

Sentencia T-628/12

PROGRAMA HOGARES COMUNITARIOS DE BIENESTAR-Régimen jurídico

PROGRAMA HOGARES COMUNITARIOS DE BIENESTAR-Acciones

PROGRAMA HOGARES COMUNITARIOS DE BIENESTAR-Competencias

PROGRAMA HOGARES COMUNITARIOS DE BIENESTAR-Características

PROGRAMA HOGARES COMUNITARIOS DE BIENESTAR-Recursos

MADRES COMUNITARIAS DEL PROGRAMA HOGARES COMUNITARIOS DE BIENESTAR-Régimen jurídico

MADRES COMUNITARIAS DEL PROGRAMA HOGARES COMUNITARIOS DE BIENESTAR-Naturaleza jurídica

MADRES COMUNITARIAS DEL PROGRAMA HOGARES COMUNITARIOS DE BIENESTAR-Retribución económica a cambio de prestación de servicios personales

MADRES COMUNITARIAS DEL PROGRAMA HOGARES COMUNITARIOS DE BIENESTAR-Diferencia con régimen de trabajadores independientes

CIERRE Y REUBICACION DE HOGARES COMUNITARIOS DE BIENESTAR-Régimen jurídico

CIERRE Y REUBICACION DE HOGARES COMUNITARIOS DE BIENESTAR-Competencia

CIERRE Y REUBICACION DE HOGARES COMUNITARIOS DE BIENESTAR-Clases

CIERRE Y REUBICACION DE HOGARES COMUNITARIOS DE BIENESTAR-Causales

CIERRE Y REUBICACION DE HOGARES COMUNITARIOS DE BIENESTAR- Procedimiento

CIERRE Y REUBICACION DE HOGARES COMUNITARIOS DE BIENESTAR- Sustitución temporal de madres comunitarias

ACCION DE TUTELA PARA CONTROVERTIR ACTOS ADMINISTRATIVOS- Procedencia excepcional cuando existen otros mecanismos judiciales

PERSONA PORTADORA DE VIH/SIDA- Sujeto de especial protección constitucional

ACCION DE TUTELA DE PERSONA PORTADORA DE VIH/SIDA PARA SOLICITAR PRESTACIONES ECONOMICAS- Procedencia por carencia de ingresos económicos y mal estado de salud

DISCRIMINACION DE PERSONAS PORTADORAS DE VIH/SIDA- Violación de derechos fundamentales

DISCRIMINACION DE PERSONAS PORTADORAS DE VIH/SIDA- Aplicación a madres comunitarias del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar

PRESUNCION DE DISCRIMINACION- Se invierte la carga de la prueba a favor de la persona que denuncia haberla sufrido

DISCRIMINACION DE PERSONAS PORTADORAS DE VIH/SIDA- Inversión de la carga de la prueba

CIERRE DE HOGAR COMUNITARIO- Discriminación a madre comunitaria por su condición de portadora de VIH/SIDA

DERECHO A LA IGUALDAD, DIGNIDAD HUMANA Y SEGURIDAD SOCIAL DE MADRE COMUNITARIA PORTADORA DE VIH/SIDA- Vulneración por cierre de hogar comunitario

DERECHO AL DEBIDO PROCESO DE MADRE COMUNITARIA PORTADORA DE VIH/SIDA- Violación por cuanto ICBF no llevo a cabo con apego a las normas el procedimiento administrativo de cierre de hogar comunitario

DERECHO A LA IGUALDAD, DIGNIDAD HUMANA, SALUD, SEGURIDAD SOCIAL, INTIMIDAD Y DEBIDO PROCESO-Dejar sin efectos resolución expedida por ICBF que decretó cierre definitivo de hogar comunitario

ACCION DE TUTELA CONTRA ICBF-Asegurar continuidad como madre comunitaria del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar

ACCION DE TUTELA CONTRA ICBF-Afiliación al sistema contributivo de salud y pensiones de madre comunitaria

ACCION DE TUTELA CONTRA ICBF-Pago de cotizaciones al fondo de pensiones al cual está afiliada madre comunitaria

ACCION DE TUTELA CONTRA ICBF-Asesoría para tramitar pensión de invalidez en caso de incapacidad permanente de madre comunitaria

ACCION DE TUTELA CONTRA ICBF-Diseñar protocolo de actuación dirigido a funcionarios del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar cuando madre comunitaria manifieste ser portadora de VIH/SIDA para garantizar la salud de niños y niñas

DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL-Reconocimiento y protección

DERECHO A LA INTIMIDAD-Información protegida de la condición de portador de VIH/SIDA

ACCION DE TUTELA CONTRA ICBF-Llamado a prevención para que se abstenga de divulgar datos personales y diagnóstico médico de madres comunitarias portadoras de VIH/SIDA

RELACION ENTRE ESTADO Y MADRES COMUNITARIAS FRENTE AL DERECHO A LA IGUALDAD SEXUAL-Normas legales y reglamentarias vigentes

RELACION ENTRE ESTADO Y MADRES COMUNITARIAS FRENTE AL DERECHO A LA IGUALDAD SEXUAL-Ambito internacional

RELACION ENTRE ESTADO Y MADRES COMUNITARIAS FRENTE AL DERECHO A LA IGUALDAD SEXUAL-
Obligación estatal de eliminar toda forma de discriminación contra la mujer

PROGRAMA HOGARES COMUNITARIOS DE BIENESTAR-Exclusión de relación laboral entre madres comunitarias, ICBF y asociaciones no es violatorio del derecho a la igualdad de las mujeres

PRINCIPIO DE PRIMACIA DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMALIDADES-Madre comunitaria puede solicitar el reconocimiento de una relación laboral

DERECHO A LA IGUALDAD-Serán violatorias las diferencias entre régimen de trabajo subordinado y régimen especial de madres comunitarias que configuren discriminación contra la mujer

DERECHO A LA IGUALDAD DE LAS MUJERES-Discriminación por cuanto retribución económica de madres comunitarias no equivale a un salario mínimo legal mensual de los trabajadores subordinados

ACCION DE TUTELA CONTRA ICBF-Iniciar y coordinar proceso interinstitucional y participativo de diseño y adopción de medidas para que madres comunitarias devenguen un salario mínimo legal mensual vigente

Referencia: expediente T-2.403.984

Acción de tutela instaurada por AA contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) y la Asociación BB.

Magistrado Ponente:
HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá D.C., diez (10) agosto de dos mil doce (2012).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los Magistrados María Victoria Calle Correa, Luis Ernesto Vargas Silva y Humberto Antonio Sierra Porto, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo de tutela proferido por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali y la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito judicial de Cali en la acción de tutela instaurada por AA contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y la Asociación BB.

I. ANTECEDENTES

En el presente caso, por estar involucrado un asunto que pertenece a la órbita personal protegida por el derecho fundamental a la intimidad de la accionante, la Sala ha decidido no mencionar en la sentencia ningún dato que conduzca a su identificación y ordenar a los jueces de instancia y a la Secretaría de esta Corte que guarden estricta reserva respecto de la identidad del mismo.

El pasado 10 de junio de 2009, la ciudadana AA interpuso acción de tutela solicitando el amparo de sus derechos fundamentales a la igualdad, a la dignidad humana, a la salud, a la seguridad social, a la intimidad y al debido proceso los cuales, en su opinión, fueron vulnerados por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) y la Asociación BB.

De acuerdo con la solicitud de tutela, la accionante sustenta su pretensión en los siguientes

Hechos

1.- AA, de 50 años¹, se desempeñó como madre comunitaria por 21 años² y desde hace 5 se encontraba ubicada en el hogar comunitario CC en el barrio DD de la ciudad de Santiago de Cali³.

¹ Folio 26, cuaderno 1.

² Folio 1, cuaderno 1.

³ Folio 2, cuaderno 1.

2.- Relata que, a consecuencia del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida –SIDA-, en enero de 2008 su esposo falleció. En vista de lo anterior, la actora se realizó los exámenes pertinentes, al cabo de los cuales se concluyó, el 24 de enero de 2008, que era portadora del VIH⁴.

3.- Indica que en febrero de 2008 le informó a la asesora institucional del ICBF –Zoraida Moreno- su diagnóstico y que, desde ese momento, *“comenzó una persecución laboral en su contra”*⁵. Refiere como hechos constitutivos de ésta los siguientes:

(i) En marzo de 2008 la asesora institucional del ICBF –Zoraida Moreno- le solicitó de forma verbal *“una certificación médica sobre mi aptitud para seguirme desempeñando como madre comunitaria”*. Ante lo cual ella procedió a *“realizarse la valoración médica, como consecuencia de lo cual, el médico le dio la certificación y se la entregué a la funcionaria”*⁶.

(ii) En junio de 2008 la nueva asesora institucional del ICBF –Claudia Burbano- *“comenzó a frecuentar de manera inusual el hogar comunitario”*⁷.

(iii) Relata que en la visita del 17 de junio de 2008 no se encontraba porque tenía una cita médica, razón por la que le *“llamaron la atención invalidando la justificación médica que tenía para estar ausente ese día”*. Informa que *“en las demás visitas de la funcionaria se encontraba cumpliendo con sus deberes de madre comunitaria”*⁸.

(iv) En agosto de 2008 la asesora Burbano le solicitó *“copia de la historia clínica y los exámenes médicos para supuestamente informarse más sobre el VIH”*⁹, a lo cual accedió.

(v) En octubre de 2008, la mencionada funcionaria del ICBF determinó que *“no podía estar al tanto de las labores de preparación de alimentos y justifica esta orden en la necesidad de prevenir alguna infección por una cortada o un accidente semejante. Desde ese momento solo le permitieron dedicarse a las actividades pedagógicas”*¹⁰.

⁴ Folios 2 y 38-39, cuaderno 1.

⁵ Folio 2, cuaderno 1.

⁶ Folio 2, cuaderno 1.

⁷ Folio 2, cuaderno 1.

⁸ Folio 2, cuaderno 1.

⁹ Folio 3, cuaderno 1.

¹⁰ Folio 3, cuaderno 1.

(vi) En noviembre de 2008, “el ICBF realizó otra visita al hogar comunitario y estaba ausente porque se encontraba preparándose para una cirugía, sin embargo, había coordinado con su compañera de trabajo el remplazo en las actividades. Como consecuencia de la visita, el ICBF dio la orden de que no le pagaran esa semana y pagó ese dinero a su compañera por haberla remplazado”¹¹.

(vii) El 6 de noviembre de 2008 “le realizaron una histerectomía y le dieron una incapacidad de un mes, tiempo durante el cual no fueron las funcionarias al hogar comunitario pues estaban enteradas de su incapacidad. Solo se hizo presente la representante legal de los hogares en una vista de rutina, y no hizo observación alguna”¹².

(viii) El 16 de febrero de 2009, “nos visitó en el hogar comunitario, la funcionaria del ICBF Magnolia Jaramillo acompañada de una profesional de una institución denominada Fundamor, quienes sorpresivamente conocían con detalles mi diagnóstico en detrimento de mi intimidad y dignidad personal. Sin embargo, en esa oportunidad, la funcionaria realizó un informe de su visita y el concepto sobre mi desempeño fue totalmente favorable”¹³.

(ix) El 2 de marzo de 2009, “tenía un cita médica para recibir el medicamento necesario para mi diagnóstico. Ese día se hicieron presentes la representante de la asociación y la funcionaria del ICBF y me llamaron la atención a pesar de conocer mi excusa. Desde este momento comenzaron a realizarme observaciones infundadas sobre la planeación, sin revisar el cuaderno donde estaba organizada adecuadamente, y me inculparon de faltas cometidas por mi nueva compañera cuando ella era la responsable”¹⁴.

(x) El 5 de marzo de 2009, “se presentó otra funcionaria del ICBF, la señora EE y me informó que le asignaron la labor de hacer seguimiento al hogar en que yo trabajaba. Esa semana la funcionaria se presentó en los siguientes horarios:

- Marzo 5 en el horario de 10:00 a.m. a 12:35 p.m.
- Marzo 6 en el horario 9:15 a.m. a 11:35 p.m.
- Marzo 9 en el horario 10:30 a.m. a 12:45 p.m.”¹⁵.

¹¹ Folio 2, cuaderno 1.

¹² Folio 2, cuaderno 1.

¹³ Folio 4, cuaderno 1.

¹⁴ Folio 5, cuaderno 1.

¹⁵ Folio 5, cuaderno 1.

(xi) Afirma que *“durante el año 2009 las funcionarias del ICBF me realizaron en menos de un mes 8 visitas institucionales, cuando normalmente se practican una o dos al mes, y tuve solo dos llamados de atención por asuntos menores que me atribuían sólo a mi cuando la responsabilidad era conjunta con mi compañera de trabajo”*¹⁶.

4.- Como consecuencia de los hechos anteriormente relatados, el hogar comunitario fue cerrado por el ICBF mediante resolución 002 del 18 de marzo de 2009¹⁷. Manifiesta la peticionaria que ese mismo día fue citada al Centro Zonal Nororiental del ICBF *“donde me atendieron la Dra. Carolina Buitrago, Coordinadora del Centro, y la Asesora del ICBF Magnolia Jaramillo, quienes me comunicaron de manera verbal el despido de mi cargo como madre comunitaria, sustentando su decisión en el supuesto mal desempeño de mis labores. En el informe del despido aludían a supuestas quejas de los padres, a la falta de decoración del salón de clases, a un cobro de una cuota extra a los padres, a la falta de planificación y desaseo del hogar, frente a lo cual, les solicité las pruebas que tenían sobre las quejas y no me presentaron ninguna, les expliqué que la falta de decoración era porque el ICBF no había desembolsado el respectivo presupuesto, les informe que el pago aludido sobre la cuota estaba autorizado por los padres en una reunión de lo cual existe un acta y que el ICBF estaba informado sobre la situación; también les explique que era falso lo relacionado con la falta de planeación y aseo porque en los informes de visita estaba reportado el buen funcionamiento del hogar comunitario, etc.”*¹⁸.

5.- Añade que en la misma reunión les exigió a las funcionarias mencionadas *“darme cuenta de la investigación que habían hecho en mi contra, copia de las pruebas que tenían y en especial, la oportunidad de controvertir cada una de las irregularidades que me estaban adjudicando. Sin embargo ellas se negaron”*¹⁹.

Relata que *“no firmé el documento que me estaban presentando sobre mi despido porque el verdadero motivo de la decisión era mi condición de portadora del VIH y no las acusaciones infundadas que me presentaron, y porque no me garantizaron el debido proceso para controvertirlas sino que fue un procedimiento unilateral y arbitrario”*²⁰.

6.- Finalmente asevera que *“como madre comunitaria con veintiún años*

¹⁶ Folio 7, cuaderno 1.

¹⁷ Folio 47, cuaderno 1.

¹⁸ Folio 5, cuaderno 1.

¹⁹ Folio 5, cuaderno 1.

²⁰ Folio 6, cuaderno 1.

de servicio considero que tengo derecho a acceder a los beneficios legales que las mujeres trabajadoras merecemos por disposición del ordenamiento jurídico. En tanto fue el ICBF quien me despidió (...) considero que en mi caso debe reconocerse el contrato realidad ya que la relación de subordinación está mas que acreditada por las órdenes permanentes que las funcionarias de la institución me daban, por la forma como debía hacer mi trabajo, porque ante ellas debía presentar las excusas médicas (...) También cabe responsabilidad a la asociación porque sus representantes avalaron el comportamiento de la institución ”²¹.

Agrega que “la discriminación cometida en este caso generó la afectación del derecho a la vida por la precariedad de condiciones que ahora se dan por causa del despido y la imposibilidad de acceder a los servicios de salud, alimentación adecuada, al ejercicio profesional digno y a la estigmatización por causa del VIH; al derecho a la dignidad humana por el señalamiento, maltrato y degradación por ser portadora del VIH; a la intimidad por la divulgación indebida sobre el diagnóstico de VIH de manera que todas las funcionarias conocían con detalle la situación médica sin que mediara consentimiento previo para esa situación; a la salud por la pérdida de las condiciones para tener el servicio de salud en las mismas circunstancias en que se desarrollaba antes del despido; a la seguridad social y al trabajo porque el despido injustificado niega la posibilidad del ejercicio profesional como madre comunitaria por ser portadora del VIH y con ello impide acceder a los recursos necesarios para una vida digna propia y del núcleo familiar (...). Tampoco se accede ahora a los beneficios de cotizar para una pensión luego de veintiún años de servicio era justo que se reconociera, en especial, para proteger el núcleo familiar, ahora desprotegido ”²².

Solicitud de Tutela

7.- Con fundamento en los hechos narrados, la ciudadana AA solicitó la protección de sus derechos fundamentales a la igualdad, a la dignidad humana, a la salud, a la seguridad social, al debido proceso y a la intimidad, que considera han sido vulnerados por los demandados al desvincularla del programa de madres comunitarias.

En consecuencia, como mecanismo transitorio, pide declarar “*la existencia de un contrato realidad entre las accionadas y yo (...) desde hace veintiún años de servicio*”. Además solicita ordenar a los

²¹ Folio 7, cuaderno 2.

²² Folio 21, cuaderno 2.

demandados (i) “el pago de una pensión sanción por el servicio prestado durante más de veintiún años y condenarlas al pago del valor de los salarios y prestaciones dejados de recibir”, (ii) “el pago de un incidente de reparación según lo previsto por el artículo 25 del Decreto 2591 y el artículo 26 de la ley 361 de 1997” y (iii) la inscripción “en el régimen de seguridad social y salud”, la cancelación de “las cuotas adeudadas” y que “continúen haciendo las cotizaciones teniendo en cuenta que tengo veintiún años de servicio”²³.

Respuesta de las entidades demandadas

8.- El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, mediante escrito del 26 de junio de 2009, indicó que, según el artículo 4 del decreto 1340 de 1995, “la vinculación de la madre comunitaria (...) constituye la contribución voluntaria de los miembros de la comunidad al desarrollo de este programa [el de Hogares Comunitarios de Bienestar] y por consiguiente dicha vinculación no implica relación laboral con las asociaciones, que para el efecto se organicen, ni con las entidades públicas que en el participen”²⁴. En este sentido, afirman que “no obstante que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, establece los criterios, parámetros y procedimientos técnicos y administrativos que permiten la organización y el funcionamiento del programa Hogares Comunitarios no existe relación laboral entre el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y las madres comunitarias que participan en el programa, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, no es el empleador de las madres comunitarias”²⁵.

Sobre el caso de la señora AA, el ICBF informa lo siguiente:

(i) “En junio de 2008 la señora AA fue visitada por la pedagoga de ICBF, la señora Claudia Burbano como parte del proceso de cualificación que está iniciando el Instituto frente a la operatividad del programa. Como consecuencia se evidencian las salidas continuas de la señora AA de las cuales el Centro Zonal no tenía conocimiento, dicho ausentismo estaba afectando los niños, pues no se daba la atención requerida por ellos.

(...)

Con la visita (...) se observó que las carpetas de los niños estaban incompletas, es decir algunas sin certificado médico u odontológico, al

²³ Folio 23, cuaderno 1.

²⁴ Folio 73, cuaderno 1.

²⁵ Folio 73, cuaderno 1.

igual que la planeación incompleta. Si bien es cierto que es responsabilidad de los padres (...) es responsabilidad de las Madres Comunitarias requerirles las evidencias y consignarlas en las carpetas (...) En su defecto, gestionar para que las entidades de salud atiendan las necesidades. Situación que no se estaba dando con los niños a cargo de la Sra. AA”²⁶.

(ii) *“sólo fue en Junio de 2008, que la Sra. AA se manifiesta acerca de su enfermedad (...) Después de conocer acerca de la enfermedad (...) los Servidores Públicos encargados de garantizar el bienestar de sus operadores y de los niños y las niñas, se preocupan en especial por la salud de la señora AA y la de los niños que ella atiende, por consiguiente, la asesora del programa le solicita un diagnóstico de un especialista y consulta a la Sede Regional, con el objetivo de recibir lineamientos con relación al manejo de la enfermedad y a los cuidados que se debían tener para favorecer la salud de los niños. Lo anterior debido a que históricamente no se han presentado casos con estas características y se tiene poco conocimiento del tema*”²⁷.

