez de tutela no puede suplantar al juez ordinario. Por tanto, en caso de evidenciar la falta de idoneidad del otro mecanismo formalmente disponible, la acción puede proceder de forma definitiva.

Así, dentro del ordenamiento jurídico colombiano existen varios mecanismos de defensa para salvaguardar los derechos laborales, competencia asignada a las jurisdicciones ordinaria laboral o contencioso administrativo, según el caso. Como consecuencia de ello, la Corte Constitucional ha manifestado que la acción de tutela, en principio, no resulta procedente para solicitar el reintegro de empleados públicos a los cargos que ocupaban, pues para controvertir los actos administrativos por medio de los cuales la administración decide separarlos de los mismos, existe la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso administrativa, la cual desplaza a la acción de tutela.

En este punto el accionante indica, que se cumplen los requisitos establecidos por la Jurisprudencia para que esta acción de tutela sea procedente, puesto que la señora MARIA EUGENIA LUNA DIAZ considera que tiene la condición de madre cabeza de familia debido a que tiene *bajo su cuidado, protección y manutención a su señora madre quien es una adulta mayor de 74 años quien posee afecciones de salud tales como hipertensión y diabetes, quien depende económicamente de su hija María Eugenia y debido que tiene la responsabilidad permanente, teniendo bajo su cuidado, protección y manutención de su hijo Arnold Fabián Bernal Luna, quien es incapacitado para trabajar, por padecer una discapacidad psicomotora que le impide valerse por el mismo.*

Para analizar esta condición de padre cabeza de familia es necesario referirnos a lo establecido en la sentencia T.388-2020 de fecha 03 de septiembre de 2020, magistrada ponente Diana Fajardo Rivera en la cual se manifestó lo siguiente:

“Protección constitucional a la estabilidad reforzada de una madre cabeza de familia

Aunado a lo anterior, se aclara que, sin perjuicio del origen suprallegal de esta protección, se encuentra que la Ley 82 de 1993 se expidió para apoyar de forma especial a la mujer cabeza de familia por lo cual se estableció que el gobierno debe prever mecanismos eficaces para procurar a su favor “trabajos dignos y estables”. De igual forma, el Decreto 3905 de 2009, con el cual se reglamentó la Ley 909 de 2004, dispuso que se debía tener en cuenta la protección especial para las madres cabeza de familia antes de proceder con la desvinculación de un empleo provisional. Adicionalmente, la Ley 790 de 2002 en su artículo 12 estableció la medida denominada retén social en el marco del Programa de Renovación de la Administración Pública, según la cual no podrán ser retirados de dicho programa las

madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva y las personas próximas a pensionarse.

No obstante, como ya se dijo, la jurisprudencia constitucional ha indicado que la protección de las madres cabeza de familia, no puede limitarse en su aplicación a las previsiones de las mencionadas regulaciones pues corresponde a una protección de orden constitucional.

Así las cosas, esta Corporación ha señalado que no toda mujer por el hecho de que esté a cargo de la dirección del hogar ostenta la calidad de cabeza de familia. Por tanto, se ha considerado que la calidad de madre cabeza de familia se acredita con los siguientes presupuestos: (i) que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar. (ii) Que la responsabilidad sobre los hijos sea de carácter permanente. (iii) Que se presente una ausencia permanente o abandono del hogar por parte del padre, y que este se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones, o bien que 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. (iv) Por último, que no exista un apoyo amplio y sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar. Sobre cada uno de los mencionados presupuestos es importante tener en cuenta lo siguiente:

Primero. Asumir la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar. El concepto de madre cabeza de familia se refiere a quien brinda un sustento económico, social o afectivo al hogar, por lo cual cumple con sus obligaciones de apoyo, cuidado y manutención. Una madre cabeza de familia también puede ser aquella que no ejerce la maternidad por no tener hijos propios, pero se hace cargo de sus padres o de personas muy allegadas, siempre y cuando estas conformen su núcleo y soporte exclusivo del hogar. Además, una madre cabeza de familia no pierde su condición por el solo hecho de que su hijo alcance la mayoría de edad, pues existen otras circunstancias con las cuales se puede verificar la continuidad en la dependencia, por ejemplo, en el caso de que el hijo se encuentre estudiando y por ese motivo no labore. Sobre este tema se ha considerado que los hijos mayores de 18 años y menores de 25 años que estén estudiando se encuentran “incapacitados para trabajar por razón de sus estudios”, y que por este hecho no se pierde la estabilidad por ser madre cabeza de familia.

Segundo. Asumir la responsabilidad de carácter permanente. Sobre este presupuesto se ha dicho que la sola situación de desempleo, vacancia temporal, ausencia transitoria o prolongada del padre de los hijos de la persona que invoca la estabilidad no constituye un elemento a partir del cual pueda predicarse que tiene la responsabilidad exclusiva del hogar en los términos necesarios para acceder a la estabilidad reforzada en calidad de madre cabeza de familia. Por tanto, es necesario que se evidencie que la responsabilidad es de carácter permanente. Además, esta Corte ha explicado que el trabajo doméstico es un valioso apoyo para la familia que se entiende como aporte social, independientemente de quien lo realice, por lo que la ausencia de ingreso económico fijo para una persona no puede ser utilizada por su pareja para reclamar la condición de cabeza de familia.

