

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA

SALA CIVIL – FAMILIA

Bogotá D.C., mayo dieciocho de dos mil veinte.

MAGISTRADO PONENTE : JUAN MANUEL DUMEZ ARIAS.
Radicación : 25286-31-18-001-2020-00053-01.
Aprobado : Sala No. 12 del 23 de abril de 2020.

Decide la Sala la impugnación interpuesta por la accionante contra la sentencia proferida el 2 de abril de 2020 por el Juzgado Penal del Circuito para Adolescentes de Funza.

ANTECEDENTES

1. Deiyán Barbosa Velásquez, actuando en nombre propio y en representación de su hija menor M.K.G.B., interpuso acción de tutela en contra del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC, solicitando la protección de sus derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas.

De la revisión del expediente y lo relatado por la accionante se evidencia que la actora labora como dragoneante código 4114, grado 11 del INPEC, desde el día 3 de mayo de 2011, desempeñando sus labores en la Escuela Penitenciaria Nacional ubicada en el municipio de Funza, que es una mujer cabeza de familia a cargo de dos hijas menores de edad, una niña de tres (3) años de edad y otra de siete (7), que padece de vejiga neurógena, enfermedad renal crónica y disfunción neuromuscular de la vejiga diagnosticada desde los 45 días de nacida.

Dichas condiciones le producen distensión abdominal, estreñimiento, vómito, recurrente infección urinaria y dolor y le hacen requerir de cateterismos limpios intermitentes, drenaje urinario constante y del cuidado permanente de su madre, según lo especificado por el especialista tratante en la indicación médica del 11 de marzo último.

En razón de lo anterior, la accionante fue cobijada con la regulación de la Resolución No. 2103 del 2015 por medio de la cual el INPEC estableció un horario especial para las y los servidores administrativos que tengan la condición de ser cabeza de familia, tener hijos menores de edad o se encuentren a cargo de personas discapacitadas, de lunes a viernes de 7:00 a.m. a 4:00 p.m.

Empero, desde este año (11, 19, 27 de febrero, 6 y 17 de marzo) la entidad accionada empezó a programarle turnos de vigilancia de 24 horas continuas que le impiden asumir el cuidado de sus hijas y atender las necesidades especiales de la menor en condición de discapacidad, careciendo de los recursos para contratar una enfermera.

Pretende entonces la actora que en protección de sus derechos y de los de su menor hija en condición de discapacidad, se le ordene al INPEC reconocer sus particulares condiciones, restableciéndole el horario especial de trabajo que venía cumpliendo, conforme a la Resolución No. 2103 del 22 de junio de 2015, sin que ello signifique una desmejora en su salario y que de ser el caso se le asigne el cumplimiento de horas extras en jornada diurna.

2. Trámite

Admitida en auto del 24 de marzo de 2020, la tutela se notificó a la accionada mediante mensaje remitido a la dirección de correo electrónico de la entidad y, en el término otorgado, el director de la Escuela Penitenciaria Nacional dijo oponerse a la prosperidad del amparo, señaló los deberes de los funcionarios del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria nacional, según lo regulado en la Ley 65 de 1993 y el Decreto Ley 407 de 1994.

Precisando que en el Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales para los Empleos de Planta del Personal del INPEC, a los dragoneantes les corresponde ejercer funciones de seguridad, disciplina y orden de los establecimientos penitenciarios, ejecutar dichos servicios y cumplir con esas actividades en las garitas, pabellones, puestos de acceso y control y aunque la Escuela Penitenciaria no tiene a cargo la custodia y vigilancia de población privada de la libertad, “esto no la excluye de mantener la seguridad de sus instalaciones, del personal que aquí labora así como del material de seguridad y defensa”.

Explicó que “en los centros de reclusión del orden nacional, los servicios de seguridad se prestan por el cuerpo de custodia y vigilancia en horarios de 24 horas de servicio por 24 horas de descanso, en rutinas que son continuas, es decir, que cada funcionario -15 veces al mes-le corresponde trabajar en horario diurno y nocturno en un espacio de 24 horas.