Agrega que “En vista de no obtener respuestas de parte de los médicos, ni tampoco un lineamiento claro acerca del manejo que debíamos darle a la situación de enfermedad, se requiere nuevamente la Historia Clínica de la Señora, con el objetivo de obtener respuestas ante otros estamentos que exigían amplitud de información y diagnóstico”²⁸.

(iii) *“En el seguimiento realizado en octubre de 2008 se encontró que no se diligenciaba correctamente el RAM registro de asistencia mensual, los momentos pedagógicos no coincidían con lo escrito (...) se encontró que el sitio necesitaba mejorar el aseo, y se le recomendó el uso de gorro y tapabocas porque es una norma de manipulación de alimentos que se le exige a todas las madre (sic) comunitarias para el momento de cocinar. El ICBF no posee un rubro para dotar de estos implementos, debe ser responsabilidad propia de la Madre Comunitaria y de la Asociación que la administra.*

Observándose que doña AA no guardaba las normas mínimas para evitar riesgos o contagio de virus o bacterias, se optó por que (sic) ella no cocinara, por otra parte, se le evitaba el riesgo a enfermarse por el calor o una posible cortada que se le podía infectar debido a la baja de

²⁶ Folio 75, cuaderno 1.

²⁷ Folio 75, cuaderno 1.

²⁸ Folio 76, cuaderno 1.

defensas por la enfermedad. En definitiva lo que se perseguía era el bienestar superior de los niños”²⁹.

(iv) *“En Noviembre de 2008 se realizó de nuevo visita de seguimiento (...) encontrado nuevamente la sorpresa de la falta de la señora AA, situación que ya se presentaba recurrentemente y que durante la semana se presentó en la totalidad de los días. Al momento de señalar que se había realizado un procedimiento quirúrgico y que se encontraba en incapacidad médica, sin embargo, se realizó el pago completo del mes de noviembre.*

Durante noviembre (...) no se realiza nuevamente visita (...)”³⁰.

(v) *“El 20 de enero de 2009, se orientó a las Madres Comunitarias para que iniciaran labores (...) El 28 de enero, se recibe comunicado escrito de la Sra. EE (Representante Legal de la asociación BB) en la que manifiesta que la Madre Comunitaria no había reanudado labores como se había acordado. Posteriormente, 28/01/09 se corrobora esta información mediante visita realizada por la asesora de los Hogares y la Coordinadora del Centro Zonal, día en el cual recibieron testimonio de una madre usuaria que se encontraba requiriendo el servicio en las instalaciones del Hogar. Se solicita a la representante legal que realice la visita se (sic) seguimiento³¹ y el 2 de Febrero, día en que inicia la atención de los niños, se realiza el seguimiento y en él se evidencia que la madre comunitaria había iniciado labores sin tener planeación de actividades, cubriendo solo el cupo de 3 niños, sin Registro de asistencia diligenciado, sin documentación en carpetas de los niños, sin el aseo correspondiente en la cocina, sin ambientación del Hogar y sin ninguna actividad de Bienvenida (...) Lo anterior como resultado de su ausencia durante el mes de Enero (...) Sin embargo para no afectarla en su situación personal y económica se realizó el pago completo”³².*

(vi) En febrero de 2009³³, *“En un grupo de Estudio trabajo realizado en el Centro Zonal, se habló del caso de la Madre Comunitaria, y teniendo en cuenta que se habían adelantado gestiones con Secretaría de salud y las orientaciones dadas por asistencia técnica frente a que se adelantara contacto directo con Fundamor, la psicóloga Magnolia Jaramillo, acompañó e hizo la visita con María Antonieta Agudelo, coordinadora de fundamor, quien la encontró apta y con una estado de salud*

²⁹ Folio 76, cuaderno 1.

³⁰ Folio 76 cuaderno 1.

³¹ La solicitud se encuentra en el folio 109, cuaderno 1.

³² Folio 77, cuaderno 1.

³³ El informe de visita correspondiente a febrero se encuentra en el folio 110, cuaderno 1.

*favorable, lo que confirmó la idea que se tenía de que la enfermedad de la señora AA no era inconveniente para desempeñarse como madre comunitaria*³⁴.

(vii) *“Las constantes quejas que los padres de familia reportaban a la Coordinación del Centro Zonal y las asesoras del Hogar en lo referente a las ausencias, cobros de tasas compensatorias superiores a las establecidas entre otras llevan a que se oriente a la representante legal a realizar seguimiento preciso*³⁵.

*Según lo anteriormente expuesto, el día 2 de Marzo se realiza visita de seguimiento, y tampoco se encontraba doña AA, había dejado un remplazo para las dos madres comunitarias del Hogar grupal, que no tenía experiencia como Madre Comunitaria y debía estar al cuidado de los 24 niños, 12 de los cuales eran de Doña AA, al preguntarle por las actividades pedagógicas del día a la señora demuestra que no hay actividades previamente elaboradas, evidenciando la falta de planeación de la señora AA, pues en las ocasiones de visita se encontraban los niños realizando juego libre y no se observó nunca un ambiente de trabajo, se coincide en esta opinión con las personas que realizaron las visitas de asesoría*³⁶.

*Con el objetivo de tener mayor claridad sobre el trabajo y según los antecedentes expuestos, se le recomendó nuevamente a la representante legal señora EE que hiciera un seguimiento riguroso*³⁷, a lo que accedió presentándose durante tres días seguidos y corroborando lo que se tenía evidenciado sobre el trabajo de doña AA, poco planeado e improvisado^{38,39}.

(viii) *“Mediante Resolución No. 002 de marzo 18 de 2009, proferida por la Coordinadora Zonal del ICBF en el Centro Zonal Nororiental, con fundamento en el Acuerdo 050 de Noviembre de 1996 y la Resolución 0706 de 1998, decreta el cierre definitivo del Hogar Comunitario CC, invocando la causal F del artículo 3 del Acuerdo 050 incumplimiento en la planeación y ejecución de actividades pedagógicas, o de nutrición y salud con los niños y padres de familia, después de un proceso de supervisión*⁴⁰.

³⁴ Folio 77, cuaderno 1.

³⁵ Copia de la queja de un padre de familia se encuentra en los folios 99-100, cuaderno 1.

³⁶ El informe de visita se encuentra en los folios 97-98, cuaderno 1.

³⁷ La solicitud se encuentra en el folio 103, cuaderno 1.

³⁸ El informe de las visitas (5 y 9 de marzo de 2009) se encuentran en los folios 101-102, cuaderno 1.

³⁹ Folio 78, cuaderno 1.

⁴⁰ Folio 78, cuaderno 1. La resolución se encuentra en los folios 93-95, cuaderno 1.

De lo anterior se desprende que *“fue solo en Marzo de 2009, producto del seguimiento realizado, se da la resolución de cierre del Hogar, la cual no se sustenta en el motivo de su enfermedad como causal”*⁴¹.

(ix) Por último, afirma que *“no se cuenta con todas las excusas médicas que soporten las ausencias de la Madre Comunitaria”*⁴².

9.- La Asociación BB no pudo ser notificada ya que, según el juzgado de primera instancia, *“no registra dirección en el expediente”* y no fue posible obtenerla a través de la accionante⁴³.

Decisiones judiciales objeto de revisión

Sentencia de primera instancia

10.- El 30 de junio de 2009 el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali decidió negar el amparo de los derechos fundamentales de la peticionaria, salvo en lo relativo al debido proceso. Las razones que animaron tal determinación fueron las siguientes:

- *“la naturaleza de las pretensiones incoadas en la presente acción (pensión sanción, salarios y prestaciones) son en principio prestaciones de carácter legal y para su definición exigen el desarrollo de un mecanismo idóneo como lo es el proceso ordinario laboral, proceso mediante el cual se podrán ventilar las situaciones fácticas en que se desarrolló la supuesta relación laboral predicada, frente a las formalidades establecidas y que supuestamente reglaron la citada relación”*⁴⁴.
- *“a pesar de haberse diagnosticado desde febrero de 2008 la condición de VIH+, y que la entidad oficial indica conocía desde junio de 2008 desde junio del mismo año, tal situación no incidió para darle continuidad a la labor comunitaria de la accionante hasta marzo de la presente anualidad”*⁴⁵. Así las cosas, según el ad quo, *“la decisión adoptada por la entidad accionada I.C.B.F., en torno al cierre del Hogar comunitario no está provista de una actitud discriminatoria”*⁴⁶.

⁴¹ Folio 75, cuaderno 1.

⁴² Folio 79, cuaderno 1.

⁴³ Folio 71, cuaderno 1.

⁴⁴ Folio 127, cuaderno 1.

⁴⁵ Folio 128, cuaderno 1.

⁴⁶ Folio 129, cuaderno 1.

11.- Sin embargo, el juez de primera instancia decidió conceder la protección del derecho fundamental al debido proceso en vista de que en *“el procedimiento surtido por la entidad accionada desde las mencionadas visitas y el acto administrativo conclusivo del cierre encontramos una serie de irregularidades e imprecisiones que tornan ineficaz el trámite rendido por el I.C.B.F.”*. Estas fueron, al decir del ad quo, las siguientes:

- La resolución de cierre definitivo *“alude al incumplimiento por parte de la madre comunitaria (...) a la directrices del artículo cuarto del acuerdo 050 numerales S y F, cuando lo que verdaderamente debió expresarse fue el artículo tercero del Acuerdo 050 del 14 de noviembre de 1996”*⁴⁷.
- *“al haberse imputado a la madre comunitaria (...) el incumplimiento de las causales f) y s) del artículo tercero del acuerdo 050 del 14 de noviembre de 1996, debió haberse establecido un término para subsanar las fallas encontradas en las respectivas visitas de conformidad a lo establecido en el literal b) del artículo primero del acuerdo 050 del 14 de noviembre de 1996”*⁴⁸. Al respecto, consideró que *“en el mismo acuerdo se consagra una garantía en desarrollo del derecho defensa de la inculpada, consistente en la fijación de un término que le permita subsanar las irregularidades encontradas durante las visitas de seguimiento y supervisión del servicio efectuadas, procedimiento que valga recalcar no fue observado por el ente accionado, se deduce el quebrantamiento del debido proceso en la actuación administrativa correspondiente”*⁴⁹.
- En tercer término, *“analizadas las recomendaciones efectuadas a la madre comunitaria (...) con ocasión de las visitas efectuadas por funcionaria del I.C.B.F., los días 2, 5 y 9 de marzo encuentra este despacho inconsistencias en cuanto se aprecia luego de una revisión cronológica y coherentemente que, o bien, la madre comunitaria subsanó algunas de las primeras observaciones efectuadas (vista del 2 de marzo), o bien, la última observación (visita del 9 de marzo) se contradice con lo informado en la visita del 5 de marzo”*⁵⁰.

⁴⁷ Folio 130, cuaderno 1.

⁴⁸ Folio 130, cuaderno 1.

⁴⁹ Folio 134, cuaderno 1.

⁵⁰ Folio 130, cuaderno 1.

Con base en lo anterior, ordenó “retrotraer la actuación administrativa adelantada por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF-, en relación con el cierre del hogar comunitario a cargo de la actora, para los efectos de que se le señale a aquella un término dentro del cual deberá acreditar que ha subsanado las irregularidades encontradas por dicho Instituto”. Así mismo, ordenó al ICBF –Regional Valle del Cauca- adoptar “las medidas conducentes que concluyan con la apertura del Hogar Comunitario CC conducido por la madre comunitaria Sra. AA”⁵¹.

Impugnación e informe de cumplimiento

12.- El 6 de julio de 2009 el ICBF impugnó el fallo de primera instancia.

Argumentó que “el tiempo establecido que usualmente se da [para corregir las fallas consignadas en las observaciones de las visitas] es la próxima visita no se explicita tiempo en días y se tiene según informes que anexo: primer semestre de 2008 visita de la señora Zoraida le deja recomendaciones verbales. Junio de 2008, inasistencia carpetas incompletas, falta de gestión de la madre comunitaria. Octubre de 2008 no se realiza lo planeado, no dio curso a la planeación de actividades⁵². Noviembre de 2008 continúan las falencias. Febrero 2 de 2009, la planeación de actividades, está incompleta no asistió al tiempo de planeación que fue pagado por el ICBF, solo tenía 6 niños, es decir baja cobertura, no seguimiento de lineamientos⁵³. Febrero 16 de 2009 carpetas y planeación incompleta”⁵⁴.

Agrega que, según el artículo quinto de la resolución 0706 de 1998, “con solo una visita es suficiente para cerrar un hogar, pero dando tiempo y cumpliendo el debido proceso a la señora AA se le concedió aproximadamente año y medio para mejorar”⁵⁵.

13.- El 17 de julio de 2009 el ICBF informa que, en cumplimiento de las órdenes emitidas por la sentencia de primer grado, citó a la accionante con el fin de encontrar alternativas para la reapertura del hogar comunitario.

Al cabo de la reunión se encontró que “la señora AA no cuenta con espacio físico para desarrollar esta labor. Su casa está alquilada y actualmente está domiciliada en un cuarto de alquiler en el barrio Manuela Beltrán, además manifiesta que ésta no cuenta con las

⁵¹ Folio 135, cuaderno 1.

⁵² El informe de la visita se encuentra en los folios 147-148, cuaderno 1.

⁵³ El informe de la visita se encuentra en los folios 149-151, cuaderno 1.

⁵⁴ El informe de la visita se encuentra en los folios 152-153, cuaderno 1.

⁵⁵ Folios 158-159, cuaderno 1.

características exigidas por los estándares de supervisión. El espacio físico en el que se encontraba el operando el hogar grupal CC en el que ella se desempeñaba, fue negado por la JAC, obligándonos a operar desde las casas de las madres comunitarias que remplazaron a las madres anteriores (...) Actualmente, la Sra. AA hace parte de la fundación Lila Mujer ubicada en el barrio las Orquídeas de Manuela Beltrán, ella plantea que dicha fundación le puede facilitar un espacio en el barrio Manuela Beltrán, sitio que no corresponde a nuestra área de influencia, ni consideramos que sea un espacio propicio para atender los niños. Sin embargo y con el objetivo de cumplir las disposiciones judiciales, se propone reabrir el hogar en temporada de vacaciones dando un espacio para lograr la ubicación, de modo que la madre empiece a recibir la beca y se obligue a encontrar un sitio en el que pueda atender los niños en el sitio que corresponde”⁵⁶.

Sentencia de segunda instancia

14.- El 5 de agosto de 2009, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali decidió revocar el fallo de primera instancia para en su lugar negar la protección de los derechos fundamentales de la actora. Consideró el ad quem que *“a la accionante se le realizaron varias visitas de supervisión por funcionarios del ICBF o miembros de la Junta Directiva de la asociación comunitaria de familias usuarias del hogar de bienestar del barrio DD, con formulación de recomendaciones sobre las fallas encontradas en el hogar –las cuales se encuentran dentro de las causales de cierre definitivo de conformidad con lo previsto en el artículo 3 del Acuerdo No. 050 del 14 de noviembre de 1996-, pero no fueron subsanadas entre una y otra visita. Es así como, la actora no acreditó, pese al plazo concedido por el ICBF en cada una de las visitas que le fueron efectuadas, haber subsanado las irregularidades encontradas con el fin de continuar con el normal funcionamiento del hogar”⁵⁷.*

Actuaciones surtidas en el trámite de revisión

15.- En vista de que en el expediente no se encontraba información sobre la normatividad que rige al programa de Hogares Comunitarios de Bienestar, la actuación administrativa seguida a la peticionaria y la situación actual de los niños y las niñas que asistían al Hogar Comunitario CC el Magistrado Sustanciador, mediante auto del 12 de marzo de 2010, la solicitó al demandado en los siguientes términos:

⁵⁶ Folios 3 y 4, cuaderno 2.

⁵⁷ Folio 13, cuaderno 2.

“Primero.- ORDENAR que por Secretaría General se solicite al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -Seccional Valle- que, en el término de ocho (8) días hábiles contados a partir de la notificación del presente Auto, envíe a este Despacho la siguiente información junto con sus respectivos soportes documentales:

- (i) Todas las normas legales y reglamentarias vigentes acerca del programa de Hogares Comunitarios de Bienestar, especialmente aquéllas referidas a:
 - a. las obligaciones y derechos de las Asociaciones de Hogares de Bienestar, de las madres comunitarias y del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar;*
 - b. las facultades de vigilancia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, incluyendo las relativas a la periodicidad de las visitas institucionales y a los procedimientos administrativos seguidos en virtud de la misma, y*
 - c. la seguridad social de las madres comunitarias.**
- (ii) Copia legible de todos los informes de las visitas realizadas al Hogar Comunitario CC durante los años 2008 y 2009.*
- (iii) Copia legible de todas las excusas médicas presentadas por la señora AA para justificar su inasistencia al hogar comunitario durante los años 2008 y 2009.*
- (iv) Copia legible de los comprobantes de pago de beca a la señora AA con ocasión de su labor como madre comunitaria durante los años 2008 y 2009.*
- (v) Copia legible del expediente del procedimiento administrativo que culminó con la expedición de la Resolución 002 de 2009 mediante la cual se cierra definitivamente el Hogar Comunitario CC.*
- (vi) Copia legible de las quejas presentadas por los padres de los niños y niñas que asistieron al Hogar Comunitario CC durante los años 2008 y 2009.*

(vii) *Informe sobre la situación actual de los niños y niñas que asistieron al Hogar Comunitario CC durante los años 2008 y 2009*”⁵⁸.

La información solicitada fue recibida por la Secretaría General de esta Corporación el 12 de abril de 2010⁵⁹.

La mayoría de esta información será resumida y utilizada en la parte motiva de la presente sentencia. Respecto de la situación de los niños y niñas que asistían al hogar comunitario de la peticionaria, la Coordinadora del Centro Zonal Nororiental, Cecilia Arcila Sastoque, certificó que fueron ubicados en otros hogares comunitarios⁶⁰.

16.- Así mismo, el despacho observó que en el expediente no se encontraba información sobre la situación socio-económica y de salud de la peticionaria y su grupo familiar, así como de su vinculación al sistema de seguridad social, razón por la que el Magistrado Sustanciador, mediante el mismo auto la solicitó a la peticionaria⁶¹.

La información solicitada fue recibida por la Secretaría General de esta Corporación el 24 de marzo de 2010⁶².

Expresó la actora que no cuenta “*con trabajo alguno ni ingreso permanente*” y que “*después del despido, la falta de ese ingreso generó la necesidad de cambiar de lugar arrendado*” a uno “*mucho mas modesto*” que paga “*con el apoyo económico de Lila Mujer, una organización que afilia a mujeres VIH+*”. También relató que la falta de ingresos le ha generado “*restricciones en el acceso a bienes de uso personal, tales como vestido, alimentación, recreación*”. Informó que “*vivo sola sin el apoyo de nadie. Mis dos hijos son mayores de edad y tiene sus hogares*”. De los documentos aportados por la actora se desprende que se encuentra clasificada en el nivel 2 del SISBEN⁶³, desde el 24 de julio de 2008⁶⁴.

Refirió la señora AA que “*fue cancelada mi inscripción a la EPS [desde el 30 de marzo de 2009]*”⁶⁵, razón por la cual solicitó su ingreso al

⁵⁸ Folios 27-29, cuaderno principal.

⁵⁹ Folios 33-194, cuaderno principal.

⁶⁰ Folio 194, cuaderno principal.

⁶¹ Folios 27 y 28, cuaderno principal.

⁶² Folios 195-220, cuaderno principal.

⁶³ Folio 205, cuaderno principal.

⁶⁴ Folio 219, cuaderno principal.

⁶⁵ A folio 199, cuaderno principal, obra la prueba de que fue retirada del régimen contributivo desde esa fecha.

régimen subsidiado en salud el 6 de octubre de 2009⁶⁶. A partir de la desafiliación al régimen contributivo en salud, comenzó a ser atendida como población vinculada en diferentes hospitales estatales⁶⁷ y, al menos desde el 5 de marzo de 2010, se encuentra afiliada al régimen subsidiado de salud⁶⁸. Afirma la accionante que durante el periodo de transición de un régimen a otro, la atención médica no fue estable, no fue atendida por un solo médico tratante y se le negaron varios servicios médicos por estar excluidos del Plan Obligatorio de Salud (POS). Una vez afiliada al régimen subsidiado en salud, también relata problemas en la atención médica, tales como la irregularidad, la demora o la negación de servicios médicos por estar excluidos del POS y la lejanía de los centros de atención.