Tercero. Relativo al incumplimiento de obligaciones del padre. Este presupuesto busca establecer una auténtica sustracción de los deberes legales de manutención por parte del progenitor de los hijos que conforman el grupo familiar. Se acredita cuando la pareja abandona el hogar, omite el cumplimiento de sus deberes como progenitor, o cuando no asume la responsabilidad que le corresponde en razón a un motivo externo a su voluntad como, por ejemplo, su incapacidad médica o la muerte. En todo caso, para la prueba de este criterio no existe tarifa legal para probar este hecho y al respecto se ha aclarado que las “las autoridades no están autorizadas a exigir un medio de convicción específico que evidencie la sustracción del padre de sus deberes legales.”

Cuarto. Relativo a que no exista un apoyo amplio y sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia. El operador jurídico tiene que valorar las condiciones de quien alega ser cabeza de familia para establecer si recibe un apoyo amplio y sustancial de los demás miembros de la familia, por lo cual esta Corte ha considerado que para el análisis probatorio se puede tener en cuenta “las declaraciones extraprocesales de los solicitantes y personas allegadas, así como sus manifestaciones dentro del proceso de tutela y los procedimientos administrativos adelantados por las entidades respectivas”.

Sobre este criterio se aclara que la protección del derecho fundamental de la madre cabeza de familia no pueden verse frustrado si su familia le brinda un apoyo mínimo, como es lógico, en razón a la solidaridad familiar.

En efecto, lo que se busca con este presupuesto es establecer que la accionante requiera la estabilidad reforzada ante situaciones en las que vea afectado su mínimo vital y el de sus hijos. Así, sería entendible que no se conceda la protección cuando, por ejemplo, una mujer tenga sus hijos y viva bajo el mismo techo de sus padres, quienes le brindan un apoyo económico. Por el contrario, es claro que el solo hecho de que la madre cabeza de familia reciba algún beneficio o ayuda de su familia no desacredita su afectación al mínimo vital y que su derecho fundamental a la estabilidad reforzada se debe proteger en razón a la autonomía a la que tiene derecho toda persona para su propio sostenimiento. “

En la sentencia de tutela T.084-2018 de fecha 05 de marzo de 2018, magistrada ponente Gloria Estella Ortiz Delgado se manifestó lo siguiente

*“Adicionalmente, es necesario resaltar que existe una regla de interpretación para verificar el cumplimiento de los anteriores requisitos. En efecto, la Corte Constitucional ha señalado que la condición de madre cabeza de familia **no depende de una formalidad jurídica sino de las circunstancias materiales que la configuran.***

En este orden de ideas, conviene resaltar que el análisis probatorio que ha llevado a cabo la Corte Constitucional para establecer que una persona reúne las condiciones necesarias para considerarse madre o padre cabeza de familia de conformidad con el ordenamiento jurídico, se ha fundamentado en distintos medios de convicción, entre los cuales se encuentran con frecuencia las declaraciones extraprocesales de los solicitantes y personas allegadas así como sus manifestaciones dentro del proceso de tutela y los procedimientos administrativos adelantados por las entidades respectivas.

*1. Finalmente, la Corte Constitucional ha sostenido que la constatación de los requisitos para acreditar la calidad de madre o padre cabeza de familia **deberá adelantarse en el marco de un procedimiento administrativo con respeto al derecho al debido proceso,** “en el cual la autoridad respectiva valore todas las pruebas que se someten a su consideración y que le permitan decidir con certeza que las trabajadoras [o trabajadores] no cumplen con las condiciones para ser considerados madres o padres cabeza de familia”.*

Esta conclusión se fundamenta, a su turno, en dos razones. Por una parte, en el mandato previsto en el artículo 29 Superior, de conformidad con el cual “[e]l debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”. Por otra, en la especial protección constitucional de la cual son titulares las madres y padres cabeza de familia, quienes pueden quedar en situación de vulnerabilidad en caso de perder su empleo.

Ahora bien, en cuanto al contenido del derecho fundamental al debido proceso, este Tribunal ha expresado que, entre las garantías que conforman el núcleo esencial del debido proceso se encuentran “el derecho al juez natural, el derecho a un proceso público, el derecho a la independencia e imparcialidad del juez, el derecho a presentar pruebas y

controvertirlas, el derecho a impugnar la sentencia condenatoria, y el derecho a la defensa entendido como el empleo de todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y obtener una decisión favorable”.

En consecuencia, de conformidad con lo expuesto anteriormente, existe un mandato constitucional y legal de protección especial a la mujer cabeza de familia, el cual ha sido implementado mediante acciones afirmativas orientadas al logro de la igualdad material entre ambos sexos. No obstante, algunas de estas medidas pueden extenderse también a los padres cabeza de familia, en razón del interés superior de los niños, niñas y adolescentes y con fundamento en la garantía de los derechos de las personas en situación de discapacidad.