Y que en **las instalaciones de la Escuela Penitenciaria Nacional, se hace un turno en esas condiciones entre dos a cuatro veces por mes**” (Negrilla original) y que “dicho personal cumple con esta función máximo una vez por semana, teniendo libre el día siguiente a la prestación del servicio de seguridad, esto en compensación por las 24 horas de seguridad prestada, dentro de las cuales tienen los siguientes descansos: 2 horas para alimentación que cubren almuerzo y cena, y además 6 horas de descanso nocturno”, servicios que se programan y notifican con una semana de anticipación, de los cuales sólo están exentos quienes tienen recomendaciones médico laborales en ese sentido.

Que mediante Decreto 1302 de 1978, por las horas extras y el trabajo ordinario u ocasional nocturno que realizan los miembros del INPEC, que deben presentar disponibilidad total, estableció una contraprestación económica denominada sobresueldo.

Afirma que por su condición de madre cabeza de familia, la accionante recibe un tratamiento diferencial al momento de asignar los turnos de 24 horas, comoquiera que sólo ha tenido que prestar el servicio de vigilancia en cinco (5) ocasiones durante el año, habiéndosele enterado de aquellos con una semana de anticipación, lo que responde a la necesidad de “rotar equitativamente” a los servidores del cuerpo de custodia que no tienen restricciones médico laborales para la realización de turnos nocturnos y el manejo de armas.

Añade además que en los cinco (5) turnos referidos, a la señora Barbosa se le autorizó la salida durante treinta (30) minutos para administrarle medicamentos a su hija en dos (2) ocasiones, otorgándole el día siguiente de franquicia sin exigirle la reposición del tiempo, así como la salida a las 11:30 de la noche en una ocasión, permitiéndole regresar a las 5:00 de la mañana del día siguiente para culminar su turno de vigilancia, incluso aunque se le había enterado con anticipación la programación de tal servicio, circunstancias que en criterio de la accionada, dan cuenta de la flexibilidad que ha permitido en el cumplimiento de sus labores y la inexistencia de vulneración de derecho fundamental alguno.

Sostiene que la accionante culpa a sus jefes de ser los responsables del mal estado de su hija, por el hecho de tener que estar en la escuela cumpliendo sus deberes funcionales, que las otras funcionarias madres cabeza de familia tienen turnos de 24 horas más frecuentes y que dichas servidoras no se encuentran exceptuadas de prestar el servicio de vigilancia, que es excepcional, lo que respalda con un concepto rendido por la Oficina Asesora Jurídica de la entidad.

Que “en aras de ser garantistas”, le informaron a la señora Barbosa que no obligarla a realizar tales turnos era contrario a la ley y que no cumplir la misión y el propósito del cargo que ocupa, traería como consecuencia una calificación deficiente en el proceso de evaluación de su desempeño laboral, a lo que sumó que la escuela era solidaria con las situaciones personales de los funcionarios, de lo cual advirtió que el personal de guardia la ha acompañado a las citas médicas de su hija y que han recogido insumos y dinero para que ella atienda sus necesidades básicas como un gesto de compañerismo, “no porque la funcionaria no tenga como adquirirlos, pues como se evidencia en la certificación laboral adjunta, la accionante devenga un salario igual a \$2.818.795”.

Concluyó que la actora “en ningún momento ha sido sometida a horarios laborales difíciles (...), sino más bien se le ha dado un tratamiento diferenciado en los turnos de 24 horas asignados, los cuales se han flexibilizado en beneficio de su menor hija y cuando la misma accionante así lo ha solicitado, de igual manera estos servicios, aunque mínimos, se le han notificado con una semana de anticipación para que programe y organice sus asuntos personales con tiempo”.