Intervenciones recibidas en el trámite de revisión

17.- El cinco (5) de mayo de 2010, la Corporación Sisma Mujer presentó un *amicus curiae*.

Indicó que “la labor de las madres comunitarias, esencial en el funcionamiento de los Hogares Comunitarios de Bienestar (...) es regulada en nuestro ordenamiento como una modalidad indirecta de trabajo a través de contratos que suponen relaciones difusas y adoptan medidas de deslaboralización al margen de las normas establecidas a nivel nacional e internacional relacionadas con el trabajo. La vinculación de las madres comunitarias con el Programa Hogares Comunitarios de Bienestar encomendado al ICBF –encargado de la prestación del servicio público de bienestar familiar- ha sido asumida como una contribución voluntaria y un asunto de beneficencia que le compete a las mujeres por su condición de tal (...) Por esta razón, antaño se ha afirmado que la labor de las Madres Comunitarias no constituye trabajo asalariado y no genera vínculo laboral alguno con el ICBF”.

Expresó que “en las instituciones estatales y sus funcionarios existe un menosprecio de las actividades que desarrollan las madres comunitarias, desmeritando su labor en tanto se han asumido como labores domésticas que normalmente desarrollan las mujeres con el estigma cultural y sus supuesta obligación esencial y natural de asistir y proteger a la población infantil. Esta subvaloración denota un régimen de explotación laboral contra las mujeres que profundiza la discriminación a la que

⁶⁶ Folio 201, cuaderno principal.

⁶⁷ Folios 204, 206-208, 211-213, 218-219, cuaderno principal.

⁶⁸ Folio 214, cuaderno principal.

históricamente se ha visto sometidas, reproduce los patrones socioculturales de exclusión y subordinación y apresta una situación de precariedad y desprotección social al negar la existencia de una relación laboral y sus garantías, desconociendo entonces el derecho constitucional a la igualdad, la prohibición de discriminación de género y el derecho a trabajar en condiciones que permitan llevar una vida digna. De esta forma, se revela una situación fáctica y legal de discriminación que el Estado colombiano está en la obligación de enfrentar en aras de promover una igualdad real y lograr la eficacia del derecho al trabajo como derecho fundamental para el ejercicio pleno de otros derechos, no solo de AA, sino de todas las madres comunitarias que se ven sometidas a una explotación laboral sin respeto de sus derechos fundamentales, a un desconocimiento de sus años de dedicación a una labor ausente de garantías laborales, remunerada con un pago que no se compadece con las tareas desarrolladas y que ni siquiera alcanza el monto establecido como salario mínimo, altas jornadas laborales y ninguna prestación social”.

A juicio de la interviniente, lo descrito no se corresponde con las obligaciones constitucionales e internacionales del Estado de prevenir y combatir la discriminación y la violencia contra las mujeres. Refirió el examen del tercer informe periódico de Colombia al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el cual se recomendó a Colombia regularizar la situación laboral de las madres comunitarias. Insistió en que esta recomendación *“no ha sido acogida por las autoridades estatales y apremia una respuesta inmediata tendiente a hacer prevalecer la realidad sobre las formalidades en la labor que desarrollan las mujeres como madres comunitarias”*. Así las cosas, pide a la Sala que *“se promueva la superación de la discriminación y desamparo que hoy enfrentan las mujeres que se desempeñan como madres comunitarias, a través de un análisis de fondo y definitivo sobre su derecho al trabajo y a la vida en condiciones de dignidad”*.

Finalmente, respecto del caso concreto, la interviniente apoya todos los planteamientos de la tutela acerca de la discriminación que presuntamente sufrió la actora debido a ser portadora del VIH y, en consecuencia, solicita a la Sala tutelar sus derechos.

18.- El 22 de octubre de 2010 la entonces directora del ICBF remitió a la Sala un escrito en el cual reitera los argumentos expuestos en la contestación de la acción de tutela de la referencia. Hace énfasis en que *“la Corte Constitucional, en sentencia SU-224 de 1998, reiteró lo expuesto en el fallo T-269 de 1995, en el sentido de que el vínculo existente entre la madre comunitaria y la Asociación de Padres de*

familia u otra organización de utilidad pública, es de naturaleza contractual de origen civil y no constituye una relación laboral”.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia

1.- Esta Corte es competente para revisar el presente fallo de tutela de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional, el Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones pertinentes.

Problema jurídico

2.- En atención a lo expuesto, esta Sala de Revisión debe determinar si el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) y/o la Asociación BB vulneraron los derechos fundamentales a la igualdad, a la dignidad humana a la salud, a la seguridad social, a la intimidad y al debido proceso de AA como consecuencia del cierre del Hogar en el que se desempeñaba como madre comunitaria.

3.- A fin de resolver el asunto la Sala considera necesario, en primer lugar, establecer cuál es el régimen jurídico (i) del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar, (ii) de las Madres Comunitarias del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar y (iii) del cierre y reubicación de los Hogares Comunitarios de Bienestar.

En segundo lugar, antes de resolver el caso concreto, la Sala estima fundamental (i) delimitar los hechos relevantes porque las partes demandante y demandada refieren un sin número de hechos, de los cuales en realidad sólo algunos deben ser tomados en cuenta para dar solución al asunto bajo estudio. Así mismo, debe indicar (ii) cuales fueron los hechos que quedaron plenamente demostrados con la actividad probatoria de las partes, de los jueces de instancia y de esta Sala ya que, como se desprende de los antecedentes, la peticionaria y el ICBF a veces no coinciden en el relato de lo sucedido.

Finalmente, fijados los hechos relevantes y probados, esta Sala resolverá el caso concreto para lo cual se pronunciará sobre los siguientes tópicos: (i) la procedencia excepcional de la acción de tutela para controvertir actos administrativos, (ii) la jurisprudencia constitucional sobre la violación de derechos fundamentales a causa de la discriminación de las personas portadoras del VIH y su aplicabilidad a las madres comunitarias; (iii) la condición de portador del VIH o de enfermo de SIDA como información protegida por el derecho a la intimidad; y (iv) la

naturaleza de la relación entre el Estado y las madres comunitarias según las normas legales y reglamentarias vigentes frente al derecho a la igualdad sexual y la obligación estatal de eliminar toda forma de discriminación contra la mujer.

Régimen jurídico del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar

4.- De acuerdo con el párrafo 2 del artículo 1 de la ley 89 de 1988, los Hogares Comunitarios de Bienestar son *“aquellos que se constituyen a través de becas del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF- a las familias con miras a que en acción mancomunada con sus vecinos y utilizando un alto contenido de recursos locales, atiendan las necesidades básicas de nutrición, salud, protección y desarrollo individual y social de los niños de los estratos sociales pobres del país”*⁶⁹.

5.- Específicamente, al tenor del artículo 3 del acuerdo 21 de 1996 emitido por la Junta Directiva del ICBF, el Programa Hogares Comunitarios de Bienestar desarrolla las siguientes acciones, entre otras:

- *“Complementación alimentaria y vigilancia del estado nutricional y de salud, mediante el suministro de un aporte nutricional y el control periódico de peso y talla, según los Lineamientos Técnicos del Programa”.*
- *“Desarrollo Psicosocial, mediante acciones de socialización con los niños, la familia y la comunidad recuperando como medio educativo por excelencia el familiar y el comunitario”.*
- *“Capacitación para Agentes Educativos Comunitarios dentro de un sistema de formación permanente inserto en el quehacer diario de las acciones requeridas para el mejoramiento de las condiciones de vida y de la atención directa de los niños”.*
- *“Supervisión y evaluación”.*
- *“Mejoramiento de vivienda, para adecuación de los espacios físicos donde se atienden los niños, manipulación de alimentos y servicios sanitarios”.*

⁶⁹ Artículo 2 del Acuerdo 21 de 1996: *“Los Hogares Comunitarios de Bienestar deberán funcionar prioritariamente en los sectores más deprimidos económica y socialmente y definidos dentro del SISBEN como estratos 1 y 2 en el área urbana y en sectores rurales concentrados”.*

6.- El Programa parte de la base de que obligación de asistir y proteger a los niños y niñas para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos es compartida entre el Estado, la familia y la sociedad, como lo prescribe el artículo 44 de la Constitución. Siguiendo este parámetro, el decreto 1340 de 1995 distribuye las competencias de la siguiente forma:

- Al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar le corresponde (i) establecer *“los criterios, parámetros y procedimientos técnicos y administrativos que permitan la organización y funcionamiento del Programa”* y (ii) coordinar *“sus acciones con las Entidades Territoriales, otras entidades públicas y privadas y organizaciones no gubernamentales”*⁷⁰.
- A *“la comunidad a través de Asociaciones de Padres de Familia o de otras organizaciones comunitarias”*⁷¹ le concierne la ejecución directa del *“funcionamiento y desarrollo del Programa”*⁷². En este sentido, el parágrafo del artículo 1 del Acuerdo 21 de 1996, estipula que el Programa *“esta dirigido a fortalecer la responsabilidad de los padres en la formación y cuidado de sus hijos, la participación comunitaria en la autogestión y solución de sus problemas, orientando sus recursos y trabajo solidario en beneficio de los niños”*.

La explicada distribución de competencias opera de la forma indicada en el artículo 2 del referido acuerdo. Este señala que *“el funcionamiento y desarrollo del Programa (...) será ejecutado por las familias de los niños beneficiarios del Programa, que se constituirán en Asociaciones de Padres u otra forma de organización Comunitaria y quienes una vez tramitada su personería jurídica ante el ICBF, celebrarán contratos de aporte para administrar los recursos asignados por el Gobierno Nacional y los aportes provenientes de la comunidad”*.

7.- Por su parte, el artículo quinto del Acuerdo 21 de 1996 le da las siguientes características al Programa:

⁷⁰ Artículo 2.

⁷¹ Por un lado, las Asociaciones de Padres de Familia *“se integran por los padres de familia o personas bajo cuya responsabilidad se encuentren los niños beneficiarios del Programa y por quienes solidariamente quieran participar como madres comunitarias”*. Por otro lado, *“se entiende por otras Organizaciones Comunitarias aquellas organizaciones sin ánimo de lucro, constituidas legalmente y conformadas por habitantes de un mismo vecindario, barrio, vereda, caserío o territorio, con el objeto de brindar atención a los niños de su comunidad mediante la autogestión, el trabajo solidario y apoyo a la solución de sus problemas para formar y conseguir una cultura ciudadana integral”*. Artículo 6 del Acuerdo 21 de 1996.

⁷² Artículo 3. En el mismo sentido, el artículo 6 del Acuerdo 21 de 1996.

- *“Los Hogares Comunitarios de Bienestar podrán funcionar en la casa de la Madre Comunitaria, en espacio Comunitario o en espacio cedido por persona pública o privada. De acuerdo a las necesidades de los niños y sus familias y a la disponibilidad de recursos, se podrán organizar Hogares Comunitarios de Bienestar: Familiares, Múltiples y Empresariales. En la vivienda de la madre Comunitaria, no podrá funcionar mas de un Hogar Comunitario de Bienestar Familiar”.*
- *“Los espacios para la atención de los niños en los Hogares Comunitarios de Bienestar, deben garantizar mínimas condiciones físicas, ambientales y de seguridad que permitan realizar actividades con los niños para proporcionar su normal crecimiento y desarrollo y evitar posibles riesgos”.*
- *“Los Hogares Comunitarios de Bienestar funcionarán bajo el cuidado de una madre comunitaria si es Hogar Comunitario Familiar o varias madres comunitarias si es Hogar Comunitario Múltiple o Empresarial, escogidas por la Asociación de Padres de Familia o la organización comunitaria”.*
- *La madres comunitarias “deben tener el siguiente perfil: hombre o mujer con actitud y aptitud para el trabajo con los niños; mayor de edad y menor de 55 años, de reconocido comportamiento social y moral, con mínimo cuatro años de educación básica primaria, posea vivienda adecuada o tenga disposición para atender a los niños en espacio comunitario, acepte su vinculación al programa como un trabajo solidario y voluntario, esté dispuesto a capacitarse para dar una mejor atención a los beneficiarios, tenga buena salud y cuente con el tiempo necesario para dedicarse a la atención de los niños”.*
- *“Los Hogares Comunitarios de Bienestar atenderán niños menores de siete años organizados en grupos con diferentes edades que aseguren el proceso de socialización e interacción familiar”. Así, “se podrán organizar Hogares de Bienestar según las siguientes modalidades: 1) Para atender niños de cero a siete años, pudiéndose incluir dentro de ellos niños discapacitados, 2) Para atender niños menores de dos años y 3) Para atender mujeres gestantes, madres lactantes y niños menores de dos años”.*

- *“El tipo de Hogar Comunitario de Bienestar, será definido teniendo en cuenta las necesidades de la comunidad y especialmente de los niños y las familias, las condiciones físicas de los espacios donde funcionarán los Hogares y el apoyo de las entidades públicas y privadas”.*
- *“Los Hogares Comunitarios de Bienestar atenderán a los niños menores en horarios definidos con la comunidad de acuerdo con las necesidades de los niños y los padres de familia o personas responsables del cuidado de estos, en jornadas no inferiores a cuatro horas y de hasta ocho horas diarias”.*

8.- Finalmente, los recursos con los que se financia el Programa son los definidos en el artículo 4 del Acuerdo 21 de 1996:

- Los que asigne el Gobierno Nacional al programa a través del ICBF. Estos *“se destinarán para financiar la dotación inicial, la capacitación, la beca, la supervisión y la evaluación”.* La beca esta formada por *“los recursos, que se asignen a las familias para atender a los niños y por lo tanto se destinarán a: madre comunitaria, reposición de dotación, aseo y combustible, raciones, material didáctico duradero y de consumo para hacer actividades con los niños y apoyo para servicios públicos”*⁷³.

Para el año 2012, la bonificación de una madre comunitaria de tiempo completo, fijada por el ICBF, se encuentra entre \$349.200 y \$407.400⁷⁴, según el número de niños y niñas que atienda. Lo anterior, después de aplicar el incremento prescrito por el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, según el cual *“durante las vigencias 2012, 2013 y 2014 la bonificación que se les reconoce a las madres comunitarias tendrá un incremento correspondiente al doble del IPC publicado por el DANE”.*

- Los que asignen las entidades territoriales.
- Las cuotas de participación de los padres de familia y el trabajo solidario de la comunidad.
- Los aportes de las personas naturales y jurídicas públicas y privadas y los organismos internacionales, y

⁷³ Según el mismo artículo, la junta directiva del ICBF *“de acuerdo con la disponibilidad presupuestal del ICBF”* fijará *“en cada vigencia fiscal los costos de cada componente de la beca”.*

⁷⁴ <https://www.icbf.gov.co/icbf/directorio/portel/libreria/php/03.0113.html>

- Los demás que la comunidad destine al mismo.

Régimen jurídico de las Madres Comunitarias del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar

9.- La naturaleza jurídica de la relación entre las madres comunitarias y las entidades o personas que participan en el Programa, se encuentra regulada en el artículo 4 del decreto 1340 de 1995 que aclara que su vinculación *“constituye contribución voluntaria, por cuanto la obligación de asistir y proteger a los niños, corresponde a los miembros de la sociedad y la familia; por consiguiente, dicha vinculación no implica relación laboral con las asociaciones y organizaciones comunitarias administradoras del mismo, ni con las entidades públicas que en él participen”*.

A su turno, el artículo quinto del Acuerdo 21 de 1996, estipula que *“las madres Comunitarias como titulares del derecho a la Seguridad Social, serán responsables de su vinculación y permanencia en el Sistema de Seguridad Social Integral, de conformidad con lo normado por la Ley 100 de 1993 sus Decretos Reglamentarios y demás disposiciones que se expidan sobre la materia. La junta Directiva de las Asociaciones de Padres de Familia velarán porque las Madres Comunitarias se vinculen al Régimen de Seguridad Social en Salud y pensiones”*.

- En lo que respecta a salud, las madres comunitarias tienen un régimen -regulado por la ley 509 de 1999⁷⁵- que difiere del de los trabajadores independientes, quienes asumen la totalidad del aporte.

El artículo 1 de la ley prevé que *“las Madres Comunitarias del programa de Hogares Comunitarios del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, se afiliarán con su grupo familiar al régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se harán acreedoras de todas las prestaciones asistenciales y económicas derivadas del mismo”*.

De acuerdo con el artículo 2 de la misma ley, *“las Madres Comunitarias cotizarán mensualmente como aporte al Sistema General de Seguridad Social en Salud un valor equivalente al cuatro por ciento (4%) de la suma que reciben por concepto de bonificación del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (...)*

⁷⁵ Modificada por las leyes 1023 de 2006 y 1187 de 2008.

Las Organizaciones Administradoras del Programa Hogares de Bienestar recaudarán las sumas citadas, mediante la retención y giro del porcentaje descrito, a la Entidad Promotora de Salud, EPS, escogida por la Madre Comunitaria, dentro de la oportunidad prevista por la Ley para el pago de las cotizaciones”.

Además, según el acuerdo 18 de 2000 del ICBF, “los padres de familia o los responsables del cuidado de los niños que asistan a los Hogares Comunitarios de Bienestar, deben pagar una cuota mensual de participación por cada niño equivalente hasta el 57.7% del salario diario mínimo legal vigente, para los Hogares de 0-7 años o menores de 2 años, cualquiera sea su forma de atención y el 45.5% del salario diario mínimo legal vigente por familia en los Hogares FAMI (...) La cuota será recaudada en los primeros diez (10) días de cada mes, por la entidad contratista, quien cancelará directamente a la EPS a la cual se encuentra afiliada la madre comunitaria y su núcleo familiar, el valor de los respectivos aportes y el saldo se lo entregará a la madre comunitaria antes del día quince (15) de cada mes. Ni la madre comunitaria, ni la entidad contratista podrán fijar cuotas extraordinarias, ni de mayor cuantía o valor, a la señalada en el presente Acuerdo. La cuota de participación recaudada contribuye a sufragar los costos de la vinculación de la madre comunitaria y su grupo familiar al Sistema General de Seguridad Social en Salud”.

El Estado contribuye a la financiación del aporte de las madres comunitarias al régimen contributivo de salud en la forma prevista en los artículos 3 y 4 de la ley 509 de 1999. Estos señalan que “*el Sistema General de Seguridad social en Salud reconocerá a las EPS escogidas por las beneficiarias, los valores correspondientes a las Unidades de Pago por Capitación del Régimen Contributivo, transfiriendo los recursos necesarios de la subcuenta de solidaridad a la subcuenta de compensación en los valores correspondientes a las Unidades de Pago por Capitación subsidiada*” (artículo 3). Ahora bien, “*la diferencia que resulte entre las Unidades de Pago por Capitación -UPC, subsidiadas, no cubierta con los aportes de las Madres Comunitarias a que hace referencia el artículo 2o. de esta ley y con las transferencias previstas por el artículo 3o. de la misma, será satisfecha con el porcentaje que sea necesario, de los rendimientos producidos por el Fondo de Solidaridad y Garantía -Fosyga-, para lo cual, se autoriza al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, ordenar el giro a la subcuenta de compensación, de los valores*

correspondientes” (artículo 4). Enseguida se prevé que “en todo caso con recursos provenientes de los asignados en el Plan Nacional de Desarrollo para el régimen subsidiado se garantizará la sostenibilidad de este régimen especial” (parágrafo 1, artículo 4).

- En pensiones, el régimen de las madres comunitarias también es distinto del de los trabajadores independientes, quienes asumen la totalidad de aporte.

El artículo 2 de la ley 1187 de 2008 indica que *“el Fondo de Solidaridad Pensional subsidiará los aportes al Régimen General de Pensiones de las Madres Comunitarias, cualquiera sea su edad y tiempo de servicio como tales”*. El artículo 6 de la ley 509 de 1999 fija el monto del subsidio en el *“ochenta por ciento (80%) del total de la cotización para pensión”* y estipula su duración *“por el término en que la Madre Comunitaria ejerza esta actividad”*.