Así pues, la condición de madre cabeza de familia requiere la confluencia de los siguientes elementos, a saber: (i) que la mujer tenga a su cargo la responsabilidad de hijos menores de edad o de otras personas “incapacitadas” para trabajar¹; (ii) que la responsabilidad exclusiva de la mujer en la jefatura del hogar sea de carácter permanente; (iii) que exista una auténtica sustracción de los deberes legales de manutención por parte de la pareja o del padre de los menores de edad a cargo; y (iv) que exista una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia. De igual modo, la verificación de las circunstancias anteriormente enunciadas debe realizarse en el marco de un procedimiento administrativo, que otorgue la plenitud de las garantías propias del derecho fundamental al debido proceso.”

Para abordar el tema objeto de estudio se entrara analizar la procedencia de la presente acción de tutela conforme los lineamientos establecidos por la Corte Constitucional.

Procedencia excepcional de la acción de tutela frente a actos administrativos. Verificación de requisitos de subsidiaridad e inmediatez

La acción de tutela fue regulada en el Artículo 86 de la Constitución Nacional como un mecanismo judicial autónomo, subsidiario y sumario, que le permite a los habitantes del territorio nacional acceder a una herramienta de protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando estos resulten amenazados o vulnerados por las autoridades públicas, o incluso por particulares, según lo determinado en el Artículo 42 del Decreto 2591 de 1991.

Para que proceda este medio privilegiado de protección se requiere que dentro del ordenamiento jurídico colombiano no exista otro medio de defensa judicial que permita garantizar el amparo deprecado, o que existiendo este, se promueva para precaver un perjuicio irremediable caso en el cual procederá como mecanismo transitorio.

De esta manera, en el marco del principio de subsidiaridad, es dable afirmar que “la acción de tutela, en términos generales, no puede ser utilizada como un medio judicial alternativo, adicional o complementario de los establecidos por la ley para la defensa de los derechos, pues con ella no se busca remplazar los procesos ordinarios o especiales y, menos aún, desconocer los mecanismos impuestos (dentro) de estos procesos para controvertir las decisiones que se adopten”.

Puntualmente, en cuanto a la acción de tutela adelantada contra actos administrativos, la posición sentada por la Corte Constitucional ha reiterado que, en principio, resulta improcedente, dado que el legislador determinó, por medio de la regulación administrativa y contencioso administrativa, los mecanismos judiciales pertinentes para que los

¹ Este requisito se entiende en los términos del fundamento jurídico 32 de la presente decisión.

ciudadanos puedan comparecer al proceso ordinario respectivo y ejercer su derecho de defensa y contradicción, dentro de términos razonables. En la sentencia T-957 de 2011, la Corte Constitucional se pronunció en el siguiente sentido:

“(…) la competencia en estos asuntos ha sido asignada de manera exclusiva, por el ordenamiento jurídico, a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, juez natural de este tipo de procedimientos, cuya estructura permite un amplio debate probatorio frente a las circunstancias que podrían implicar una actuación de la administración contraria al mandato de legalidad”.

Debe tenerse en cuenta que el legislador adelantó un trabajo exhaustivo para la expedición de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, con el fin de ofrecer un sistema administrativo que responda de manera idónea y oportuna a los requerimientos de los ciudadanos, todo bajo la luz de la eficacia, la economía y la celeridad, entre otros principios.

En atención a ello, los mecanismos ordinarios deben utilizarse de manera preferente, incluso cuando se pretenda la protección de un derecho fundamental. No obstante, en este caso, se deberá evaluar que el mecanismo ordinario ofrezca una protección “cierta, efectiva y concreta del derecho, al punto que sea la misma que podría brindarse por medio de la acción de amparo.

Al respecto, en la Sentencia T-007 de 2008 la Corte Constitucional, después de hacer un análisis concentrado de este tema, manifestó lo siguiente:

“En aquellos casos en que se constata la existencia de otro medio de defensa judicial, establecer la idoneidad del mecanismo de protección alternativo supone en los términos del Artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, que el otro medio de defensa judicial debe ser evaluado en concreto, es decir, teniendo en cuenta su eficacia en las circunstancias específicas que se invoquen en la tutela.^[7] Por tal razón, el juez de la causa, debe establecer si ese mecanismo permite brindar una solución “clara, definitiva y precisa”^[8] a los acontecimientos que se ponen en consideración en el debate constitucional, y su habilidad para proteger los derechos invocados. En consecuencia, “el otro medio de defensa judicial existente, debe, en términos cualitativos, ofrecer la misma protección que el juez constitucional podría otorgar a través del mecanismo excepcional de la tutela.^[9]”

En el mismo pronunciamiento jurisprudencial, se citó la Sentencia T-822 de 2002, según la cual, como criterio de referencia, se deberá tener en cuenta “(a) el objeto del proceso judicial que se considera que desplaza a la acción de tutela y (b) el resultado previsible de acudir al otro medio de defensa judicial respecto de la protección eficaz y oportuna de los derechos fundamentales.”