3. La sentencia impugnada

Después de referirse a los requisitos de procedibilidad del amparo, concluyó que la accionada “sí ha implementado medidas afirmativas para respetar la condición especial en que se encuentra la actora, pues se ha logrado establecer que la asignación de turnos de 24 horas es apenas ocasional, evidentemente menor frente a lo que sucede con otros compañeros”.

Y frente a la invocada resolución que, “este acto administrativo está siendo aplicado correctamente, ya que el mismo se circunscribe al personal designado para apoyar servicios administrativos, lo cual no aplica naturalmente cuando se tienen que cumplir funciones de custodia y vigilancia, según las necesidades del servicio” y que “en los pocos turnos asignados y en las jornadas ordinarias de trabajo, siempre se ha obrado con flexibilidad, de manera que la actora ha podido dejar su puesto para atender a sus hijas, especialmente a la que está enferma”.

Para concluir que la señora Barbosa “debe comprender que está sujeta a un régimen laboral especial, luego también le asiste el deber de buscar alternativas para velar por el cuidado de sus hijas, máxime cuando ella devenga mensualmente la suma de \$2'818.795 con descuentos de ley, según figura en certificación laboral aportada al expediente”, así como que tenía la posibilidad de solicitar a la Dirección de Sanidad que le garantizara la atención domiciliaria durante sus turnos de 24 horas, motivos todos por los que negó la tutela.

4. La impugnación

La accionante impugna, relata los padecimientos que sufre su hija y las complicaciones que pueden presentarse si no se realiza correctamente su tratamiento, su imposibilidad de contratar a una persona para que cuide a sus hijas por la falta de recursos, pues tiene obligaciones por concepto de alimentación, educación, servicios públicos, transportes, insumos sanitarios no cubiertos en su plan de salud y un crédito bancario que debió suscribir para adquirir una vivienda en la que pudiera vivir con sus hijos, descuentos del salario que afirma no fueron considerados.

Relata que inicialmente laboraba en el Establecimiento Penitenciario de El Buen Pastor en Bogotá, pero que por las enfermedades que sufre su hija, solicitó ser trasladada al municipio de Funza, donde presta servicios administrativos y de vigilancia en condiciones de equidad con sus demás compañeros, siéndole autorizada la jornada especial con base en la Resolución No. 2103 del 22 de junio de 2015.

Que los permisos concedidos no afectaron sus funciones y, por el contrario, finalizó sus turnos de 24 horas sin novedad y que el Decreto 1302 de 1978 no exige que para el pago del sobresueldo los servicios se presten en el horario nocturno y que, antes de que asumiera el nuevo director de la escuela, la entidad accionada le permitió realizar sus labores en el horario reglamentario sin que ello implicara alguna afectación del cargo.

Insiste en la importancia del cuidado permanente de sus hijas, especialmente de M.K.G.B., que requiere de supervisión constante de su estado salud, que las menores han sufrido emocionalmente cuando ha tenido que dejarlas solas durante 24 horas, pidiéndole que no las deje y llorando por esa razón, comoquiera que el 26, 30 de marzo, 5 y 9 de abril le fueron programados nuevos turnos.

CONSIDERACIONES

1. La acción de tutela fue establecida en el artículo 86 de la Constitución Política como un procedimiento preferente y sumario para proteger los derechos fundamentales. Este instrumento jurídico es de carácter subsidiario y procura brindar a las personas la posibilidad de acudir a la

justicia de manera informal, buscando la protección en forma inmediata y directa, de los derechos constitucionales fundamentales que considere vulnerados en todos aquellos eventos en el que el afectado no disponga de otros medios de defensa judicial, o de los recursos que de ellos se derivan.

2. Debe advertirse que en virtud del principio de subsidiariedad de la acción de tutela, este mecanismo no puede desplazar los recursos judiciales ordinarios de defensa de derechos fundamentales¹, la Corte Constitucional ha determinado que la protección constitucional sólo es procedente cuando en el ordenamiento jurídico no existe otro mecanismo judicial para defender el derecho discutido².