Además, el ya mencionado artículo 2 de la ley 1187 de 2008 prescribe que *“El Gobierno Nacional garantizará la priorización al acceso de las Madres Comunitarias al subsidio de la Subcuenta de Subsistencia de que trata la Ley 797 de 2003, cuando no cumplan con los requisitos para acceder al Fondo de Solidaridad Pensional - Subcuenta de Solidaridad, o cuando habiendo cumplido la edad en los términos de la ley no alcancen a completar el requisito de semanas de cotización exigido”*.

- Finalmente, en lo relativo al Sistema de Riesgos Profesionales, el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 previó que *“se les reconocerá un incremento que, como trabajadoras independientes, les permita en forma voluntaria afiliarse al Sistema General de Riesgos Profesionales”*.

10.- Es pertinente precisar que el hecho de que artículo 4 del decreto 1340 de 1995 mencione las palabras “contribución voluntaria” no puede ser interpretado en el sentido de que las madres comunitarias hacen una especie de “voluntariado”. Las características dadas a esta actividad por las normas legales y reglamentarias vigentes denotan que es una forma de trabajo que, aunque en principio no es subordinado y no genera relación laboral, sí permite a las personas que la ejercen dignificarse a través del desarrollo de un oficio y darse a sí mismas y a sus familias acceso a condiciones materiales de vida digna al percibir una retribución

económica y acceso a la seguridad social a cambio de la prestación de sus servicios personales.

11.- También es necesario aclarar que, aunque el mencionado artículo excluye la relación laboral entre las madres comunitarias y las asociaciones o entidades que participan del Programa, su régimen jurídico no es igual al de los trabajadores independientes, como parece entender el ICBF en el escrito de intervención que allegó durante el trámite de revisión.

En lo que toca con la seguridad social, las normas aplicables no las obligan a asumir la totalidad de los aportes al sistema de salud y de pensiones sino que el Estado asume una parte de los mismos, siguiendo la lógica del Programa, cual es la responsabilidad compartida entre el Estado, la familia y la sociedad en el desarrollo integral de los niños y niñas.

En lo relativo a la jornada de trabajo se asimilan a los trabajadores con relación laboral, pues esta es de ocho horas diarias como máximo⁷⁶.

Ahora bien, en lo que respecta al salario mínimo, la bonificación de una madre comunitaria de tiempo completo está por debajo del mismo. Como se dijo, para el año 2012 el ICBF la fijó entre \$349.200 y \$407.400, según el número de niños y niñas que atiende⁷⁷, mientras el salario mínimo está entre \$566.700 y \$634.500, según se tenga derecho a subsidio de transporte o no⁷⁸. A ello se agrega el valor de la cuota mensual de participación que pagan los padres de familia o los responsables del cuidado de los niños y niñas que asisten al hogar comunitario de conformidad con el acuerdo 18 de 2000 del ICBF, la cual está aproximadamente entre \$8.500 y \$12.000 por menor de edad atendido⁷⁹. Así, por ejemplo, una madre comunitaria de tiempo completo que atiende 14 niños recibiría \$168.000 de la cuota mensual de participación de los padres⁸⁰.

⁷⁶ Artículo quinto del Acuerdo 21 de 1996.

⁷⁷ <https://www.icbf.gov.co/icbf/directorio/portel/libreria/php/03.0113.html>

⁷⁸ Decreto 4919 de 2011.

⁷⁹ Según el acuerdo 18 de 2000 la cuota mensual de participación equivale “hasta el 57.7% del salario diario mínimo legal vigente, para los Hogares de 0-7 años o menores de 2 años, cualquiera sea su forma de atención y el 45.5% del salario diario mínimo legal vigente por familia en los Hogares FAMI”. Para el 2012, el salario diario mínimo mensual vigente está entre \$18.890 y \$21.500, según se tenga derecho a auxilio de transporte o no.

⁸⁰ Según el acuerdo 18 de 2000, a esta se le hacen los descuentos para cotizar al sistema de seguridad social en salud de la madre comunitaria y sus beneficiarios y el excedente se le entrega a la madre comunitaria.

En resumen, el análisis del régimen jurídico actual de las madres comunitarias revela, de un lado, características propias del trabajo subordinado tales como la limitación de la jornada laboral a ocho horas diarias y, de otro, divergencias importantes con los trabajadores independientes en lo que toca con la seguridad social pues no están obligadas a asumir la totalidad de los aportes al sistema de salud y de pensiones sino que el Estado asume una parte de los mismos, lo cual obedece a la lógica misma del Programa, cual es la responsabilidad conjunta entre el Estado, la familia y la sociedad en la asistencia y protección de los niños y niñas. De modo tal que, hoy en día, las madres comunitarias tienen un régimen jurídico intermedio entre el trabajo subordinado e independiente.

Lo dicho no contradice la jurisprudencia de esta Corte sobre la naturaleza jurídica de la relación de las madres comunitarias con las entidades y asociaciones que participan del Programa ya que las sentencias expedidas sobre el asunto se han limitado a indicar que no se trata de trabajo subordinado⁸¹, lo que se reitera en la presente decisión.

Régimen jurídico del cierre y reubicación de los Hogares Comunitarios de Bienestar

12.- El acuerdo 50 de 1996 y la resolución 0706 de 1998⁸² del ICBF regularon lo relativo a las causas y procedimientos para el cierre y reubicación de los Hogares Comunitarios de Bienestar.

El cierre *“se fundamenta en el deber que tiene el ICBF de garantizar el cumplimiento de los derechos fundamentales de los niños y la prevalencia de sus derechos sobre los derechos de los demás”* (artículo primero de la resolución 0706 de 1998). De acuerdo con el artículo primero del acuerdo 50 de 1996 el cierre es *“el acto de clausurar el servicio que se presta”* en el Hogar Comunitario *“cuando sobrevengan circunstancias que impidan su normal funcionamiento”*.

13.- La competencia para adoptar esta decisión radica en *“el Coordinador del Centro Zonal, o quien haga sus veces, de la jurisdicción a que pertenece el hogar, de oficio o por información de cualquier persona, sobre la existencia de una de las causales de cierre, mediante resolución motivada”* (artículo segundo de la resolución 0706 de 1998).

⁸¹ Sentencias SU-224 de 1998, T-269 de 1995, T-668 de 2000, T-990 de 2000 y T-1173 de 2000.

⁸² Modificada parcialmente por la resolución 1959 de 2001.

14.- Aunque la decisión es siempre definitiva, se prevén dos clases de cierre:

- Inmediato, cuando se presentan las causales señaladas en el artículo 2 del acuerdo.
- Y aquél que se produce *“después de realizar visitas de seguimiento, asesoría y supervisión del servicio”* en las que *“se detecte alguna de las causales señaladas en el artículo tercero del acuerdo y dichas fallas no se subsanen en el término establecido”*.

15.- Las causales de cierre inmediato (artículo 2 del acuerdo 50 de 1996) agrupan los hechos de mayor gravedad o que generan imposibilidad de seguir prestando el servicio. Son las siguientes:

- a) Retiro de la Madre Comunitaria*
- b) Muerte de la Madre Comunitaria*
- c) Ubicación del Hogar en sitios declarados de alto riesgo por autoridad competente o que amenace ruina o destrucción por incendio, avalancha u otra catástrofe natural.*
- d) Comprobación por parte de la Policía, de expendio de sustancias psicoactivas en el Hogar o consumo de éstas por alguna de las personas que habita en el lugar donde funciona el Hogar Comunitario de Bienestar.*
- e) Venta y/o uso indebido de los elementos y recursos del proyecto por parte de alguno de los miembros de la Asociación de Padres de Familia o de la Madre Comunitaria.*
- f) Contratación o encargo a terceros para la atención de los niños en el Hogar.*
- g) Enfermedad permanente e incapacitante de la madre Comunitaria, certificada por médico, que impida la atención a los niños, o de enfermedad infecto-contagiosa o mental de la misma, o de otra persona que habite o permanezca en el lugar donde funciona el hogar.*
- h) Condena judicial con pena privativa de la libertad, a la madre Comunitaria u otra persona que habite o permanezca en el lugar donde funciona el Hogar Comunitario. Así mismo cuando contra la Madre Comunitaria se dicte medida de aseguramiento.*
- i) Almacenamiento o existencia de sustancias químicas tóxicas o explosivas, sin las debidas provisiones, en el lugar donde funciona el Hogar.*
- j) Accidente grave o muerte de un niño en el Hogar.*

- k) *Conductas sexuales abusivas contra un niño en el Hogar, por parte de la Madre Comunitaria u otra persona que permanezca o habite en el lugar donde funciona el Hogar, sin perjuicio de las acciones legales pertinentes.*
- l) *Maltrato físico o psicológico a los niños del Hogar por parte de la Madre Comunitaria o una persona que habita en el mismo lugar donde funciona el Hogar.*
- m) *Cuando el objetivo de la prestación del servicio sea el ánimo de lucro o se establezcan pagos extras, que sobrepasen lo reglamentado por el ICBF”.*

16.- Las otras causales (artículo tercero del acuerdo 50 de 1996) consisten en conductas de menor gravedad y que, en consecuencia, son susceptibles de corregirse. Son las siguientes:

- “a) Deficientes condiciones de higiene o de seguridad en el espacio de atención a los niños, cocina, lugar de almacenamiento de los alimentos y servicio sanitario.*
- b) Inasistencia de la madre Comunitaria, sin justa causa, a los eventos de capacitación programados en un trimestre, o a las reuniones de coordinación convocadas por la Junta Directiva de la Asociación o por el ICBF.*
- c) Incumplimiento de la cobertura establecida.*
- d) Atención a más de dos niños menores de dos años o a más de un niño discapacitado, en hogares de Bienestar de 0 a 7 años.*
- e) Atención a niños mayores de siete años.*
- f) Incumplimiento en la planeación y ejecución de actividades pedagógicas, o de nutrición y salud, con los niños y padres de familia.*
- g) Incumplimiento de la minuta patrón y de la valoración nutricional del niño.*
- h) Abandono temporal o descuido verificado de la Madre Comunitaria en la atención del grupo de niños, o encargo de la misma a un menor de edad.*
- i) Inadecuadas relaciones interpersonales de la Madre Comunitaria con los padres de familia, otras Madres Comunitarias y vecinos.*
- j) Escándalo público reiterado en el Hogar Comunitario de Bienestar.*
- k) Negativa de la Madre Comunitaria a aceptar las visitas de supervisión y asesoría.*
- l) Negativa de la madre Comunitaria a aceptar las orientaciones de la Junta Directiva de la Asociación de Padres de Familia o del ICBF, para que se cumplan los lineamientos del Programa.*

- m) *Atención a niños en jornadas diferentes a las establecidas, sin previa autorización del supervisor del contrato.*
- n) *Destinación de la dotación recibida para fines diferentes a la atención de los niños.*
- o) *Cuando la Madre Comunitaria no informe al Centro Zonal el abandono de niños en el Hogar Comunitario, dentro de las 24 horas siguientes.*
- p) *Proselitismo político, prácticas religiosas o de cultos realizado por la Madre Comunitaria o algún miembro de la Junta Directiva de la Asociación siempre y cuando afecte o sirva de mecanismo de presión contra los usuarios.*
- q) *Funcionamiento de más de un Hogar Comunitario en una casa de familia.*
- r) *Conductas de la Madre Comunitaria o de algún miembro de la Junta Directiva que impidan el desarrollo del programa.*
- s) *Inobservancia de los Lineamientos Técnico Administrativos por parte de la Madre Comunitaria o de uno de los miembros de la Junta Directiva que dificulten el normal funcionamiento del Hogar”.*

17.- El procedimiento para tomar la decisión de cierre varía, según se trate de cierre inmediato o no inmediato. En cuanto al primero, el artículo cuarto de la resolución 0706 de 1998 prescribe que:

- “1. El Coordinador del Centro Zonal, o quien haga sus veces comprobará sumariamente la existencia de alguna de las causales para el cierre inmediato. Si ello no es posible, ordenará una visita para verificar los hechos, siendo obligación de quien la practique presentar el informe correspondiente.*
- 2. Analizados los hechos y las pruebas, si el Coordinador del Centro Zonal, o quien haga sus veces, encuentra mérito para decretar el cierre del hogar procederá a expedir la resolución motivada correspondiente.*
- 3. Expedida la Resolución, se notificará personalmente en los términos establecidos en los artículos 44 y 45 del Código Contencioso Administrativo, al Representante Leal de la Asociación de Padres de Familia, a la Madre Comunitaria y a la Junta de Padres a que pertenezca el Hogar. Contra esta resolución procederán los recursos de reposición ante el funcionario que profirió el acto y el de apelación ante el Director Regional o Seccional de Agencia.*
- 4. Ejecutoriada la resolución y si es confirmado el cierre, la madre comunitaria debe hacer entrega de los elementos a su cargo al Representante Legal de la Asociación, mediante acta. El Coordinador del Centro Zonal, o quien haga sus veces, informará esta novedad a la Regional o Agencia”.*

18.- En el caso de cierre que no sea inmediato, el artículo quinto de la resolución 0706 de 1998 indica que *“procederá al cierre definitivo del hogar, cuando después de realizada una visita se encuentre incumplimiento a las recomendaciones y observaciones consignadas en el registro de visitas de asesoría, seguimiento y supervisión, relacionadas con las situaciones previstas en el Artículo Tercero del Acuerdo 050 de 1996”*. Para ello, *“el Coordinador del Centro Zonal, o quien haga sus veces, con base en los informes de las visitas expedirá la resolución motivada correspondiente”* y las siguientes actuaciones serán iguales a las previstas para el cierre inmediato: notificación personal, recursos, ejecutoria y entrega de los elementos (artículo sexto de la resolución 0706 de 1998).

19.- Una vez cerrado definitivamente el Hogar, el artículo primero del acuerdo 50 de 1996 señala que *“el ICBF deberá definir la reubicación del Hogar cerrado o de los niños de conformidad con las necesidades de atención y los recursos existentes”*. El artículo sexto *ídem* especifica que la reubicación procederá *“cuando subsista la necesidad del servicio”* y con el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- *“Que exista demanda comprobada del servicio y compromiso de los padres de familia para participar en su organización.*
- *Que existan personas dispuestas a colaborar con su trabajo solidario, como Madre Comunitaria, preferiblemente integrantes del banco o lista de elegibles de Madres capacitadas.*
- *Que haya disponibilidad de espacios físicos familiares o comunitarios en el sector”*.

El artículo séptimo de la resolución 0706 de 1998 agrega:

- *“Que se pueda garantizar la adscripción del Hogar a una Asociación de Padres de Hogares Comunitarios que ya tenga suscrito Contrato de Aporte con el ICBF.*
- *Que los Hogares Comunitarios existentes en el sector donde se va a reubicar el Hogar tengan cobertura completa”*.

20.- Los mencionados actos administrativos también regulan la sustitución temporal de las madres comunitarias. La cual sólo se podrá dar por (i) licencia de maternidad, (ii) incapacidad médica transitoria y (iii) ausencia conocida por la Junta Directiva de la Asociación que no exceda de un mes *“con el visto bueno del Supervisor del Contrato de Aporte”* (artículo quinto del acuerdo 50 de 1996). En estos casos la

atención de los niños se hará en un Hogar Temporal *“por el tiempo que señale la respectiva certificación médica o por la del reporte del Presidente de la Asociación, caso último en que no puede exceder de un mes”*, de acuerdo con el artículo noveno de la resolución 0706 de 1998. El párrafo del mismo artículo indica que *“en caso de que la Madre Comunitaria no reanude el servicio dentro del término autorizado, se procederá a ordenar el cierre del hogar de conformidad con el procedimiento establecido en la resolución”*.

Determinación de los hechos relevantes

21.- Como se expresó, tanto en la acción de tutela como en el escrito de contestación de la misma se relatan una gran cantidad de hechos, pero sólo algunos de ellos resultan relevantes para resolver el caso planteado en el proceso de la referencia. El criterio para identificarlos son las razones expresadas por el ICBF en la resolución 002 del 18 de marzo de 2009 como fundamento para cerrar el Hogar Comunitario CC.

El alegato fundamental de la peticionaria es que el motivo del cierre del hogar en el cual se desempeñaba como madre comunitaria fue en realidad la enfermedad que padece (VIH) y no las razones esgrimidas por el ICBF en la citada resolución. En otras palabras, sostiene haber sido discriminada en razón de la misma. Así las cosas, para confirmar o descartar la discriminación, la Sala debe establecer si los hechos que motivaron el cierre del hogar comunitario, según la resolución mencionada, fueron probados y si estos son fundamento suficiente para la decisión adoptada de acuerdo a las normas aplicables. Si ello es así, se descartaría la discriminación denunciada pues la actuación del ICBF estaría basada en razones objetivas, pero si no lo es, la única razón que explicaría la conducta del demandado sería la enfermedad que padece de la actora y, en este sentido, habría existido discriminación en perjuicio de la misma.

Ahora bien, la Sala se limitará a hacer el referido estudio sólo respecto de las razones expresadas por el ICBF en la resolución 002 del 18 de marzo de 2009 pues no puede aceptar que el demandado aduzca, en sede de tutela, otras distintas a las que consignó en la decisión de cierre. Ello se traduciría en una violación al debido proceso ya que la accionante no tuvo la oportunidad de defenderse de las mismas durante el trámite administrativo. No se compadece con el respeto a este derecho fundamental que una entidad estatal adopte una decisión y después, ante un reclamo judicial, busque “completar” las razones que la llevaron a la misma. No puede la Sala avalar tal conducta y, en ese sentido, excluirá

del análisis cualquier motivación no expresada en el acto administrativo de cierre del hogar comunitario.

22.- En ese orden de ideas, el patrón fáctico relevante en el presente caso está constituido por (i) el hecho de que la accionante no reiniciara sus labores como madre comunitaria el 28 de enero de 2009, (ii) su ausencia injustificada el 2 de marzo del mismo año, (iii) la falta de planeación de actividades pedagógicas y su posterior simplicidad, (iv) la falta de ambientación del hogar comunitario y su posterior simplicidad, (v) el hecho de que las carpetas de documentación de los niños y niñas que asistían al hogar comunitario estuvieran incompletas y (vi) la falta de orden e higiene, todo esto durante los meses de febrero y marzo de 2009. Tales fueron las razones consignadas por el ICBF en la resolución 002 del 18 de marzo de 2009 como fundamento de la decisión del cierre del Hogar Comunitario CC⁸³. Como ya se señaló, sólo respecto de estos hechos, la Sala determinará si fueron probados y si son suficientes para el cierre de un hogar comunitario de acuerdo a las normas aplicables.

Determinación de los hechos probados

23.- Tal y como se adelantó, antes de iniciar la resolución del caso concreto, la Sala debe indicará cuales fueron los hechos que quedaron plenamente demostrados con la actividad probatoria de las partes, de los jueces de instancia y de esta Sala ya que la peticionaria y el ICBF a veces no coinciden en el relato de lo sucedido. Estos son los siguientes:

24.- En enero de 2008 la peticionaria se enteró que era portadora del VIH⁸⁴. El ICBF indicó que, desde junio de 2008, conocía la enfermedad de la actora⁸⁵. Sin embargo, esta última aseguró que desde febrero de 2008 le informó a una asesora del ICBF su diagnóstico⁸⁶. Como no existe ninguna prueba del dicho de la peticionaria, la Sala asumirá que, al menos desde junio de 2008, el ICBF estaba enterado de que la señora AA padecía de VIH.

25.- La actora expresó que, desde junio de 2008 el ICBF comenzó “*a frecuentar de manera inusual el hogar comunitario*”⁸⁷. Aunque esta fecha coincide con aquella en la cual la entidad conoció de la enfermedad de la peticionaria, la Sala no encontró probada una intensificación de las visitas a partir de la misma. Ello sólo sucedió en el

⁸³ Folios 127-128, cuaderno principal.

⁸⁴ Folios 38-39, cuaderno 1.

⁸⁵ Folio 74, cuaderno 1.

⁸⁶ Folio 2, cuaderno 1.