Así mismo respecto al principio de subsidiariedad de la acción de tutela en pronunciamiento de la H. Corte Constitucional T 150 de 2016, indico lo siguiente:

“EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA. REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA”

“El principio de subsidiariedad de la tutela aparece claramente expresado en el artículo 86 de la Constitución, al precisarse en él que: “Esta acción solo 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”.

“Respecto de dicho mandato esta Corporación ha expresado en innumerables pronunciamientos, que aun cuando la acción de tutela ha sido prevista como un instrumento de defensa judicial para la protección inmediata de los derechos fundamentales, la propia Carta Política le reconoce a la misma un carácter subsidiario y residual, lo cual significa que solo es procedente supletivamente, es decir, cuando no existan otros medios de defensa a los que se pueda acudir, o cuando existiendo éstos, se promueva para precaver la ocurrencia de un perjuicio irremediable.”

“Ha manifestado así mismo la Corte que, en cuanto el ordenamiento jurídico cuenta con un sistema judicial de protección de los derechos constitucionales, incluyendo, por supuesto, los que tienen la connotación de fundamentales, la procedencia excepcional de la tutela se justifica en razón a la necesidad de preservar el orden regular de competencias asignadas por la ley a las distintas autoridades jurisdiccionales, buscando con ello no solo impedir su paulatina desarticulación sino, también, garantizar el principio de seguridad jurídica.”

“Ha destacado la jurisprudencia que la protección de los derechos constitucionales no es un asunto que haya sido reservado exclusivamente a la acción de tutela. En la medida en que la Constitución del 91 le impone a las autoridades de la República la obligación de proteger a todas las personas en sus derechos y libertades (C.P. art. 2°), se debe entender que los diversos mecanismos judiciales de defensa previstos en la ley han sido estatuidos para garantizar la vigencia de los derechos constitucionales, incluidos los de carácter fundamental. De ahí que la propia Carta le haya reconocido a la tutela un carácter subsidiario frente a los demás medios de defensa judicial, los cuales se constituyen entonces en los instrumentos preferentes a los que deben acudir las personas para lograr la protección de sus derechos.” Sobre el punto, ha dicho la Corte: “[L]a acción de tutela como mecanismo de protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales debe ser entendida como un instrumento integrado al ordenamiento jurídico, de manera que su efectiva aplicación sólo tiene lugar cuando dentro de los diversos medios que aquél ofrece para la realización de los derechos, no exista alguno que resulte idóneo para proteger instantánea y objetivamente el que aparece vulnerado o es objeto de amenaza por virtud de una conducta positiva o negativa de una autoridad pública o de particulares en los casos señalados por la ley, a través de una valoración que siempre se hace en concreto, tomando en consideración las circunstancias del caso y la situación de la persona, eventualmente afectada con la acción u omisión. No puede existir concurrencia de medios judiciales, pues siempre prevalece la acción ordinaria; de ahí que se afirme que la tutela no es un medio adicional o complementario, pues su carácter y esencia es ser único medio de protección que, al afectado en sus derechos fundamentales, brinda el ordenamiento jurídico” (Subraya fuera del texto original).

“Conforme con su diseño constitucional, la tutela fue concebida como una institución procesal dirigida a garantizar “una protección efectiva y actual, pero supletoria, de los derechos constitucionales fundamentales”, razón por la cual no puede ser utilizada como un medio judicial alternativo, adicional o complementario de los establecidos por la ley para la defensa de los derechos, pues con ella no se busca reemplazar los procesos ordinarios o especiales y, menos aún, desconocer los mecanismos dispuestos en estos procesos para controvertir las decisiones que se adopten.”

“El carácter subsidiario de la acción de tutela impone al interesado la obligación de desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha los medios ordinarios de defensa ofrecidos dentro del ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos fundamentales. Tal imperativo constitucional pone de relieve que para acudir a la acción de tutela el peticionario debe haber actuado con diligencia en los procesos y procedimientos ordinarios, pero también que la falta injustificada de agotamiento de los recursos legales deviene en la improcedencia del mecanismo de amparo establecido en el artículo 86 Superior.”

“No obstante lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha establecido dos excepciones al principio de subsidiariedad de la acción de tutela: (i) la primera, está consignada en el propio artículo 86 Constitucional al indicar que aun cuando existan otros medios de defensa judicial, la tutela es procedente si con ella se pretende evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. (ii) La segunda, prevista en el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, reglamentario de la acción de tutela, señala que también procede la acción de tutela cuando el mecanismo ordinario de defensa no es idóneo, ni eficaz para la protección inmediata y plena de los derechos fundamentales en juego, caso en el cual opera como mecanismo definitivo de protección. De este modo, en las dos situaciones descritas, se ha considerado que la tutela es el mecanismo procedente para proteger, de manera transitoria o definitiva, los derechos fundamentales, según lo determine el juez de acuerdo con las circunstancias que rodean el caso concreto.”