Pesto que “los mecanismos ordinarios deben utilizarse de manera preferente, incluso cuando se pretenda la protección de un derecho fundamental”³ y sólo cuando no exista una vía para la garantía de la prerrogativa o si existiendo, ésta no es idónea para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, hay lugar a acudir a la acción de amparo.

En relación con éste perjuicio, se ha dicho que se configura cuando hay riesgo de que un bien de alta significación protegido por el orden jurídico o un derecho fundamental sufra un grave menoscabo, amenaza que debe ser inminente, grave, apremiante, de manera que de no tomarse las medidas urgentes de manera inmediata, se consolide permanentemente el daño⁴.

De donde se concluye que no basta que exista otro mecanismo judicial sino que debe determinarse si éste es apto para producir el efecto protector de los derechos fundamentales y si, además, brinda una garantía oportuna de los mismos; y en la determinación de su existencia debe establecerse (i) si el otro medio de defensa judicial ofrece la misma protección que se lograría por medio de la acción de tutela, (ii) si se presentan circunstancias que justifiquen que el interesado no haya promovido los mecanismos ordinarios a su alcance y (iii) si el accionante es un sujeto de especial protección constitucional, cuya situación requiere particular consideración⁵.

2.1. En el análisis del caso, prima facie, podría señalarse que el debate que la accionante plantea es propio de la jurisdicción contencioso administrativa en su ámbito laboral dado que el artículo 104 numeral 6° del C.P.A.C.A. señala que aquellos litigios “relativos a la relación legal y reglamentaria entre los servidores públicos y el Estado” corresponden a los jueces de esta especialidad, pues el reclamo es porque el INPEC ha variado sus condiciones laborales y le ha asignado el cumplimiento de turnos de 24 horas, sin considerar que, en aplicación de la Resolución No. 2103 del 22 de junio de 2015, dada su condición de mujer cabeza de familia y tener a su cargo dos menores de edad de 3 y 7 años, la segunda en condición de discapacidad, debía cumplir un horario de trabajo de lunes a viernes entre 7 a.m. y 4 p.m.

Planteándosele al juez constitucional que esa situación vulnera gravemente los derechos a la salud y la vida en condiciones dignas de sus hijas, especialmente de su hija enferma, pues esos turnos impiden que en los espacios de su cumplimiento aquella pueda tener el cuidado de su madre y la atención permanente de sus necesidades especiales, que carece ella de condiciones económicas para pagar a un tercero que cubra aquellos espacios de cuidado, que es la actora una mujer cabeza de familia, que su niña de 7 años padece, diagnosticado desde los primeros días de su nacimiento, de vejiga neurógena, enfermedad renal crónica y disfunción neuromuscular de la vejiga, que requieren de cateterismos limpios intermitentes y drenaje urinario constante, así como la permanente supervisión de su cuidador, por indicaciones de su médico tratante.

Circunstancias que evidencian que el mecanismo ordinario de protección para discutir las condiciones laborales de la actora, no ofrece similar garantía de protección que el amparo en el caso concreto, pues se trata de derechos en riesgo inminente, de una menor en condición de discapacidad que al igual que su madre cabeza de familia y su hermana de 3 años de edad, son sujetos de especial protección constitucional, a quienes soportar el trámite de un proceso

¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-480 del 13 de junio de 2011.

² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-222 del 2 de abril de 2014.

³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-051 del 10 de febrero de 2016.

⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-493 del 26 de julio de 2013.

⁵ Op. cit., Sentencia T-480 del 13 de junio de 2011.

contencioso administrativo generaría que continuase la afectación de su derechos, pues no puede la progenitora, quien debe satisfacer los gastos de subsistencia suyos y de sus hijas, pagar un profesional de la salud que apoye el cuidado especial que requiere la menor enferma, mientras ella cubre los turnos de trabajo de 24 horas, que le impide atenderla.