⁸⁷ Folio 2, cuaderno 1.

mes de marzo de 2009 en el cual se realizaron cuatro visitas, que finalmente desembocaron en el cierre del hogar. El siguiente cuadro resume lo dicho:

Mes	Número de visitas
Junio de 2008	1 ⁸⁸
Julio de 2008	0
Agosto de 2008	2 ⁸⁹
Septiembre de 2008	0
Octubre de 2008	1 ⁹⁰
Noviembre de 2008	1 ⁹¹
Febrero de 2009	2 ⁹²
Marzo de 2009	4 ⁹³

26.- El ICBF aceptó que, una vez se enteraron del diagnóstico de VIH, sus funcionarios se preocuparon *“por la salud de la señora AA y la de los niños que ella atiende”* y por ello *“la asesora del programa”* le solicitó a la madre comunitaria *“un diagnóstico de un especialista”*. Además, indica que su funcionaria consultó *“a la Sede Regional, con el objetivo de recibir lineamientos con relación al manejo de la enfermedad y a los cuidados que se debían tener para favorecer la salud de los niños”* porque hasta el momento no se habían presentado *“casos con estas características”* y tenían *“poco conocimiento del tema”*⁹⁴. Reconoció que, como no recibió instrucciones, su funcionaria reiteró la solicitud hecha a la actora⁹⁵. Esta última afirma que el primer requerimiento sucedió en marzo de 2008 y que la solicitud consistió específicamente en *“una certificación médica sobre mi aptitud para seguirme desempeñando como madre comunitaria”*⁹⁶, la cual entregó a la funcionaria respectiva⁹⁷. Sostiene que la petición se reiteró en agosto de 2008⁹⁸.

Si bien no hay prueba sobre la fecha exacta en que se hicieron, la Sala encuentra probado que los requerimientos mencionados se realizaron en los términos expresados por la señora AA en algún momento entre junio y octubre de 2008 pues en el expediente consta que, en el acta de la visita

⁸⁸ Folio 75, cuaderno 1.

⁸⁹ Folios 70 y 79, cuaderno principal.

⁹⁰ Folio 84, cuaderno principal.

⁹¹ Folio 76, cuaderno 1.

⁹² Folios 104 y 111, cuaderno principal.

⁹³ Folio 78, cuaderno 1.

⁹⁴ Folio 75, cuaderno 1.

⁹⁵ Folio 76, cuaderno 1.

⁹⁶ Folio 2, cuaderno 1.

⁹⁷ Folio 2, cuaderno 1.

⁹⁸ Folio 3, cuaderno 1.

practicada el 10 de octubre de 2008, la madre comunitaria entregó a la persona que la realizó -la representante legal de la Asociación BB, EE- “*certificación médica expedida por la Dra. Andrea del Pilar Correa a la señora AA en la cual informa que la Sra. puede continuar con sus labores y actividades diarias sin riesgo para la sociedad y su familia*”⁹⁹.

27.- En esta misma visita –la del diez (10) de octubre de 2008- se recomendó “*desinfectar con hipoclorito de sodio cada tres veces al día (sic) mientras se recibe (sic) recomendaciones de salud. Esto para el caso de la señora AA quien presenta situación especial en cuanto a salud / VIH*”.

Además, se indicó que “*a partir de la fecha la señora Leandra Hurtado [compañera de la peticionaria en el hogar comunitario] asumirá lo concerniente a la preparación de alimentos*”¹⁰⁰. A pesar de que el ICBF justificó esta orden en que “*doña AA no guardaba las normas mínimas para evitar riesgos o contagio de virus o bacterias*”¹⁰¹, lo cierto es que ello no quedó consignado en el acta de la visita. En ella sólo se lee que “*se recomienda la utilización del tapabocas y gorro en el servicio de alimentación*”¹⁰², pero no se señaló que la peticionaria fuera la persona que estuviera incumpliendo con esas normas de higiene. También arguyó el ICBF que con la orden antedicha “*se le evitaba [a la señora AA] el riesgo a enfermarse por el calor o una posible cortada que se le podía infectar debido a la baja de defensas por la enfermedad*”¹⁰³.

28.- El veinte (20) de enero año 2009, las madres comunitarias fueron informadas por el ICBF “*de las actividades a realizar durante el mes de enero tiempo que se debía utilizar para las inscripciones de los niños, planeación de actividades y ambientación de Hogar*”¹⁰⁴.

29.- A raíz de una llamada telefónica de la madre de uno de los niños que asistía al Hogar Comunitario CC, quien preguntaba “*sobre el inicio del programa por cuanto no había en el sitio de funcionamiento persona alguna que diera información*”¹⁰⁵, el veintiocho (28) de enero de 2009, por petición del ICBF¹⁰⁶, la representante legal de la Asociación BB –EE- verificó que “*las madres comunitarias AA, FF, del Grupal del DD no sean (sic) reintegrado a la fecha a sus labores. La señora AA manifiesta*

⁹⁹ Folio 85, cuaderno principal.

¹⁰⁰ Folio 85, cuaderno principal.

¹⁰¹ Folio 76, cuaderno 1.

¹⁰² Folio 85 cuaderno principal.

¹⁰³ Folio 76, cuaderno 1.

¹⁰⁴ Folio 127, cuaderno principal.

¹⁰⁵ Folio 127, cuaderno principal.

¹⁰⁶ Folio 127, cuaderno principal.

una incapacidad por cirugía del ojo derecho. Verbalmente no por escrito”¹⁰⁷. Como consecuencia de este informe, el ICBF solicitó a la mencionada representante legal *“hacer un requerimiento escrito a las madres, y enviar copia a este Centro Zonal, para que en lo sucesivo esta situación no vuelva a presentarse”*¹⁰⁸.

30.- El 2 de febrero de 2009, día que se inició la atención a los niños y niñas en el hogar comunitario, se realizó una visita por parte de la representante legal de la Asociación BB –EE-.

El ICBF arguyó que en ella se encontraron varias fallas pero su descripción es imprecisa¹⁰⁹. Según el acta de la misma, las falencias halladas fueron las siguientes: (i) el registro de asistencia mensual (RAM) estaba pendiente de diligenciar, (ii) *“no hay presencia de actividades pedagógicas. Planeación pendiente por terminar del mes de febrero”*, (iii) el hogar no estaba *“ambientado”*, (iv) *“pendientes por organizar carpetas y documentación de los niños. Plazo transcurso 15 días de febrero”* y (v) *“se observa también no realizar actividades de bienvenida hacia los niños, en su primer día de regreso a (sic) vacaciones”*. Respecto de la higiene, el orden y el aseo, se consignó que el hogar estaba aseado. Al final de la visita, se recomendó (i) *“terminar de hacer un aseo muy riguroso”*, (ii) *“diligenciar día a día el ram”* y (iii) planear *“actividades pedagógicas [pues] sólo se encuentra una semana del mes de febrero 2009 planeada”*¹¹⁰.

31.- El 16 de febrero de 2009, fueron el hogar comunitario una psicóloga del ICBF -Magnolia Jaramillo- y la coordinadora de una institución denominada Fundamor, que ayuda a niños, niñas y adolescentes con VIH. Esto en virtud de la *“recomendación brindada por la Sede Regional, Oficina de División Técnica”*¹¹¹. El objetivo de la visita era determinar si, teniendo en cuenta la enfermedad que padece la actora, era apta para continuar como madre comunitaria, no sin antes advertir que *“su desempeño ha sido evaluado como bueno, y se destaca dentro de su barrio, como una líder”*¹¹². Del informe se desprende que la coordinadora de Fundamor conceptuó que *“el contacto directo con los niños no le es perjudicial, el contagio es muy específico (contacto con fluidos), por otra parte el virus, tiene corta vida, y si entra en contacto con calor, es inmediata la muerte de este”*¹¹³. Con base en lo anterior, se

¹⁰⁷ Folio 99, cuaderno principal.

¹⁰⁸ Folio 109, cuaderno 1.

¹⁰⁹ Folio 77, cuaderno 1.

¹¹⁰ Folio 104, cuaderno principal.

¹¹¹ Folio 107, cuaderno principal.

¹¹² Folio 108, cuaderno principal.

¹¹³ Folio 109, cuaderno principal.

concluyó que la peticionaria era *“apta en el momento para desempeñarse en su trabajo; adicionalmente su antigüedad no puede ser ajena al ICBF, quien debe ser leal a la persona que ha dedicado 20 años de su vida al servicio de los niños (sic)”*¹¹⁴.

32.- El mismo día -16 de febrero de 2009- la mencionada psicóloga realizó una visita institucional al hogar comunitario.

Respecto de las fallas halladas en la visita anterior, se encontró que (i) el RAM estaba diligenciado, (ii) la planeación estaba hecha pero *“las actividades se pueden mejorar, ya que se observan demasiado simples”*, (iii) el lugar se encontraba *“ambientado”* pero *“sólo (...) con cuadros pegados”*, y que (iv) *“las carpetas deben actualizarse (...) están pendientes de realizar evaluaciones de odontología y médicas”*.

Adicionalmente, se encontró que *“la alacena”* estaba *“en mal estado oxidada, la nevera debe mejorar, el aseo en regular estado, hay cucarachas”*.

En consecuencia, se recomendó (i) *“mejorar la ambientación”*, (ii) *“tratar de cambiar la alacena, así como comprar licuadora”*, (iii) *“las carpetas completarlas”* y (iv) *“la planeación es muy simple y debe realizarse según las necesidades de los niños (...)”*¹¹⁵.

33.- El dos (2) de marzo de 2009 la referida psicóloga realizó la siguiente visita al hogar. La señora AA no se encontraba presente, sino sólo su compañera¹¹⁶. Aseguró que ese día *“tenía un cita médica para recibir el medicamento necesario para mi diagnóstico”* y que *“la representante de la asociación [de padres] y la funcionaria del ICBF me llamaron la atención a pesar de conocer mi excusa”*¹¹⁷. Sin embargo, no aparece en el expediente excusa médica alguna ni la peticionaria prueba haberla entregado al ICBF.

Respecto de las fallas encontradas en la visita anterior, se verificó que (i) *“la planeación está hasta el 20”*, (ii) *“la ambientación debe mejorarse, existen cuadros preestablecidos alusivos a los niños”*, (iii) había *“desorden”* en una de las habitaciones y (iv) las carpetas estaban de nuevo incompletas. Se recomendó actualizarlas.

En el acta de la visita, el ICBF añadió otra falla, consistente en que al

¹¹⁴ Folio 45, cuaderno 1.

¹¹⁵ Folios 111 y 112, cuaderno principal.

¹¹⁶ Folios 97 y 98, cuaderno 1.

¹¹⁷ Folio 5, cuaderno 1.

momento de la visita a los niños “no se los encontró en actividad específica, [estaban] en juego libre”¹¹⁸.

34.- Ese mismo día -2 de marzo de 2009-, el ICBF decidió pedir a la representante legal Asociación BB –EE- “realizar un seguimiento al trabajo realizado por las madres comunitarias GG [compañera de la accionante] y AA, por lo menos durante una semana, con el objetivo de conocer si llevan a cabo los momentos pedagógicos, y la planeación, dado que en distintas ocasiones se le han dejado recomendaciones, sobre estos temas, tanto por parte de la junta [de la asociación de padres de familia] como por las asesoras del programa (...) Con respecto a los instrumentos técnicos, se observa que las carpetas aún están incompletas a pesar de que en la visita del 16 de febrero se hizo la recomendación de completarlas y actualizarlas”¹¹⁹.

En consecuencia, la mencionada representante legal hizo las visitas al hogar los días 5, 6 y 9 de marzo de 2009.

35.- El ICBF asevera que en estas visitas se corroboró “lo que se tenía evidenciado sobre el trabajo de doña AA, poco planeado e improvisado”¹²⁰. No obstante, revisadas las actas disponibles, la Sala encontró que esta afirmación no es precisa. Lo que está probado es lo siguiente.

- En la visita del 5 de marzo de 2009, respecto de las fallas encontradas en la anterior se expresó que (i), en lo relativo a la planeación, los niños estaban desarrollando el tema de “la casita”, (ii) la ambientación del salón era “agradable la han mejorado faltando por acondicionarla con toda la respectiva ambientación exigida por el ICBF” y que (iii) “aún las carpetas están incompletas”. Se indicó que el hogar estaba “aseado, limpio”¹²¹.
- El acta de la visita del 6 de marzo de 2009 no se encuentra en el expediente, aunque ambas partes coinciden en que se realizó¹²².
- La última visita se realizó el 9 de marzo de 2009. En ella se encontró, (i) respecto de las actividades pedagógicas, que los niños estaban “pintando con crayolas el comedor y reforzando el tema de los buenos modales que hay que tener en el comedor y

¹¹⁸ Folios 97 y 98, cuaderno 1.

¹¹⁹ Folio 103 cuaderno 1.

¹²⁰ Folio 78, cuaderno 1.

¹²¹ Folio 102, cuaderno 1.

¹²² Folios 5 y 78, cuaderno 1.

cantando la cancioncita en la mesa no se ponen los coditos, ni se hacen regueritos". En lo que toca con la ambientación se indicó que era (ii) *"urgente ambientar este hogar grupal, como debe ser"*. Finalmente, (iii) las carpetas se encontraron desordenadas¹²³.

36.- El 18 de marzo de 2009 se expidió la resolución 002 mediante la cual el ICBF decretó *"el cierre definitivo del Hogar Comunitario CC (Hogar Grupal) a cargo de la señora AA"*. Las motivaciones de esta medida fueron las siguientes:

- Según el informe de la Representante Legal de la Asociación BB – EE-, el 28 de enero de 2009 la madre comunitaria no se había reintegrado a las actividades del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar. Ante lo cual manifestó verbalmente que había sido intervenida quirúrgicamente en uno de sus ojos pero no ha presentado la incapacidad respectiva. La madre comunitaria *"al no presentarse al sitio respectivo incumplió las directrices del artículo cuarto (sic) [se refiere al tercero] del acuerdo 050 numeral S inobservancia de los lineamientos técnico administrativos (...) que dificultan el normal funcionamiento del Hogar, el numeral F del acuerdo 050 incumplimiento en la planeación y ejecución de actividades pedagógicas (...)"*.
- *"Se realizó seguimiento el día dos de febrero por parte de la representante legal, encontrando lo siguiente, no hay presencia de actividades pedagógicas, la planeación de febrero está pendiente por terminar, no hay ambientación del hogar.*

El día diez y seis (sic) de febrero se realizó de nuevo la visita, por parte de la asesora Magnolia Jaramillo V psicóloga, encontrando lo siguiente, planeación incompleta, y poco elaborada, de igual forma no se encontró ambientación, y las carpetas de los niños y niñas se encontraban incompletas, el servicio de alimentación se encontró con falta de higiene, por lo que se le deja recomendaciones precisas.

En la visita del día dos de marzo, se encontró que la madre comunitaria no se encontraba, no obstante se revisaron las carpetas, encontrándolas de igual forma incompletas, al igual que la ambientación del salón. Con respecto a la planeación del día no

¹²³ Folio 101, cuaderno 1.

estaba preparado el material para su realización, los niños se encontraron igualmente en juego libre”¹²⁴.

37.- El mismo día de la expedición de la resolución de cierre -18 de marzo de 2009- la actora fue citada en el Centro Zonal Nororiental del ICBF para notificarle personalmente este acto administrativo¹²⁵, sin embargo ella se negó a firmar el documento de notificación debido a que consideró que la real razón de esta decisión era su enfermedad¹²⁶. De esta negativa y de la lectura de la resolución se dejó constancia¹²⁷.

38.- Los niños y niñas que asistían al Hogar Comunitario CC fueron reubicados en otros hogares comunitarios¹²⁸.

39.- A raíz del cierre del hogar comunitario, la peticionaria, que había sido clasificada en el nivel 2 del SISBEN¹²⁹, quedó sin ingreso alguno, lo que se agrava debido a que no cuenta con apoyo familiar¹³⁰. En lo relativo al servicio de salud, una vez desafiliada del régimen contributivo, fue atendida primero como población vinculada y luego como parte del régimen subsidiado¹³¹. Aunque la actora refiere fallas en la prestación del servicio de salud¹³², no aporta prueba de las mismas.

40.- Contrario a lo manifestado por la señora AA, la Sala encontró que el pago de noviembre de 2008 sí fue hecho por el ICBF¹³³.

Establecido el régimen jurídico aplicable y determinados los hechos relevantes y probados en el asunto de la referencia, se dispone la Sala a resolver el caso concreto.

Caso concreto

Procedencia excepcional de la acción de tutela para controvertir actos administrativos

41.- A juicio de la Sala, el alegato fundamental de la peticionaria no es el reconocimiento de una relación laboral con el ICBF –como estimó el juez

¹²⁴ Folio 127 y 128, cuaderno principal.

¹²⁵ Folio 5, cuaderno 1. Folio 130, cuaderno principal.

¹²⁶ Folio 6, cuaderno 1.

¹²⁷ Folio 133, cuaderno principal.

¹²⁸ Folio 194, cuaderno principal.

¹²⁹ Folio 205, cuaderno principal.

¹³⁰ Folios 195 y ss, cuaderno principal.

¹³¹ Folios 204 y ss, cuaderno principal.

¹³² Folios 195 y ss, cuaderno principal.

¹³³ Folio 91, cuaderno principal.

de primera instancia¹³⁴- sino la supuesta discriminación que motivó el cierre del hogar comunitario. Así, en vista de que el hecho generador de las violaciones de derechos que denuncia la peticionaria está contenido en un acto administrativo -la resolución 002 del 18 de marzo de 2009 expedida por el ICBF- la acción de tutela de la referencia resultaría improcedente a causa del carácter subsidiario que posee este mecanismo judicial, pues el legislador ha establecido un escenario judicial concreto para controvertir este tipo de actos, cual es la jurisdicción contencioso administrativa mediante una acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

42.- Sin embargo, el numeral 1 del artículo 6 del decreto 2591 de 1991 establece una de las excepciones a la regla general de improcedencia de la tutela cuando existen otros mecanismos judiciales. En efecto, la acción de tutela procederá como mecanismo principal y definitivo en el evento en que el medio judicial ordinario no resulte eficaz en el caso concreto. Es por ello que el numeral 1 del artículo 6 del decreto 2591 de 1991 prescribe que *“la existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante”*.

Este Tribunal ha considerado que los mecanismos ordinarios no suelen ser eficaces cuando se trata de personas que reclaman prestaciones económicas necesarias para su subsistencia y que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta (artículo 13 de la Constitución)¹³⁵ por su avanzada edad, por su mal estado de salud, por la carencia de ingreso económico alguno, por su condición de madre cabeza de familia con hijos menores de edad y/o por su situación de desplazamiento forzado, entre otras¹³⁶. Frente a estas circunstancias, las acciones ordinarias no son lo suficientemente expeditas frente a la exigencia de protección inmediata de derechos fundamentales a la vida digna, al mínimo vital, a la salud, a la educación, a la vivienda digna, a la alimentación adecuada y a la seguridad social¹³⁷.

43.- Esta Corte ha dado aplicación al criterio descrito en el caso de las personas que padecen de VIH-SIDA. Así, en la sentencia T-021 de 2010 se concedió de manera definitiva la pensión de sobrevivientes a una mujer que padecía esta enfermedad pues ésta *“genera un detrimento significativo en la salud de la actora. La circunstancia antedicha*

¹³⁴ Folio 127, cuaderno 1.

¹³⁵ En este sentido, sentencia T-630 de 2006.

¹³⁶ Ver las sentencias T-401 de 2004, T-971 de 2005, T-836 de 2006, T-692 de 2006, T-129 de 2007, T-236 de 2007 y T-593 de 2007, entre otras.

¹³⁷ En este sentido, sentencia T-593 de 2007.

enmarca a la accionante en el grupo sujetos considerados de especial protección constitucional, para los cuales el Estado tiene el deber de protegerlos y de sancionar cualquier abuso que se cometa en contra de ellos. Adicionalmente se encuentra probado que la actora carece de otros medios para garantizarse su propia subsistencia, pues la enfermedad que padece, le impide desarrollar alguna actividad productiva y debido a esto la peticionaria no ha podido sufragar los gastos que conlleva su enfermedad, ni satisfacer sus necesidades básicas”.