“En cuanto a la primera excepción, es decir, la relativa a evitar un perjuicio irremediable, parte de la consideración de que la persona cuenta con un medio idóneo y eficaz para la defensa de sus derechos fundamentales, pero que, con miras a evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, la tutela se convierte en un mecanismo procedente para brindarle la protección transitoria a sus derechos fundamentales, mientras el juez natural resuelve el caso.” “Al respecto, la jurisprudencia “ha precisado que únicamente se considerará que un perjuicio es irremediable cuando, de conformidad con las circunstancias del caso particular, sea: (a) cierto e inminente –esto es, que no se deba a meras conjeturas o especulaciones, sino a una apreciación razonable de hechos ciertos-, (b) grave, desde el punto de vista del bien o interés jurídico que lesionaría, y de la importancia de dicho bien o interés para el afectado, y (c) de urgente atención, en el sentido de que sea necesaria e inaplazable su prevención o mitigación para evitar que se consume un daño antijurídico en forma irreparable.” “Siguiendo estos criterios, la Corte ha conceptualizado el perjuicio irremediable en los siguientes términos:”

“(…) De acuerdo con la doctrina constitucional pertinente, un perjuicio irremediable se configura 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. Sobre las características jurídicas del perjuicio irremediable la Corte dice en su jurisprudencia lo siguiente:” “En primer lugar, el perjuicio debe ser inminente o próximo a suceder. Este exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren, tomando en cuenta, además, la causa del daño. En segundo lugar, el perjuicio ha de ser grave, es decir, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica. En tercer lugar, deben requerirse medidas urgentes para superar el daño, entendidas éstas desde una doble perspectiva: como una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y como respuesta que armonice con las particularidades del caso. Por último, las medidas de protección deben ser impostergables, esto es, que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable”.

“Adicionalmente, es importante indicar que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha considerado como condición necesaria para establecer la procedencia de la acción de tutela, que el perjuicio irremediable se encuentre acreditado en el expediente, así sea en forma sumaria. No obstante, la Corporación ha aclarado que el accionante puede cumplir con esta carga, mencionando al menos los hechos que le permitan al juez deducir la existencia de un perjuicio irremediable, en consideración a la jerarquía de los derechos cuyo amparo se solicita mediante la acción de tutela y a la naturaleza informal de este mecanismo de defensa judicial. Específicamente ha dicho la Corte:” “No obstante, aunque la prueba del perjuicio irremediable es requisito de la procedencia de la tutela, la Corte ha sostenido que la misma no está sometida a rigurosas formalidades. Atendiendo a la naturaleza informal y pública de la acción de tutela, así como a la jerarquía de los derechos

cuya protección se solicita, la prueba del perjuicio irremediable puede ser inferida de las piezas procesales. Así pues, al afectado no le basta con afirmar que su derecho fundamental se enfrenta a un perjuicio irremediable, es indispensable que, atendiendo a sus condiciones personales, explique en qué consiste dicho perjuicio, señale las condiciones que lo enfrentan al mismo y aporte mínimos elementos de juicio que le permitan al juez de tutela verificar la existencia del elemento en cuestión”.

“En cuanto a la segunda excepción, es decir, la relativa a que el medio de defensa ordinario no sea eficaz ni idóneo para la protección de derechos fundamentales, ha dicho la Corporación que, al evaluar el mecanismo alternativo del ordenamiento jurídico, éste “(...) tiene que ser suficiente para que a través de él se restablezca el derecho fundamental violado o se proteja de su amenaza, es decir, tiene que existir una relación directa entre el medio de defensa judicial y la efectividad del derecho. Dicho de otra manera, el medio debe ser idóneo para lograr el cometido concreto, cierto, real, a que aspira la Constitución cuando consagra ese derecho”.

Así las cosas, si el medio judicial concreto no cumple con dichas características, y por el contrario, el derecho fundamental en juego no puede ser restablecido, procede la solicitud de amparo constitucional como medio definitivo de protección al bien jurídico.”

En síntesis, la tutela no puede utilizarse para desplazar al juez ordinario de la resolución de los procesos que por ley le corresponde tramitar, y que solo subsidiariamente, en casos de inminente perjuicio para los derechos fundamentales, aquella puede invocarse para pedir una protección transitoria, o una protección definitiva, en eventos excepcionales definidos por la jurisprudencia. Cuando se invoca el perjuicio irremediable, el actor debe acreditarlo o aportar mínimos elementos de juicio que le permitan al juez de tutela verificar la existencia de este elemento.

Caso concreto

En el acápite de hechos de la acción de tutela, El accionante aduce que la señora MARIA EUGENIA LUNA DIAZ fue nombrada en provisionalidad mediante Decreto No. 001850 del 30 de noviembre de 2015, emanado de la Secretaria de Educación Departamental del Caquetá, como DOCENTE de la Planta Global de la secretaria De Educación Departamental del Caquetá, en la I.E.R. El Dorado sede Dorado del Municipio de Albania Caquetá.

Que Mediante Oficio No.CAQ2021EE015115 del 08 de mayo de 2021 la Secretaría de Educación departamental del Caquetá comunica el contenido del Decreto 000222 del 16 de abril de 2021 mediante el cual se da por terminado el nombramiento provisional, procediendo a su desvinculación.