Similares consideraciones se hicieron en la sentencia T-592 de 2010 en la que se concedió, también de forma definitiva, la pensión de sobrevivientes a un hombre que sufría esta enfermedad. En concreto se señaló que *“el demandante hace parte de un grupo de especial protección por parte del Estado pues padece VIH –SIDA, enfermedad que lo ha colocado en un estado de deterioro permanente con grave repercusión sobre su vida misma, toda vez que este virus ataca el sistema de defensas del organismo dejándolo desprotegido frente a cualquier afección, lo cual ha obstaculizado su normal desarrollo laboral (...) En el presente caso el solicitante se encuentra en condición de debilidad manifiesta, pues se trata de una persona que merece especial protección por parte del Estado, por su condición de portador de VIH -SIDA. Lo anterior, permite inferir (...) que el procedimiento ordinario no es eficaz para la protección inmediata de sus derechos. En ese sentido, encuentra esta Sala procedente la presente acción de tutela como mecanismo de protección”.*

44.- A la luz de lo anterior, la Sala considera que en el asunto bajo revisión la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no resultaría eficaz pues no es lo suficientemente expedita frente a la exigencia de protección inmediata de derechos fundamentales de la peticionaria quien se encuentra en una situación de debilidad manifiesta debido a que padece de VIH¹³⁸ y no ingreso alguno¹³⁹. Como se indicó, la jurisprudencia constitucional ha estimado que la carencia de ingresos económicos y el mal estado de salud, más específicamente aquel ocasionado por el VIH o el SIDA, son razones suficientes para que el amparo proceda de forma definitiva cuando se solicitan prestaciones económicas necesarias para la subsistencia, como sucede en este caso en el que la actora busca retornar a la actividad que le proporcionaba los ingresos necesarios para satisfacer sus necesidades básicas.

¹³⁸ Folios 38-39, cuaderno 1.

¹³⁹ Folios 195 y ss, cuaderno principal.

Jurisprudencia constitucional sobre la violación de derechos fundamentales a causa de la discriminación de las personas portadoras del VIH y su aplicabilidad a las madres comunitarias

45.- Desde la sentencia SU256 de 1996, esta Corte ha reconocido que *“por falta de información y de concientización más amplias, los enfermos de Sida, e inclusive los portadores sanos del VIH, vienen siendo objeto de discriminación social y laboral”*. Ha explicado que estas personas *“suelen encontrarse en situaciones de discriminación, en razón a (i.) la infección misma - con todos los temores que ella genera -, (ii.) la errada apreciación de que los infectados con V.I.H./SIDA forman parte de la población homosexual (tradicionalmente segregada), o (iii.) el hecho que el tratamiento de la enfermedad genera una serie de costos que no resultan ‘rentables’ para las Entidades Prestadoras del Servicio de Salud”*¹⁴⁰. Es por ello que ha indicado que *“su enfermedad los hace particularmente vulnerables a la segregación social, sexual, económica y laboral, convirtiéndolos en una población expuesta a que se vulneren sus derechos”*¹⁴¹.

Verificada esta situación de especial vulnerabilidad, la jurisprudencia constitucional ha rechazado enérgica e insistentemente cualquier tipo de trato diferente e injustificado que se base en el hecho de que una persona padezca de SIDA o sea portador del VIH. Concretamente, en la sentencia T-898 de 2010 esta Corte expresó que *“no existe un fundamento constitucional razonable que permita un trato de esta naturaleza”*. Ello por ir en contra del artículo 13 de la Constitución, que reconoce el derecho a la igualdad ante la ley, ordena que todas las personas reciban *“la misma protección y trato de las autoridades”* y les otorga *“los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación”*¹⁴².

46.- La prohibición de discriminación de las personas que sufren de SIDA o que son portadoras del VIH es plenamente aplicable al Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar. Al margen del tipo de relación entre las madres comunitarias y las entidades u organizaciones que participan en el Programa, no hay razón alguna para excluirlo pues el artículo 13 de la Carta Política consagra un derecho a la igualdad en todos los ámbitos al prescribir que todas las personas recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin discriminación.

¹⁴⁰ Sentencia T-898 de 2010.

¹⁴¹ Sentencia T-992 de 2007. En el mismo sentido, las sentencias T-469 de 2004 y T-1218 de 2005, entre otras.

¹⁴² En similar sentido las sentencias SU256 de 1996, T-739 de 2005 y T-1218 de 2005, entre otras.

Además, permitir la discriminación por la razón anotada en el marco de este Programa constituiría un incumplimiento de las obligaciones del Estado consistentes en promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y proteger especialmente a aquellas personas que por su condición física se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta (artículo 13 superior).

47.- Ahora bien, ¿Cómo se determina que una conducta ha sido discriminatoria, es decir, que ha estado motivada precisamente porque la persona padece de SIDA o es portador del VIH?

Para resolver este interrogante, esta Corte ha construido una presunción de discriminación que invierte la carga de la prueba a favor de la persona que denuncia haberla sufrido¹⁴³. Por regla general, en los procesos judiciales es el demandante el que debe probar lo que sustenta su pretensión, que en este caso sería la discriminación. Sin embargo, en este evento, la carga de la prueba se invierte y, en consecuencia, el demandado debe probar que no ha existido discriminación, demostrando una razón objetiva para su conducta. En virtud de la presunción, si se prueba alguna razón objetiva la discriminación será descartada pero si ésta no se logra probar, la conducta se tendrá por discriminatoria. Para activar la presunción explicada, lo que debe demostrar el demandante, por cualquier medio probatorio, es que el demandado conocía que padecía de SIDA o era portador del VIH¹⁴⁴, condición que se entiende cumplida también cuando el demandante lo afirma y el demandado no lo niega¹⁴⁵.

Esta inversión de la carga de la prueba no sólo se ha aplicado en los casos de discriminación a causa del SIDA o del VIH, sino que se ha usado por esta Corte en otros eventos de discriminación, específicamente contra la mujer¹⁴⁶. En otras ocasiones es la misma ley la que la construye, como en el caso del despido de la mujer embarazada o en licencia de maternidad¹⁴⁷ o en el caso las personas con limitaciones¹⁴⁸. De modo tal

¹⁴³ Sentencias T-469 de 2004 y T-898 de 2010, entre otras.

¹⁴⁴ Por ejemplo, en la sentencia T-739 de 2005 el demandante no logró demostrar que la empresa demanda sabía de su condición de portador del VIH pues el mismo admitió que no se la había manifestado a nadie y la empresa logró probar que no siquiera uno de sus mas cercanos amigos la conocía, razón por la cual el amparo fue negado. Lo mismo sucedió en las sentencias T-934 de 2005 y T-1218 de 2005.

¹⁴⁵ Sentencia T-992 de 2007.

¹⁴⁶ Ver las sentencias T-247 de 2010, C-534 de 2005 y T-326 de 1995.

¹⁴⁷ Artículo 239 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo. En este caso la presunción se activa cuando el empleador despide a la mujer embarazada o en estado de lactancia sin previo permiso del inspector del trabajo.

que es un elemento al que se suele recurrir tanto por el juez constitucional como por el legislador cuando se trata de discriminación.

Las razones para hacer, en estas hipótesis, una excepción a la regla general según la cual es el que demanda el que debe probar los hechos que fundamentan sus pretensiones son varias¹⁴⁹. En primer lugar, por la dificultad probatoria de todo acto discriminatorio debido a que estos, por regla general, no se hacen de forma manifiesta sino que buscan ser escondidos, precisamente porque se sabe que son contrarios a la Constitución. En segundo lugar, por la especial protección de la que son acreedores aquellos sujetos que hacen parte de grupos tradicionalmente discriminados y que, como tal, se encuentran en una situación de debilidad respecto de quien los discrimina. Recuérdese que el artículo 13 de la Constitución ordena al Estados proteger *“especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta”*. Finalmente, la inversión de la carga de la prueba es una forma de cumplir con el mandato constitucional consistente en promover *“las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva”* y *“adoptar medidas en favor de grupos discriminados o marginados”* (artículo 13). Esta situación de especial vulnerabilidad, como se vio, ya ha sido reconocida por esta Corte en los casos de personas que padecen de SIDA o que son portadores del VIH.

Así las cosas, “exigir que la parte discriminada demuestre el ánimo discriminatorio resulta una imposición exorbitante que tendría como resultado una negación de justicia en muchos de estos casos, teniendo especial consideración el que se haga respecto de sujetos que reciben especial protección por parte del ordenamiento constitucional. Por otro lado, la inversión de la carga probatoria no resulta una exigencia excesiva para la contraparte, ya que si su conducta se ajustó a parámetros constitucionales contará con los elementos necesarios para demostrar que histórica, contextual y laboralmente no ha existido comportamiento alguno que involucre distinciones no legítimas al momento de determinar el acceso a oportunidades”¹⁵⁰.

48.- En el asunto de la referencia, la Sala encuentra que la peticionaria fue discriminada por el ICBF ya que la decisión de cierre del hogar comunitario en el cual se desempeñaba como madre comunitaria estuvo motivada por su condición de portadora del VIH, como se demostrará a continuación.

¹⁴⁸ Artículo 26 y siguientes de la ley 361 de 1997. En este caso la presunción se activa cuando el empleador despide a la persona con limitaciones sin previo permiso del inspector del trabajo.

¹⁴⁹ Para una explicación detallada de estas razones ver la sentencia T-247 de 2010.

¹⁵⁰ Sentencia T-247 de 2010.

Como se expresó en el acápite de los hechos probados, el ICBF aceptó que desde junio de 2008 conocía que actora era portadora del VIH¹⁵¹. Según la jurisprudencia constitucional¹⁵², al estar probado este conocimiento se activa la presunción que invierte la carga de la prueba a favor de la peticionaria, por lo cual debe la Sala verificar si el demandado demostró que no existió discriminación, es decir, probó una razón objetiva para el cierre del hogar comunitario. Contrario a lo manifestado por el demandado¹⁵³ y por el juez de primera instancia¹⁵⁴, la cercanía entre el momento en que el empleador se entera de la enfermedad del empleado y el momento del despido, no es el criterio fundamental para determinar la existencia de la discriminación sino tan sólo un indicio de la misma, pues entonces bastaría que éste último dejara pasar algún tiempo para que triunfara el ánimo discriminatorio.

De la exhaustiva revisión de las pruebas obrantes en el expediente, la Sala concluye que la peticionaria subsanó varias de las fallas que fueron detectadas en las visitas institucionales realizadas por el ICBF en el año 2009. Está probado que corrigió, en la siguiente visita o a más tardar en la que siguió a esa, aquellas consistentes en (i) la falta de planeación de las actividades pedagógicas, (ii) la falta de ambientación del hogar comunitario, (iii) la simplicidad de las actividades pedagógicas y (iv) el desorden y falta de higiene en el hogar. Rectificadas estas falencias, no podía el ICBF usarlas como fundamento de la resolución de cierre del hogar comunitario pues el artículo 1 del acuerdo 50 de 1996 autoriza a que se proceda con esta medida sólo cuando éstas “*no se subsanan en el término establecido*”. Nótese que en ninguno de estos casos el ICBF dio un término preciso para enmendar los errores encontrados como lo ordena el artículo 3 *idem*, razón por lo cual era válido que la peticionaria lo hiciera en las siguientes visitas. Así las cosas, contrario a lo sostenido por la entidad pública demandada en la resolución de cierre del hogar¹⁵⁵, aunque la accionante incurrió en la causal f) descrita en el artículo 3 del referido acuerdo -“*Incumplimiento en la planeación y ejecución de las actividades pedagógicas*”- corrigió su conducta en tiempo y, por consiguiente, no procedía el cierre del hogar comunitario. El siguiente cuadro demuestra lo expresado.

¹⁵¹ Folio 74, cuaderno 1.

¹⁵² Ver las sentencias T-469 de 2004, T-739 de 2005, T-934 de 2005, T-898 de 2010, T-1218 de 2005 y T-992 de 2007, entre otras.

¹⁵³ Folio 75, cuaderno 1.

¹⁵⁴ Folio 128, cuaderno 1.

¹⁵⁵ Folios 127 y 128, cuaderno principal.

Falla	Informe 28 de enero¹⁵⁶	Visita 2 de febrero¹⁵⁷	Visita 16 de febrero¹⁵⁸	Visita 2 de marzo¹⁵⁹	Visita 5 de marzo¹⁶⁰	V
Ausencias sin excusa médica	Detectada			Detectada		
Falta de planeación de actividades pedagógicas		Detectada	Corregida			
Falta de ambientación del hogar comunitario		Detectada	Corregida			
Desorden y falta de diligenciamiento de las carpetas de las niñas y niños		Detectada. Plazo: 15 de febrero.	No fue corregida. Incumplió el plazo.	No fue corregida	No fue corregida	
Simplicidad de las actividades de planeación			Detectada	No fue corregida. A los niños “no se los encontró en actividad específica, [estaban] en juego libre”	Corregida. Los niños estaban desarrollando el tema de “la casita”.	
	Informe	Visita	Visita 16	Visita 2 de	Visita 5 de	V

¹⁵⁶ Folio 99, cuaderno principal.

¹⁵⁷ Folio 104, cuaderno principal.

¹⁵⁸ Folios 111 y 112, cuaderno principal.

¹⁵⁹ Folios 97-98, cuaderno 1.

¹⁶⁰ Folio 102, cuaderno 1.

¹⁶¹ Folio 101, cuaderno 1.

Falla	28 de enero ¹⁶²	2 de febrero ¹⁶³	de febrero ¹⁶⁴	marzo ¹⁶⁵	marzo ¹⁶⁶
Simplicidad de la ambientación del hogar comunitario			Detectada. El lugar se encontraba “ <i>ambientado</i> ” pero “ <i>sólo (...) con cuadros pegados (...)</i> ”.	No fue corregida. Se indicó que “ <i>debe mejorarse</i> ”.	No fue corregida. Se indicó que faltaba “ <i>acondicionala con toda la respectiva ambientación exigida por el ICBF</i> ”.
Orden y aseo en regular estado			Detectada. El aseo estaba “ <i>en regular estado, hay cucarachas</i> ”.	No fue corregida. Había “ <i>desorden</i> ” en una de las habitaciones.	Corregida. Se indicó que el hogar estaba “ <i>aseado, limpio</i> ”.

Entonces, según el acervo probatorio, las falencias no corregidas fueron (i) la simplicidad de la ambientación del hogar, en relación con la que no se estipuló plazo alguno, (ii) el desorden y falta de diligenciamiento de las carpetas de documentación de los niños y niñas, respecto de lo cual la actora incumplió el término otorgado para subsanar (15 de febrero de 2009) y sus ausencias injustificadas (iii) el 28 de enero y (iv) el 2 de marzo de 2009.

La Sala estima que, de acuerdo con las normas aplicables, estas fallas no eran suficientes para justificar la decisión de cierre del hogar comunitario. El artículo 3 del acuerdo 50 de 1996 no incluye ninguna de ellas como causal de esta medida. Sin embargo, puede sostenerse, como hace el ICBF en la resolución de cierre¹⁶⁸, que hacen parte de los “*lineamientos técnico administrativos*” del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar, cuyo incumplimiento por parte de las madres comunitarias sí es una causal de cierre de los hogares comunitarios según

¹⁶² Folio 99, cuaderno principal.

¹⁶³ Folio 104, cuaderno principal.

¹⁶⁴ Folios 111 y 112, cuaderno principal.

¹⁶⁵ Folios 97-98, cuaderno 1.

¹⁶⁶ Folio 102, cuaderno 1.

¹⁶⁷ Folio 101, cuaderno 1.

¹⁶⁸ Folios 127 y 128, cuaderno principal.

el ordinal s). Aun así, la norma exige que la inobservancia de los mismos “*dificulte el normal funcionamiento del hogar*”, lo cual no sucedió en el caso del Hogar Comunitario CC. Ninguna de las pruebas que reposan en el expediente lo indica. Ni siquiera la resolución de cierre explica concretamente de que forma estas falencias dificultaron el normal funcionamiento del hogar pues simplemente se hace en ella un listado de las mismas sin ninguna consideración adicional¹⁶⁹. La Sala no desconoce que estos errores deben ser corregidos en aras del buen funcionamiento del Programa pero reconoce que, para tomar una decisión tan drástica como la del cierre definitivo, las normas pertinentes exigen expresamente que lleguen al punto de alterar su normal funcionamiento.

Específicamente en lo que toca con las ausencias injustificadas de la señora AA, la Sala verifica que, como el mismo ICBF acepta, el 28 de enero de 2009 no había iniciado la atención a los niños y niñas¹⁷⁰ y el 2 de marzo del mismo año la peticionaria dejó encargada a su compañera¹⁷¹, razón por la cual no se afectó “*el normal funcionamiento del hogar*”. Prueba de ello es que en la resolución de cierre¹⁷² el ICBF no aplicó la causal h) del artículo 3 del acuerdo 50 de 1996 que consiste en “*abandono temporal o descuido verificado de la madre comunitaria en la atención del grupo de niños*”. Reitera la Sala que estas ausencias no son deseables para el buen funcionamiento del Programa pero en el caso de la peticionaria no llegaron a impedir “*el normal funcionamiento del hogar*”, requisito fundamental para que el ICBF pueda cerrar de forma definitiva un hogar comunitario de conformidad con la regulación vigente.

Del análisis precedente, la Sala concluye que el demandado no logró probar que existieron, de acuerdo con las normas aplicables, razones objetivas que justificaran el cierre del hogar comunitario Hogar Comunitario CC, lo que deriva en que se encuentra demostrada la discriminación de la accionante por su condición de portadora del VIH, en virtud de la presunción que ha construido la jurisprudencia constitucional¹⁷³.

49.- Esta decisión discriminatoria no sólo vulneró el derecho a la igualdad de la peticionaria sino que también afectó otros derechos como la dignidad humana y la seguridad social pues, a raíz del cierre del hogar

¹⁶⁹ Folios 127 y 128, cuaderno principal.

¹⁷⁰ Folio 127, cuaderno principal.

¹⁷¹ Folios 97-98, cuaderno 1.

¹⁷² Folios 127 y 128, cuaderno principal.

¹⁷³ Ver las sentencias T-469 de 2004, T-739 de 2005, T-934 de 2005, T-898 de 2010, T-1218 de 2005 y T-992 de 2007, entre otras.

comunitario, la actora quedó en una precaria situación económica debido a que cesó la actividad en la que se desempeñaba y, por tanto, dejó de percibir los ingresos que le permitían subsistir y hacer sus aportes a la seguridad social, lo que se agravó debido a que no cuenta con apoyo familiar¹⁷⁴ y es una persona de escasos recursos clasificada en el nivel 2 del SISBEN¹⁷⁵.

50.- Asimismo la Sala encuentra que se violó el derecho al debido proceso de la señora AA debido a que, como se explicó, el ICBF no llevó a cabo el procedimiento administrativo de cierre del hogar comunitario con estricto apego a las normas que lo regulan, lo que contradice el artículo 29 de la Constitución que ordena “*ser juzgado*” conforme a las leyes y “*con observancia de las formas propias de cada juicio*” y aclara que tal previsión se aplica “*a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas*”.

Esta Corte ha resaltado la “*importancia que, en un Estado de Derecho, tiene la observancia de los procedimientos señalados por el legislador para el desarrollo de los diversos procesos. Procedimiento que tiene como principal finalidad, dar prevalencia a los derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y a la defensa, y hacer efectivo el principio de justicia material que rige al Estado Social de Derecho, razón por la que no se puede considerar como baladí, el hacer obligatoria la observancia de las formas propias de cada juicio (...) La garantía constitucional del debido proceso incluye, como elemento determinante, el de la obligatoriedad de las formas propias de cada juicio. Se trata de asegurar que, en todos los trámites judiciales o administrativos, se apliquen las normas previamente definidas por la ley para el tipo de asunto materia de examen, con el objeto de que quien acude a los jueces -o a la administración, en su caso-, o es llamado por ellos, no sea sorprendido por nuevas disposiciones, ni sea tratado de manera diferente a aquélla en que lo son quienes se encuentran en sus mismas circunstancias. Se preserva así el valor de la seguridad jurídica y se hacen valer los postulados de la justicia y de la igualdad ante la ley. La obligatoriedad del anterior mandato es absoluta y obliga a todos los funcionarios, pues es claro que el debido proceso ha de aplicarse a toda actuación judicial o administrativa, tal como lo señala el artículo 29 de la Constitución*”¹⁷⁶.