Así mismo, indica que con oficio radicado CAQ2021ER010773 la señora MARIA EUGENIA LUNA DIAZ, radico Derecho de Petición ante la Secretaría de Educación Departamental exponiendo las circunstancias especiales de vulnerabilidad en que se encuentra, como quiera que estaba en proceso la ubicación de los docentes que aprobaron el concurso posconflicto. Esto en razón a que la misma es un sujeto de especial protección al haber sido violentada en sus derechos, tal y como lo certifica la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas en oficio del 8 de febrero de 2019, en donde se reportan los hechos victimizantes de amenazas y desplazamiento forzado desde el 10 de febrero de 2013. Igualmente aduce que MARIA EUGENIA LUNA DIAZ posee la Calidad de Madre Cabeza de Familia, respondiendo y teniendo bajo su cuidado, protección y manutención a su señora madre quien es una adulta mayor de 74 años quien posee afecciones de salud tales como hipertensión y diabetes, quien depende económicamente de su hija María Eugenia. Además tiene la responsabilidad permanente, teniendo bajo su cuidado, protección y manutención a su hijo Arnold Fabián Bernal Luna, quien es

incapacitado para trabajar, por padecer una discapacidad psicomotora que le impide valerse por sí mismo.

En primer lugar y haciendo un análisis sobre la procedencia de la Acción de Tutela de conformidad con el Decreto 2591 de 1991, existen unas causales de improcedencia, que indica que cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales no procede la acción de tutela, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En este sentido, se debe analizar el principio de subsidiariedad, conforme al artículo 86 de la Constitución, que implica que la acción de tutela solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que esta se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En otras palabras, las personas deben hacer uso de todos los recursos ordinarios y extraordinarios que el sistema judicial ha dispuesto para conjurar la situación que amenaza o lesiona sus derechos, de tal manera que se impida el uso indebido de este mecanismo constitucional como vía preferente o instancia judicial adicional de protección.

No obstante, como ha sido reiterado por la jurisprudencia constitucional, el presupuesto de subsidiariedad que rige la acción de tutela, debe analizarse en cada caso concreto. Por ende, en aquellos eventos en los que existan otros medios de defensa judicial, la Jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional ha determinado que existen dos excepciones que justifican su procedibilidad:

- (i) cuando el medio de defensa judicial dispuesto por la ley para resolver las controversias no es **idóneo y eficaz** conforme a las especiales circunstancias del caso estudiado, procede el amparo como mecanismo definitivo; y,
- (ii) cuando, pese a existir un medio de defensa judicial idóneo, éste no impide la ocurrencia de un **perjuicio irremediable**, caso en el cual la acción de tutela procede como **mecanismo transitorio**.

Adicionalmente, cuando el amparo es promovido por personas que requieren especial protección constitucional, como niños, niñas y adolescentes, mujeres en estado de gestación o de lactancia, madres cabeza de familia, personas en situación de discapacidad, de la tercera edad o población desplazada, entre otros, el examen de procedencia de la tutela se hace menos estricto, a través de criterios de análisis más amplios, pero no menos rigurosos.

Entonces conforme las reglas antes enunciadas, este operador constitucional verifica que existen otros medios judiciales, que pueden ser utilizados por el accionante para resolver la controversia objeto de estudio, pues existe en la Ley un medio de defensa dispuesto para tal fin, acudiendo ante la Jurisdicción ordinaria y/o contenciosa administrativa, el cual es el mecanismo idóneo y eficaz para solucionar dicho conflicto. Es de recordar que el accionante puede instaurar las demandas ante la jurisdicción correspondiente e interponer ante el juez natural medidas previas con el fin de evitar la posible vulneración a sus derechos.

Encuentra este despacho judicial, que no se vislumbra la ocurrencia de un perjuicio irremediable, como tampoco se probó que este latente este perjuicio para la señora MARIA EUGENIA LUNA DIAZ, pues en el escrito de tutela y en sus anexos no se indica el perjuicio que se intenta evitar al interponer la presente acción de tutela, pues recordemos que el caso objeto de estudio radica en reintegrar a la señora MARIA EUGENIA LUNA DIAZ en un cargo de docente igual o de mejor rango al que venía desempeñando, se reconozca fuero

especial por la condición de madre cabeza de familia, víctima de la violencia y el pago de los salarios, prestaciones sociales y aportes a seguridad social desde el momento de la desvinculación y hasta que el reintegro se materialice, pues dice que cumple con los presupuestos y requisitos establecidos por la Honorable Corte Constitucional para que sea reconocida su condición, y de esta forma sea tratado como persona de especial protección constitucional.

Y respecto a la condición de madre cabeza de familia indica que *MARIA EUGENIA LUNA DIAZ tiene bajo su cuidado, protección y manutención a su señora madre quien es una adulta mayor de 74 años quien posee afecciones de salud tales como hipertensión y diabetes, quien depende económicamente de su hija María Eugenia. Además tiene la responsabilidad permanente, teniendo bajo su cuidado, protección y manutención a su hijo Arnold Fabián Bernal Luna, quien es incapacitado para trabajar, por padecer una discapacidad psicomotora que le impide valerse por sí mismo.*

Por otra parte, en principio la señora MARIA EUGENCIA LUNA DIAZ por lo mencionado en el escrito de la tutela es Madre cabeza de familia, y por ende puede tener derecho a una estabilidad laboral reforzada, no obstante, es pertinente indicar que dicha protección no opera de manera automática y es indispensable acreditar las condiciones específicas para su aplicación. Por lo tanto, considero que esta valoración corresponde al juez de lo contencioso administrativo y no al fallador de tutela, dado que las atribuciones de este último *“no revisten la declaración de derechos sino la salvaguarda de aquellos”*. Por tanto, estimó que no se satisface el requisito de subsidiariedad de la tutela.