51.- Verificada la discriminación antedicha y la consecuente vulneración

¹⁷⁴ Folios 195 y ss, cuaderno principal.

¹⁷⁵ Folio 205, cuaderno principal.

¹⁷⁶ Sentencia T-1013 de 1999. En el mismo sentido, la sentencia C-491 de 1996.

de los derechos fundamentales a la igualdad, a la dignidad humana, a la seguridad social y al debido proceso de la peticionaria, la Sala dejará sin efectos la resolución 002 del 18 de marzo de 2009 expedida por el ICBF mediante la cual se decretó el cierre definitivo del “*Hogar Comunitario CC (Hogar Grupal) a cargo de la señora AA*”.

Debido a que los niños y niñas que asistían a este Hogar ya fueron reubicados en otros hogares comunitarios¹⁷⁷, para abstenerse de generar traumatismos administrativos, la Sala no ordenará la reapertura del mismo. En su lugar, ordenará que el ICBF –Regional Valle del Cauca– asegure a la peticionaria, si esta lo desea y si su estado de salud actual lo permite, su continuidad como madre comunitaria del Programa de los Hogares Comunitarios de Bienestar en la ciudad de Santiago de Cali, ya sea a través de la reapertura del hogar cerrado, de la apertura de un nuevo hogar comunitario, de su ubicación en un hogar comunitario ya existente o desempeñándose como sustituta temporal de las madres comunitarias que se encuentren ausentes, en licencia de maternidad o con incapacidad médica transitoria¹⁷⁸, lo que mejor se acomode a las necesidades y regulaciones del Programa.

Si el estado actual de salud de la señora AA lo permite y esta acepta volver a desempeñarse como madre comunitaria, una vez reincorporada a sus labores, deberá afiliarse inmediatamente al sistema contributivo en salud y pensiones y los aportes al mismo deberán hacerse de la forma estipulada en las normas relativas a las madres comunitarias.

Así mismo, en cualquier caso, para garantizar que la decisión discriminatoria no frustre el derecho a la seguridad social de la peticionaria en el sentido de que por falta de semanas cotizadas se le niegue en un futuro el acceso a una pensión de invalidez o vejez, el ICBF deberá proceder a pagar, al fondo de pensiones al cual estaba afiliada la peticionaria, las cotizaciones que han debido hacerse al sistema de seguridad social en pensiones desde el cierre del hogar hasta la efectiva reincorporación de la peticionaria a sus labores. No se ordena lo mismo respecto de las cotizaciones en salud porque consta en el expediente que, una vez desafiliada del régimen contributivo a causa del cierre del hogar, la peticionaria fue atendida en la red pública de salud como población vinculada y luego como parte del régimen subsidiado¹⁷⁹, de modo tal que el servicio de salud fue asumido por el Estado.

¹⁷⁷ Folio 194, cuaderno principal.

¹⁷⁸ Estas son las hipótesis de sustitución temporal de las madres comunitarias de las que habla el artículo 5 del acuerdo 50 de 1996.

¹⁷⁹ Folios 204 y ss, cuaderno principal.

Ahora bien, si la señora AA se encuentra incapacitada de forma permanente para ejercer como madre comunitaria debido a su enfermedad, el ICBF deberá asesorarla, a través de su oficina jurídica, en la petición y trámite de la respectiva pensión de invalidez según las normas que rigen para las madres comunitarias.

Dentro de sus pretensiones la actora también incluye el pago de la indemnización del artículo 26 de la ley 361 de 1997¹⁸⁰, a lo cual no se accederá pues ésta sólo surge cuando se trata de una persona “*con limitaciones*”, que no es el caso de la señora AA, cuya enfermedad no había evolucionado hasta el punto de entrar en la categoría mencionada, según la certificación médica que ella misma entregó al ICBF¹⁸¹.

Respecto de la pretensión de declarar “*la existencia de un contrato realidad entre las accionadas y yo (...) desde hace veintiún años de servicio*”¹⁸², la Sala estima que la actora debe plantearla ante la jurisdicción laboral ordinaria. A diferencia del reclamo por discriminación, aquí no se configura una excepción al principio de subsidiariedad del amparo ya que, una vez regrese al Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar, la señora AA contará con los recursos necesarios para proveerse su subsistencia de una manera digna y podrá afrontar el proceso laboral sin desmedro de sus derechos fundamentales.

52.- Además del cierre del hogar comunitario motivado por ser portadora del VIH, la señora AA denuncia otras conductas del ICBF que fueron probadas dentro del presente proceso y que, en su parecer, también fueron discriminatorias, tales como (i) la solicitud de una certificación médica sobre su aptitud para seguir desempeñándose como madre comunitaria¹⁸³, (ii) la posterior visita de una persona perteneciente a Fundamor con el mismo objetivo¹⁸⁴, a pesar de que ya había hecho entrega del certificado solicitado¹⁸⁵, y (iii) la orden de “*desinfectar con hipoclorito de sodio cada tres veces al día (sic)*”, (iv) así como aquélla consistente en no desarrollar la tarea de preparación de los alimentos¹⁸⁶. Por su lado el ICBF defiende su actuación amparado en su deber de velar por el bienestar de los niños y niñas del Programa y por la salud misma de la madre comunitaria¹⁸⁷.

¹⁸⁰ Folio 23, cuaderno 1.

¹⁸¹ Folio 85, cuaderno principal.

¹⁸² *Ibíd.*

¹⁸³ Folio 75 y 76, cuaderno 1.

¹⁸⁴ Folio 108, cuaderno principal.

¹⁸⁵ Folio 85, cuaderno principal.

¹⁸⁶ Folio 85, cuaderno principal.

¹⁸⁷ Folios 75 y 76, cuaderno 1.

Lo sucedido revela, como el mismo demandado lo reconoce¹⁸⁸, la ausencia de un protocolo que guie la actuación de los funcionarios del ICBF en caso de que una madre comunitaria manifieste que tiene SIDA o que es portadora del VIH, el cual sin duda es necesario para los fines señalados por el demandado. Ante la falta de pautas de actuación, los funcionarios tomaron las medidas mencionadas sin conocimiento técnico acerca de la forma de contagio de la enfermedad de la actora y de las precauciones que se debían tomar para resguardar su salud y la de los niños y niñas que atendía. En otras palabras, a falta de parámetros claros, actuaron basados en prejuicios al adoptar medidas que incluso pudieran no haber sido idóneas para el fin que se proponían.

Por lo anterior la Sala ordenará al ICBF que, con apoyo de las entidades públicas del sector salud que estime competentes, diseñe un protocolo de actuación, fundado en criterios técnicos, dirigido a los funcionarios que participan en el Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar en el cual se fijen las pautas a seguir en caso de que una madre comunitaria manifieste que tiene SIDA o que es portadora del VIH, con el objetivo de garantizar la salud de los niños y niñas que se benefician del Programa y de las madres comunitarias que hacen parte del mismo.

Para ello, en lo que sea pertinente, se deberán tomar como parámetro las reglas del decreto 1543 de 1997 “*Por el cual se reglamenta el manejo de la infección por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH), Síndrome de la Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA) y las otras Enfermedades de Transmisión Sexual (ETS)*”. En especial, aquellas relativas a (i) la prohibición de exigir, como requisito de acceso o permanencia, pruebas de laboratorio para determinar la infección por VIH (artículo 39), (ii) la ausencia de obligación de informar la condición de portador del mismo (artículo 35) y (iii) la obligación de reubicación, en caso de ser necesario (parágrafo 1, artículo 35). Además, deberá garantizar el derecho a la intimidad de la madre comunitaria y prever un mecanismo ágil para que pueda presentar las excusas o incapacidades médicas que le ocasione la enfermedad y ser remplazada temporalmente con base en el artículo 5 del acuerdo 50 de 1996¹⁸⁹.

La condición de portador del VIH o de enfermo de SIDA como información protegida por el derecho a la intimidad

¹⁸⁸ Folio 75, cuaderno 1.

¹⁸⁹ En este sentido, pero respecto de relaciones laborales, la sentencia T-469 de 2004.

53.- El derecho fundamental a la intimidad personal, reconocido por el artículo 15 de la Constitución, protege una “*esfera o espacio de vida privada*” en la cual se inscribe aquello que “*incumbe solamente al individuo*”, es decir, “*aquellas conductas o actitudes que corresponden al fuero personal*” y en las cuales “*la sociedad, de manera general, sólo tiene un interés secundario*”¹⁹⁰. Ha dicho esta Corte que “*el concepto de privacidad o de lo privado, corresponde a los asuntos que en principio tocan exclusivamente con los intereses propios y específicos de la persona humana, sin que afecten o se refieran a los demás miembros de la colectividad; (...) a contrario sensu, si alguna materia es considerada por el derecho de importancia o relevancia pública, su naturaleza se transforma de un asunto íntimo a una cuestión socialmente catalogada como común o general*”¹⁹¹.

En virtud del derecho a la intimidad personal las personas pueden exigir que la esfera de lo íntimo esté libre de interferencias arbitrarias externas o, lo que es lo mismo, “*poder actuar libremente en la mencionada esfera*”¹⁹². Así mismo, este derecho contiene la facultad de exigir que, salvo que medie la voluntad del titular, lo íntimo no sea divulgado o publicado y así “*sustraerse de cualquier tipo de opinión pública al respecto*”¹⁹³.

54.- Esta Corte ha reconocido que la condición de portador del VIH o de enfermo de SIDA pertenece a la esfera íntima o privada pues, al menos en principio, a la sociedad no le asiste ningún interés legítimo para conocer esta información y su divulgación podría, además, activar las conductas discriminatorias que usualmente sufren estas personas¹⁹⁴. Incluso, el artículo 35 del decreto 1543 de 1997 –antes mencionado– expresamente excluye la obligación del empleado de informar la condición de portador del VIH a su empleador. Así las cosas, esta información no puede ser divulgada o publicada a menos que opere el consentimiento del titular del derecho a la intimidad.

55.- En el caso bajo estudio se comprobó que, sin el consentimiento de la peticionaria¹⁹⁵, las funcionarias del ICBF revelaron su diagnóstico

¹⁹⁰ Sentencia T-889 de 2009. En similar sentido las sentencias T-916 de 2008, T-768 de 2008, T-158A de 2008 y T-787 de 2004, entre otras.

¹⁹¹ Sentencia T-787 de 2004.

¹⁹² Sentencia T-889 de 2009. En igual sentido las sentencias T-916 de 2008, T-768 de 2008 y T-158A de 2008, entre otras.

¹⁹³ Sentencia T-889 de 2009. En similar sentido las sentencias T-158A de 2008 y T-787 de 2004, entre otras.

¹⁹⁴ Ver al respecto las sentencias T-509 de 2010, T-1218 de 2005, T-295 de 2008, T-436 de 2004, T-856 de 2007, entre otras.

¹⁹⁵ Folio 21, cuaderno 2.

médico a personas ajenas al funcionamiento del Hogar Comunitario CC, específicamente a la coordinadora de Fundamor, quien visitó el hogar comunitario el 16 de febrero de 2009¹⁹⁶. Aún si se entendiera que la divulgación de esta información tuvo un propósito loable, por ejemplo, asesorar a la señora AA en el manejo de su enfermedad, no se podía efectuar sin su anuencia. El ICBF bien podía buscar asesoría para determinar la conducta a seguir en este tipo de casos, pero ello no podía incluir revelar a terceros el nombre, lugar de trabajo y diagnóstico médico de la señora AA.

En consecuencia, la Sala prevendrá al ICBF para que en adelante se abstenga de divulgar los datos personales y el diagnóstico médico de las madres comunitarias que, como la señora AA, de buena fe y voluntariamente informen ser portadoras del VIH o padecer de SIDA, previsión que, como se vio, también deberá incluirse en el protocolo de actuación ya mencionado.

La naturaleza de la relación entre el Estado y las madres comunitarias según las normas legales y reglamentarias vigentes frente al derecho a la igualdad sexual y la obligación estatal de eliminar toda forma de discriminación contra la mujer

56.- El derecho a la igualdad y la consecuente prohibición de la discriminación por razones de sexo se encuentran prescritas en los artículos 13¹⁹⁷ y 43¹⁹⁸ de la Constitución, así como en varios tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 26¹⁹⁹) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 24²⁰⁰).

¹⁹⁶ Folios 107 y ss, cuaderno principal.

¹⁹⁷ Artículo 13 de la Constitución: “*Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.*”

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados”.

¹⁹⁸ Artículo 43 de la Constitución: “*La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación”.*

¹⁹⁹ Artículo 26 del PIDCP: *Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.*

²⁰⁰ Artículo 24 de la CADH: “*Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.*

De lo estipulado en las anteriores disposiciones constitucionales y del bloque de constitucionalidad, surgen para el Estado variadas obligaciones respecto del derecho a la igualdad sexual. Para explicarlas, la Sala recurrirá al texto de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés) y a los pronunciamientos que sobre este ha hecho el organismo internacional competente para interpretarlo. Lo anterior, con fundamento en el artículo 93 de la Constitución que dispone que *“los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”*.

Según la Recomendación General número 25 del Comité de la CEDAW²⁰¹, la interpretación sistemática de los artículos 1 a 5 y 24 permite concluir que hay tres obligaciones fundamentales que se desprenden de la principal que asumen los estados al ratificar la Convención cual es *“seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer”* (artículo 2). Estas son:

- *“garantizar que no haya discriminación directa ni indirecta contra la mujer en las leyes y que, en el ámbito público y el privado, la mujer esté protegida contra la discriminación -que puedan cometer las autoridades públicas, los jueces, las organizaciones, las empresas o los particulares- por tribunales competentes y por la existencia de sanciones y otras formas de reparación”*
- *“mejorar la situación de facto de la mujer adoptando políticas y programas concretos y eficaces”*
- *“hacer frente a las relaciones prevalecientes entre los géneros y a la persistencia de estereotipos basados en el género que afectan a la mujer no sólo a través de actos individuales sino también porque se reflejan en las leyes y las estructuras e instituciones jurídicas y sociales”*

Por su importancia para la resolución del caso concreto, la Sala resalta tres obligaciones estatales que se inscriben en las categorías antes mencionadas:

- *“Abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar porque las autoridades e instituciones*

²⁰¹ Párrafos 6 y 7.

públicas actúen de conformidad con esta obligación” (artículo 2.d).

- *“Adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer” (artículo 2, ordinal f).*
- *“Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres” (artículo 5.a).*

57.- Las obligaciones de las normas transcritas se construyeron alrededor del concepto de discriminación contra la mujer, razón por la cual resulta vital entender su contenido. El artículo 1 de la CEDAW la define como *“toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”*²⁰².

El Comité de la CEDAW²⁰³ ha precisado que esta definición incluye la discriminación indirecta, la cual ocurre *“cuando las leyes, las políticas y los programas se basan en criterios que aparentemente son neutros desde el punto de vista del género pero que, de hecho, repercuten negativamente en la mujer. Las leyes, las políticas y los programas que son neutros desde el punto de vista del género pueden, sin proponérselo, perpetuar las consecuencias de la discriminación pasada. Pueden elaborarse tomando como ejemplo, de manera inadvertida, estilos de vida masculinos y así no tener en cuenta aspectos de la vida de la mujer que pueden diferir de los del hombre. Estas diferencias pueden existir como consecuencia de expectativas, actitudes y comportamientos estereotípicos hacia la mujer que se basan en las diferencias biológicas entre los sexos. También pueden deberse a la subordinación generalizada de la mujer al hombre”*²⁰⁴.

²⁰² Concepto usado por esta Corte en la sentencia T-247 de 2010.

²⁰³ Recomendación General número 25 del Comité de la CEDAW, nota 1.

²⁰⁴ *Ibíd.*

58.- Como se expresó, según las normas legales y reglamentarias aplicables, la alternativa laboral de las madres comunitarias no origina una relación laboral entre éstas, el ICBF y/o las asociaciones que participan del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar²⁰⁵. Estas mismas disposiciones les otorgan un régimen jurídico que podría denominarse especial, al ser intermedio entre el trabajo subordinado e independiente lo que se explica, según el ICBF, por la lógica que guía el Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar: corresponsabilidad entre el Estado, la familia y la sociedad en la asistencia y protección de los niños y niñas.

Tanto la peticionaria como la Corporación Sisma Mujer sostienen que este régimen jurídico, al no reconocer la existencia de una relación laboral, es violatorio del derecho a la igualdad de las mujeres y contrario a las obligaciones que tiene el Estado Colombiano frente al mismo. Mencionan como consecuencias concretas de esta exclusión (i) el pago que no alcanza el salario mínimo legal mensual por una jornada máxima de trabajo de 8 horas y (ii) la falta de acceso al sistema de seguridad social, sobre todo a la pensión de vejez.

59.- En similar sentido se pronunció en 1995 el Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC) en las conclusiones finales relativas al tercer informe periódico presentado por Colombia. Indicó que *“preocupa al Comité el hecho de que el Programa de madres comunitarias destinado a ayudar a los niños no cuente con fondos suficientes, habida cuenta de la importante labor social que llevan a cabo estas mujeres sin la formación adecuada y en malas condiciones de trabajo”*²⁰⁶. En consecuencia, recomendó a Colombia *“mejorar la formación de las madres comunitarias y regularizar su situación laboral”*²⁰⁷.

Más recientemente -2001-, en el marco de la revisión del cuarto informe periódico presentado por Colombia, el Comité preguntó al Estado si desde la recomendación de 1995 había habido algún cambio en la situación de las madres comunitarias y particularmente si se había regularizado su situación laboral considerándolas trabajadoras asalariadas²⁰⁸. Frente a este cuestionamiento, Colombia respondió que, en cumplimiento de la mencionada recomendación, las madres comunitarias

²⁰⁵ Sobre todo el artículo 4 del decreto 1340 de 1995.

²⁰⁶ Párrafo 11.

²⁰⁷ Párrafo 28.

²⁰⁸ Ver el sumario de la sesión 27, reunión 64, del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, párrafo 25. E/C.12/2001/SR.64.

habían sido incluidas en el sistema de seguridad social²⁰⁹. A pesar de ello, en las observaciones finales, el Comité expresó que *“deplora que (...) sigan sin ser reconocidas como trabajadoras ni perciban el salario mínimo legal”*²¹⁰ y reiteró *“su recomendación de 1995 de que se debe regularizar la condición laboral de las madres comunitarias y considerarlas como trabajadoras para que tengan derecho a percibir el salario mínimo”*²¹¹.

El Comité de la CEDAW también se ha empezado a interesar en este asunto. Durante el proceso de revisión de los informes periódicos quinto y sexto del Estado Colombiano en 2007, preguntó si el Gobierno tenía la intención de *“reconocer oficialmente”* las actividades de las madres comunitarias *“en vista de que esas mujeres realizan una labor sumamente valiosa”*²¹². Ante ello, el Estado contestó que *“las madres comunitarias pueden recibir cuidados de salud mediante el sistema de seguridad social y se las alienta a que terminen la enseñanza primaria. Se han asignado fondos para proporcionarles subsidios de vivienda, el ICBF ha alcanzado acuerdos con el SENA [Servicio Nacional de Aprendizaje] y otras entidades para proporcionarles capacitación, y también existe un plan para otorgar pensiones”*²¹³.

60.- Esta Sala estima que, si bien la legislación debe evolucionar progresivamente en el sentido recomendado por el Comité del PIDESC, el hecho de que las normas actuales excluyan la relación laboral entre las madres comunitarias, el ICBF y las asociaciones que participan del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar no es violatorio *per se* del derecho a la igualdad de las mujeres. En virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades consagrado en el artículo 53 de la Constitución, la naturaleza laboral de una relación no depende de lo que lo que estipulen las normas o los contratos sino de si en la realidad se presentan las características de tal relación, especialmente la subordinación. Con base en dicho principio constitucional, toda persona, incluida cualquier madre comunitaria, puede solicitar ante los jueces competentes el reconocimiento de una relación laboral, acreditando los requisitos necesarios para ello según el ordenamiento jurídico vigente.

Ahora bien, serán violatorias del derecho a la igualdad aquellas diferencias entre el régimen del trabajo subordinado y el régimen

²⁰⁹ Ibídem, párrafo 32.

²¹⁰ Párrafo 14.

²¹¹ Párrafo 35.