Teniendo en cuenta lo establecido por la Corte Constitucional, ***la condición de madre cabeza de familia que se extiende también para el de padre cabeza de familia, requiere la confluencia de los siguientes elementos, a saber: (i) que la mujer tenga a su cargo la responsabilidad de hijos menores de edad o de otras personas “incapacitadas” para trabajar²; (ii) que la responsabilidad exclusiva de la mujer en la jefatura del hogar sea de carácter permanente; (iii) que exista una auténtica sustracción de los deberes legales de manutención por parte de la pareja o del padre de los menores de edad a cargo; y (iv) que exista una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia. De igual modo, la verificación de las circunstancias anteriormente enunciadas debe realizarse en el marco de un procedimiento administrativo, que otorgue la plenitud de las garantías propias del derecho fundamental al debido proceso.”***

Presupuestos que no concurren entre sí, pues no quedo debidamente demostrado por parte del accionante la condición de madre cabeza de familia, y que para probar dicha condición allegó con la solicitud de protección laboral fotocopia de la cédula de ciudadanía, fotocopia de la cédula de hijo y madre, historia clínica por consulta externa, Historia clínica de María Luz (madre) dos registros civiles de nacimiento de la mamá e hijo, sin embargo no acreditó que el padre se sustrae del cumplimiento de sus obligaciones o no asume la responsabilidad que le corresponde, así como tampoco que no cuenta con la ayuda de otros miembros de la familia, igualmente tampoco probó dichos presupuestos frente a sus padres ya sea porque es hija única, no probó si tiene cuotas de alimentos fijada, si existen hermanos que se sustraen de las obligaciones alimentarias, y allega 4 declaraciones extrajuicio ante notario, en la que los declarantes manifiestan bajo la gravedad de juramento que la señora MARIA EUGENIA LUNA DIAZ , es madre cabeza de familia por tener a cargo a su hijo y madre, sobre la declaración extrajuicio la jurisprudencia ha señalado que no es una prueba para acreditar tal condición, sino que ello depende de los

² Este requisito se entiende en los términos del fundamento jurídico 32 de la presente decisión.

presupuestos fácticos del caso concreto, y en el presente caso se reitera que la accionante no demostró la calidad de madre cabeza de familia.

Así mismo, el despacho desconoce la existencia de la familia extensa esto es, hermanos, familiares, hijos mayores de edad, que tienen el deber legal de brindar alimentos a sus padres cuando estos no puedan trabajar o se encuentren en situación de desprotección. Por lo tanto, para este Juez constitucional no se cumplen los presupuestos establecidos para tener la condición de madre cabeza de familia, pues no basta afirmar tal situación, sino que es indispensable que tal condición quede demostrada y probada a través de los diferentes medios probatorios que existen para tal fin.

Igualmente, no se tiene conocimiento si la demandante efectivamente se encuentra en condición de debilidad manifiesta, pues no se indica en el escrito de la tutela si la señora MARIA EUGENIA LUNA DIAZ vive en arriendo, o si por el contrario tiene vivienda propia, se desconoce si tiene deudas, hipotecas u obligaciones que se encuentren pendientes por pagar, en cobro pre jurídico que indiquen que debido al desempleo, que actualmente no tiene solvencia económica para cubrir sus gastos de manutención, vivienda y salud.

Conforme a lo expuesto este Juez desde ya declara que la presente acción constitucional se torna improcedente pues no se vislumbra la existencia de vulneración al derecho fundamental al trabajo, dignidad humana, estabilidad laboral reforzada por ser Madre cabeza de familia, señalado por el accionante, quien debió anexar en la presente acción de tutela, pruebas con las cuales se demuestre la afectación al derecho fundamental invocado; pues no basta indicar que se le está vulnerando sus derechos fundamentales, sino que debió aportar al expediente de tutela prueba sumaria que demuestre la situación actual de la señora MARIA EUGENIA LUNA DIAZ, lo cual como se indicó no obra en la acción de tutela.

De otra parte, surge de los hechos y pretensiones que la presente acción constitucional se instaura con el fin de que se tutelen sus derechos fundamentales y en consecuencia se reconozca a la señora MARÍA EUGENIA LUNA DIAZ fuero laboral especial dado las condiciones especiales de Madre cabeza de Familia, Víctima de la Violencia; procediéndose al REINTEGRO de la señora MARÍA EUGENIA LUNA DIAZ en un cargo de igual o mejor rango al que venía desempeñando. Y se ordene el pago de los salarios, prestaciones sociales y aportes a Seguridad Social desde el momento de su desvinculación y hasta que el reintegro se materialice, situación que denota que las reclamaciones que se hacen en esta tutela no son de carácter constitucional fundamental sino legal, siendo entonces que estas pretensiones son reclamables ante el juez natural que el legislador ha creado para que resuelva los conflictos que se presenten en las relaciones con sus asociados, llevando a concluir que le compete al interesado en este caso acudir ante la jurisdicción contenciosa administrativa, la cual está encargada de dirimir este tipo de litigios.