²¹² Ver el sumario del 37 período de sesiones, sesión 770, del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, párrafo 29.1

²¹³ Párrafo 43.

especial de las madres comunitarias que configuren discriminación contra la mujer. En el presente proceso se han aducido algunas distinciones que podrían llegar a serlo, básicamente (i) la retribución económica, ya que no alcanza el salario mínimo legal mensual a pesar de que la jornada máxima de trabajo es de 8 horas, y (ii) la falta de acceso al sistema de seguridad social, sobre todo a la pensión de vejez. Para dilucidar el asunto, la Sala comenzará por determinar si, en realidad, existen las aludidas diferencias y, si ello es así, analizará si constituyen discriminación contra la mujer según la definición contenida en la CEDAW.

61.- Con respecto a (ii), de acuerdo con las leyes 1187 de 2008 y 509 de 1999 y el acuerdo 18 de 2000 del ICBF, las madres comunitarias se encuentran afiliadas a la seguridad social en salud y pensiones con un regulación muy similar a la de los trabajadores subordinados ya que no están obligadas a asumir la totalidad de los aportes sino que el Estado paga una parte de los mismos, lo cual es consecuencia de la lógica de la corresponsabilidad que anima el Programa.

La cotización para pensión es subsidiada por el Estado en un 80%²¹⁴, con lo cual sólo pagan el 20% de la misma, distribución que es incluso más favorable que la prevista para los trabajadores subordinados pues estos deben sufragar el 25% mientras sus empleadores pagan el 75% de la cotización²¹⁵. De la cotización para salud aportan el 4% de su bonificación y de la cuota mensual de participación de los padres²¹⁶, porcentaje que es igual al de los trabajadores subordinados²¹⁷, mientras el valor restante es asumido por el Estado a través de un régimen especial (ley 509 de 1999²¹⁸).

Así las cosas, en este punto no hay ninguna diferencia entre el régimen de las madres comunitarias y el de los trabajadores subordinados que opere en contra de las primeras.

²¹⁴ Artículo 6 de la ley 509 de 1999.

²¹⁵ Artículo 20 de la ley 100 de 1993.

²¹⁶ Artículo 2 de la ley 509 de 1999 y acuerdo 18 de 2000 del ICBF.

²¹⁷ Artículo 204 de la ley 100 de 1993.

²¹⁸ Artículo 3: “*el Sistema General de Seguridad social en Salud reconocerá a las EPS escogidas por las beneficiarias, los valores correspondientes a las Unidades de Pago por Capitación del Régimen Contributivo, transfiriendo los recursos necesarios de la subcuenta de solidaridad a la subcuenta de compensación en los valores correspondientes a las Unidades de Pago por Capitación subsidiada*”.

Artículo 4: “*la diferencia que resulte entre las Unidades de Pago por Capitación -UPC, subsidiadas, no cubierta con los aportes de las Madres Comunitarias a que hace referencia el artículo 2o. de esta ley y con las transferencias previstas por el artículo 3o. de la misma, será satisfecha con el porcentaje que sea necesario, de los rendimientos producidos por el Fondo de Solidaridad y Garantía -Fosyga-, para lo cual, se autoriza al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, ordenar el giro a la subcuenta de compensación, de los valores correspondientes*”.

62.- En lo relativo a (i), es decir, a la retribución económica de las madres comunitarias, la Sala considera que el hecho de que no equivalga al menos al salario mínimo legal mensual de los trabajadores subordinados, a pesar que de su jornada máxima de trabajo también es de 8 horas²¹⁹, sí constituye una discriminación que viola el derecho a la igualdad de las mujeres.

Esta situación encaja en el concepto de discriminación contra la mujer que ofrece el artículo 1 de la CEDAW: *“toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”*. Veamos.

En primer lugar, existe una distinción que consiste en que, ante una jornada laboral máxima de igual duración, a los trabajadores subordinados se les otorga un salario mínimo legal mensual y a las madres comunitarias se les fija una retribución económica menor al mismo. Para el año 2012, la bonificación de una madre comunitaria de tiempo completo, fijada por el ICBF, se encuentra entre \$349.200 y \$407.400, según el número de niños y niñas que atienda²²⁰, mientras el salario mínimo está entre \$566.700 y \$634.500, según se tenga derecho a subsidio de transporte o no²²¹. La retribución económica sigue siendo inferior al mínimo incluso si a la bonificación se agrega la suma de la cuota mensual de participación que pagan los padres de familia o los responsables del cuidado de los niños y niñas que asisten al hogar comunitario, cuyo valor cambia según el número de niños que se atienda, de conformidad con el acuerdo 18 de 2000 del ICBF. En el caso de una madre comunitaria de tiempo completo que atienda 14 niños ésta ascendería a tan sólo a \$168.000²²².

En segundo lugar, la diferenciación descrita tiene por objeto no reconocer a las madres comunitarias la remuneración mínima vital, consagrada en el artículo 53 de la Constitución como parte del derecho fundamental al

²¹⁹ Artículo quinto del Acuerdo 21 de 1996.

²²⁰ <https://www.icbf.gov.co/icbf/directorio/portel/libreria/php/03.0113.html>

²²¹ Decreto 4919 de 2011.

²²² Según el acuerdo 18 de 2000 la cuota mensual de participación equivale *“hasta el 57.7% del salario diario mínimo legal vigente, para los Hogares de 0-7 años o menores de 2 años, cualquiera sea su forma de atención y el 45.5% del salario diario mínimo legal vigente por familia en los Hogares FAMI”*. Para el 2012, el salario diario mínimo mensual vigente está entre \$18.890 y \$21.500, según se tenga derecho a auxilio de transporte o no.

trabajo en condiciones dignas²²³ y que también se encuentra reconocida como derecho humano en varios tratados internacionales ratificados por Colombia, como el PIDESC (artículo 7.a²²⁴) y el Protocolo de San Salvador (artículo 7.a²²⁵).

En tercer lugar, aunque según el artículo 5 del Acuerdo 21 de 1996 tanto hombres como mujeres pueden ser madres comunitarias, y en ese sentido la distinción afectaría tanto a hombres como mujeres, existen dos razones que demuestran que la diferenciación sí está basada en el sexo. La primera es que, en la práctica, son solo mujeres las que se dedican a la labor de madre comunitaria²²⁶. La segunda, y la más importante, es que las actividades que desarrollan las madres comunitarias son “típicamente femeninas” -cuidado de menores de edad, alimentación, aseo, etc.-, es decir, son tareas que históricamente la sociedad ha asociado al sexo femenino²²⁷. Así, se asigna una retribución económica por debajo del salario mínimo mensual a una alternativa laboral desarrollada solo por mujeres y que consiste precisamente en ejercer su rol tradicional.

En opinión de la Sala este es un ejemplo de discriminación indirecta pues se trata de una política estatal –fijada por el ICBF- que es aparentemente

²²³ Artículo 53 de la Carta de 1991: “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” (subrayas fuera del texto original).

²²⁴ Artículo 7 del PIDESC: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial:

a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores:

i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual;

ii) Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto”.

²²⁵ Artículo 7 del Pacto de San Salvador: “Condiciones Justas, Equitativas y Satisfactorias de Trabajo. Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior, supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular:

a. una remuneración que asegure como mínimo a todos los trabajadores condiciones de subsistencia digna y decorosa para ellos y sus familias y un salario equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna distinción”.

²²⁶ En el cuarto informe periódico de Colombia al Comité DESC en el 2007, el Gobierno indicó que eran alrededor de 87.000 mujeres las que desarrollan esta actividad. Párrafo 32.

²²⁷ En este sentido las sentencias C-410 de 1994 y C-540 de 2008. Así mismo, el informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre “El trabajo, la educación y los recursos de las mujeres: la ruta hacia la igualdad en la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales”, 2011, párrafos 117, 128, 134, 141 y 142.

neutra desde el punto de vista del sexo, pero que de hecho repercute negativamente en el goce del derecho a la remuneración mínima vital de las mujeres. Recuérdese que, según la Recomendación General número 25 del Comité de la CEDAW, esta forma de discriminación también encaja en el concepto de discriminación contra la mujer prohibida por el artículo 1 de este tratado²²⁸.

63.- Podría argumentarse que la diferencia que se acusa de discriminatoria tiene una justificación debido a que las madres comunitarias no tienen, por regla general, una relación laboral con el ICBF ni con las instituciones que participan en el Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar y por esta razón el Estado no está obligado a tratarlas de la misma forma que a los trabajadores subordinados.

Sin embargo, el anterior argumento no es de recibo al tener en cuenta que, como se vio, el régimen jurídico de las madres comunitarias no es el de las personas que trabajan por contrato de prestación de servicios, sino uno intermedio entre el trabajo subordinado y el independiente, el cual fue configurado autónomamente por el ICBF. Al hacerlo, esta entidad escogió dotarlo de una jornada máxima igual a la de los trabajadores subordinados y al hacerlo no podía, al mismo tiempo, excluir el salario mínimo mensual, sin incurrir en discriminación sexual en el sentido ya indicado.

64.- También podría decirse que la diferencia en la retribución económica obedece a la lógica de corresponsabilidad que anima el Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar, de conformidad con la cual la obligación de asistir y proteger a los niños y niñas es compartida entre el Estado, la familia y la sociedad, como lo prescribe el artículo 44 de la Constitución. Así las cosas, las madres comunitarias, como parte de la sociedad, prestarían sus servicios por una suma inferior al salario mínimo en cumplimiento de su deber constitucional de contribuir al bienestar de los niños y niñas de su comunidad.

A pesar de que la Sala apoya la realización práctica de la responsabilidad compartida de la que habla el artículo 44 de la Constitución, estima que prestar de sus servicios por menos del salario mínimo resulta desproporcionado para las madres comunitarias, ya que implica la exclusión de uno de los contenidos esenciales del derecho fundamental al trabajo en condiciones dignas, cual es la remuneración mínima vital, respecto de mujeres que hacen parte de los estratos sociales pobres del

²²⁸ Nota 1.

país²²⁹. La contribución de las madres comunitarias puede consistir, por ejemplo, en prestar a título gratuito su casa para el funcionamiento del hogar comunitario o en la obligación capacitarse para prestar un mejor servicio, pero el mandato del mencionado artículo constitucional no puede implicar de ninguna forma sacrificio de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

Una interpretación del mandato constitucional en ese sentido contradiría el artículo 1 de la Constitución según el cual Colombia es un Estado fundado en el respeto de la dignidad humana y los demás derechos fundamentales de las personas. Esta Corte ha expresado que *“en el modelo que propone la Constitución que nos rige, el Estado sólo puede buscar el bien común dentro de la garantía de los derechos fundamentales. No existe pues una prevalencia absoluta del interés general sobre el particular, pues tal prevalencia no puede obtenerse a costa del sacrificio de tales derechos”*²³⁰. En consecuencia, *“el principio de prevalencia del interés general permite preferir la consecución de objetivos comunes sobre intereses particulares, siempre y cuando el interés particular no se encuentre amparado por un derecho constitucional (...) La interpretación constitucional debe en lo posible armonizar los principios constitucionales en tensión. Es posible que en una situación específica puedan existir poderosas razones de interés general que justifiquen la restricción de un derecho fundamental, siempre y cuando ésta sea proporcionada y respete el contenido esencial del derecho afectado”*, lo cual no sucede en el presente caso.

La inconstitucionalidad de la imposición de esta carga desproporcionada es aún más evidente cuando se recaba en que es un grupo tradicionalmente discriminado como las mujeres el que debe renunciar a un derecho fundamental –la remuneración mínima vital– para el beneficio de otros o en virtud del interés general. Esto no es más que perpetuar la discriminación histórica que han sufrido al negarles su dignidad humana pues se les trata, no como fines en sí mismas, sino como simples instrumentos para lograr finalidades estatales o sociales²³¹. Conducta notoriamente contraria a la Constitución que en su artículo 13 no sólo prohíbe la discriminación de estos grupos sino que además impone al Estado el deber de adoptar medidas en su favor para que la igualdad sea real y efectiva.

²²⁹ Artículo 2 del Acuerdo 21 de 1996: *“Los Hogares Comunitarios de Bienestar deberán funcionar prioritariamente en los sectores más deprimidos económica y socialmente y definidos dentro del SISBEN como estratos 1 y 2 en el área urbana y en sectores rurales concentrados”*.

²³⁰ Sentencia T-381 de 2009.

²³¹ Sobre esta acepción de dignidad humana ver la sentencia T-1018 de 2002.

65.- Descartadas las posibles justificaciones de la distinción que se estudia, es preciso concluir que el ICBF ha discriminado a las mujeres y, en consecuencia, ha vulnerado el derecho fundamental a la igualdad (artículos 13 y 43 de la Carta Política de 1991) e incumplido su obligación de abstenerse de incurrir en este tipo de conductas (artículo 2.d de la CEDAW).

No sólo eso. Además, a juicio de la Sala, también ha faltado a su obligación de “*modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres*”, consignada en el artículo 5.a de la CEDAW. Otorgar una retribución económica inferior al salario mínimo legal a una alternativa laboral que consiste en desarrollar actividades asociadas tradicionalmente al sexo femenino implica, no sólo abstenerse de cambiar, sino reforzar el patrón sociocultural según el cual estas tareas tienen poco o ningún valor económico y social y en todo caso merecen un pago menor que aquellas que históricamente se han ligado a los hombres²³².

66.- En este orden de ideas, en virtud de los artículos 13 y 43 de la Constitución y del artículo 2, ordinal f de la CEDAW, el Estado colombiano está en la obligación tomar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar las normas o políticas que contienen la discriminación contra la mujer que se ha puesto en evidencia.

En razón de ello, la Sala ordenará al ICBF que de forma inmediata inicie, lidere y coordine un proceso interinstitucional y participativo de diseño y adopción de tales medidas, el cual deberá asegurar que, de forma progresiva pero pronta, las madres comunitarias de tiempo completo del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar devenguen al menos el salario mínimo legal mensual vigente. Con este fin, deberá convocar a (i) la Presidenta de la Comisión Legal para la Equidad de la Mujer del Congreso de la República, (ii) la Alta Consejera Presidencial para la Equidad de la Mujer, (iii) el Ministerio de Hacienda, (iv) el Departamento Nacional de Planeación, (v) la Mesa Nacional de las

²³² Sobre este patrón sociocultural, ver las sentencias C-410 de 1994 y C-540 de 2008. Así mismo, el informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre “El trabajo, la educación y los recursos de las mujeres: la ruta hacia la igualdad en la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales”, 2011, párrafos 121 y 122.

Organizaciones de Madres Comunitarias y (vi) representantes de las Asociaciones de Padres de Familia y Organizaciones Comunitarias que participan en el Programa.

Nótese que esta orden es acorde con el reconocimiento progresivo de derechos sociales que ha hecho el Gobierno a las madres comunitarias, el cual fue presentado por éste mismo como un avance en el marco de la revisión del cuarto informe periódico presentado por Colombia al Comité del PIDESC en el 2001²³³.

III. DECISION

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

RESUELVE

Primero.- LEVANTAR la suspensión de los términos en el presente proceso.

Segundo.- REVOCAR el fallo proferido en segunda instancia por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali para en su lugar **CONCEDER** el amparo de los derechos a la igualdad, a la dignidad humana, a la salud, a la seguridad social, a la intimidad y al debido proceso en la acción de tutela instaurada por AA contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y la Asociación BB.

Tercero.- DEJAR SIN EFECTOS la resolución 002 del 18 de marzo de 2009 expedida por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar mediante la cual se decretó el cierre definitivo del “*Hogar Comunitario CC (Hogar Grupal) a cargo de la señora AA*”.

Cuarto.- ORDENAR al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – Regional Valle del Cauca- **ASEGURAR** a AA, si esta lo desea y si su estado de salud actual lo permite, su **CONTINUIDAD COMO MADRE COMUNITARIA** del Programa de los Hogares Comunitarios de Bienestar en la ciudad de Santiago de Cali desde el primer semestre del 2013, ya sea a través de la reapertura del hogar cerrado, de la apertura de un nuevo hogar comunitario, de su ubicación en un hogar comunitario ya existente o desempeñándose como sustituta temporal de las madres

²³³ Ver el sumario de la sesión 27, reunión 64, del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, párrafo 32. E/C.12/2001/SR.64.

comunitarias que se encuentren ausentes, en licencia de maternidad o con incapacidad médica transitoria, lo que mejor se acomode a las necesidades y regulaciones del Programa.

Quinto.- Si el estado actual de salud de la señora AA lo permite y esta acepta volver a desempeñarse como madre comunitaria, una vez reincorporada a sus labores, **DEBERÁ AFILIARSE** inmediatamente al sistema contributivo en salud y pensiones y los aportes al mismo **DEBERÁN HACERSE** de la forma estipulada en las normas relativas a las madres comunitarias.

Sexto.- ORDENAR al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar **PAGAR** al fondo de pensiones al cual estaba afiliada la peticionaria, dentro del mes siguiente a la notificación de la presente sentencia, las cotizaciones que han debido hacerse al sistema de seguridad social en pensiones desde el cierre del hogar hasta la efectiva reincorporación de la peticionaria a sus labores.

Séptimo.- Si AA se encuentra incapacitada de forma permanente para ejercer como madre comunitaria debido a su enfermedad, se **ORDENA** a la oficina jurídica del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – Regional Valle del Cauca- **ASESORARLA** inmediatamente en la petición y trámite de la respectiva pensión de invalidez según las normas que rigen para las madres comunitarias.

Octavo.- ORDENAR al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que, dentro de los seis (6) meses siguientes a la notificación de la presente sentencia, **DISEÑE**, con apoyo de las entidades públicas del sector salud que estime competentes, un protocolo de actuación, fundado en criterios técnicos, dirigido a los funcionarios que participan en el Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar en el cual se fijen las pautas a seguir en caso de que una madre comunitaria manifieste que tiene SIDA o que es portadora del VIH, con el objetivo de garantizar la salud de los niños y niñas que se benefician del Programa y de las madres comunitarias que hacen parte del mismo.

Para ello, en lo que sea pertinente, se deberán tomar como parámetro las reglas del decreto 1543 de 1997. En especial, aquellas relativas a (i) la prohibición de exigir, como requisito de acceso o permanencia, pruebas de laboratorio para determinar la infección por VIH (artículo 39), (ii) la ausencia de obligación de informar la condición de portador del mismo (artículo 35) y (iii) la obligación de reubicación, en caso de ser necesario (parágrafo 1, artículo 35). Además, deberá garantizar el derecho a la intimidad de la madre comunitaria y prever un mecanismo ágil para que

pueda presentar las excusas o incapacidades médicas que le ocasione la enfermedad y ser remplazada temporalmente con base en el artículo 5 del acuerdo 50 de 1996.

Noveno.- PREVENIR al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – Regional Valle del Cauca- para que en adelante se **ABSTENGA** de divulgar, sin su consentimiento, los datos personales y el diagnóstico médico de las madres comunitarias que, de buena fe y voluntariamente, informen ser portadoras del VIH o padecer de SIDA.

Décimo.- ORDENAR al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que, de forma inmediata, **INICIE, LIDERE** y **COORDINE** un proceso interinstitucional y participativo de diseño y adopción de todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar que, de forma progresiva pero pronta, las madres comunitarias de tiempo completo del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar devenguen al menos el salario mínimo legal mensual vigente para entonces.

Con este fin, **DEBERÁ CONVOCAR** a (i) la Presidenta de la Comisión Legal para la Equidad de la Mujer del Congreso de la República, (ii) la Alta Consejera Presidencial para la Equidad de la Mujer, (iii) el Ministerio de Hacienda, (iv) el Departamento Nacional de Planeación, (v) la Mesa Nacional de las Organizaciones de Madres Comunitarias y (vi) representantes de las Asociaciones de Padres de Familia y Organizaciones Comunitarias que participan en el Programa.

Undécimo.- ORDENAR a la Secretaría de esta Corporación así como a los jueces de instancia que conocieron de este proceso que tomen las medidas adecuadas con el fin de guardar estricta reserva de la identidad del peticionario.

Duodécimo.- Por Secretaría General, líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

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

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
Magistrado

MARIA VICTORIA CALLE CORREA
Magistrada

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Magistrado
Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ
Secretaria General