Es importante, también recalcar que tampoco se demostró la ocurrencia de un perjuicio irremediable para que tuviera procedencia esta acción constitucional, recordemos que el perjuicio irremediable debe reunir las características de urgencia, gravedad, inminencia e imposterabilidad, acreditadas por lo menos sumariamente, para lograr la protección de los derechos en sede de tutela, ya que la informalidad de esta acción de tutela no exime al demandante de probar, aun mínimamente, los hechos base de sus pretensiones.

Por consiguiente, y de conformidad con la antes expuesto se advierte al accionante que tiene la acción correspondiente por la vía ordinaria laboral o contenciosa administrativa según sea el caso, para que la ejerza y mediante esta solicite dichas pretensiones,

correspondiéndole entonces a YEISON MAURICIO COY ARENAS QUIEN ACTUA COMO APODERADO DE MARIA EUGENIA LUNA DIAZ, procurarse dicho medio, agotando previamente, todos los medios que le brinda la jurisdicción contenciosa en estos casos donde se pretende que se reintegre a la actora al mismo cargo que tenía a uno de mejores condiciones, y se le paguen los salarios, prestaciones sociales y aportes a Seguridad Social desde el momento de su desvinculación y hasta que el reintegro se materialice, por cuando es este el juez natural que debe conocer de este tipo de controversias, pues como se ha indicado en párrafos anteriores este mecanismo (tutela) no puede desplazarlo, ni ser considerada en sí misma una instancia más en un proceso de índole legal y no constitucional, ni tampoco es un mecanismo de defensa que supla los ya existentes.

La finalidad de la acción constitucional de tutela entonces es la de proteger derechos, ligados en gran medida con los derechos fundamentales, los cuales redundan como garantía en la individualidad y la dignidad humana, protegidos por esta vía cuando se demuestre que existe afectación subjetiva o individual al Accionante.

Entonces, mal podría este caso, definirse mediante la Acción de tutela, y en consecuencia ordenarse emitir una orden en los términos pretendidos por el Accionante, a sabiendas de que existe otro mecanismo al cual debe acudir, como se ha venido reiterando la naturaleza subsidiaria de la acción de tutela, como mecanismo de protección de los derechos fundamentales, no permite en el presente caso su aplicación, pues es un tema que debe ser solucionado en los términos indicados, motivo por el que se negará la solicitud de amparo de derechos solicitada, por improcedente.

Insiste una vez más el despacho, no encuentra la ocurrencia de un perjuicio irremediable que imponga su intervención excepcional, pese a existir otra vía alterna para la solución a las pretensiones del actor, porque como se dijo, en el caso de autos no se puede pretender que hay vulneración o flagrante conculcación de derechos fundamentales y constitucionales, para que el juez de tutela intervenga en asuntos administrativos internos y en asuntos contractuales, además al accionante no le está vedado de acudir a otras instancias judiciales, la cual en su momento y con el lleno de los requisitos de ley le será definida su situación.

Bajo tales precisiones, y encontrando que El accionante cuenta con diferentes mecanismos que le brindan luces sobre el asunto, y no observando la posible materialización de un perjuicio irremediable, máxime cuando no fue demostrado por el actor, el Juzgado predicará la improcedencia de la acción, y como consecuencia, se negará el amparo solicitado.

Conforme a lo anterior se concluye que en el presente caso no se han amenazado los derechos fundamentales invocados por el apoderado de MARIA EUGENIA LUNA DIAZ, como vulnerados por parte de la GOBERNACION DEL DEPARTAMENTO DEL CAQUETA - SECRETARIA SALUD DEPARTAMENTAL, razón por la cual se declara improcedente la presente acción de tutela y no acceder al reclamo constitucional del accionante.

De conformidad a lo anterior entrará el despacho a tomar la decisión que corresponde.

Parte Dispositiva.

Son suficientes las anteriores consideraciones para que este Despacho, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

V. RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR POR IMPROCEDENTE la acción de tutela interpuesta por YEISON MAURICIO COY ARENAS QUIEN ACTÚA COMO APODERADO DE MARIA EUGENIA LUNA DIAZ en contra de la GOBERNACION DEL CAQUETA - SECRETARIA DE EDUCACION DEPARTAMENTAL DEL CAQUETA, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: Notifíquese a las partes e intervinientes por el medio más expedito posible, advirtiéndoles que esta decisión podrá ser impugnada dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación.

TERCERO: En el evento de no ser impugnada esta providencia, se enviará al día siguiente el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

CUARTO: Si la tutela es excluida de Revisión, archívese de forma definitiva una vez regrese de la Corte Constitucional.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



FREDDY ESPINDOLA SOTO

JUEZ PRIMERA PENAL MUNICIPAL DE FLORENCIA