2.2. Esto es, que en razón de la situación de debilidad manifiesta en que se encuentran la actora y sus menores hijas, resulta desproporcionado exigirles que, para reclamar la protección de sus derechos, deban acudir a un proceso contencioso administrativo cuyo trámite puede tardar años; por lo que, para la Sala entonces, la tutela se torna procedente como mecanismo principal para evitar que continúe la vulneración de derechos fundamentales.

Debe recordarse que la especial protección constitucional que les asiste a las mujeres cabeza de familia deriva de varias fuentes, de un lado, se encuentra (i) el principio de igualdad, “que implica el deber de reconocer y brindar un trato especial y diferenciado a los grupos de personas que tienen un alto grado de vulnerabilidad o que se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y la consecuente obligación del Estado de promover acciones y medidas para que la igualdad sea real y efectiva”, (ii) el mandato constitucional contenido en el artículo 43, según el cual, es deber del Estado apoyar “de manera especial a la mujer cabeza de familia”⁶.

Igualmente, por el bloque de constitucionalidad resultan aplicables (iii) los instrumentos internacionales de derechos humanos, particularmente la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, que impone a los Estados la obligación de “adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación en la esfera del empleo, así como los prejuicios y las funciones estereotipadas de cada uno de los sexos”.

Asimismo, (iv) desde la normativa nacional e internacional, deben prevalecer los derechos de los menores de edad, la garantía establecida en los artículos 44 constitucional y la Convención Sobre los derechos del niño, aprobada por la ley 12 de 1991.

En razón de ello, de las autoridades se exige la implementación de acciones afirmativas, esto es, “políticas o medidas dirigidas a favorecer a determinadas personas o grupos, ya sea con el fin de eliminar o reducir las desigualdades de tipo social, cultural o económico que los afectan, bien de lograr que los miembros de un grupo subrepresentado, usualmente un grupo que ha sido discriminado, tengan una mayor representación”, como las previstas en la Ley 82 de 1993 y la Ley 1232 de 2008.

2.3. En aplicación de estas prerrogativas, se puede sostenerse entonces que “el apoyo especial a la mujer cabeza de familia es un mandato constitucional dirigido a todas las autoridades públicas. Con él se buscó (i) promover la igualdad real y efectiva entre ambos sexos; (ii) reconocer la pesada carga que recae sobre una mujer cabeza de familia y crear un deber estatal de apoyo en todas las esferas de su vida y de su desarrollo personal, para compensar, aliviar y hacer menos gravosa la carga de sostener su familia; y (iii) brindar, de esta manera, una protección a la familia como núcleo básico de la sociedad”⁷.

Y que, en consonancia con la normativa internacional, el artículo 44 de la Constitución Política establece los derechos fundamentales de los niños y niñas y reconoce la obligación que tienen la familia, la sociedad y el Estado de “asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos”; frente al que la Corte Constitucional ha señalado que “de conformidad con nuestra Carta Política los derechos de los niños prevalecen sobre los de los demás (Art. 44, par. 3º, Superior), contenido normativo que incluye a los niños y niñas en un lugar primordial en el que deben ser especialmente protegidos, dada su particular vulnerabilidad al ser sujetos que empiezan la vida, que se encuentran en situación de indefensión y que requieren de especial atención por parte de la familia, la sociedad y el Estado y sin cuya asistencia no podrían alcanzar el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad”⁸.

⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-084 del 5 de marzo de 2018.

⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-184 del 4 de marzo de 2003.

⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-468 del 7 de diciembre de 2018.

Mandato que se efectiviza a través de la aplicación del principio del interés superior del menor, que precisa la Corte obliga revisar: “(i) las condiciones jurídicas y (ii) las condiciones fácticas: Las primeras, constituyen unas pautas normativas dirigidas a materializar el principio pro infans: (i) garantía del desarrollo integral del menor, (ii) garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor, (iii) protección ante los riesgos prohibidos, (iv) equilibrio con los derechos de los padres, (v) provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del menor, y (vi) la necesidad de que existan razones poderosas que justifiquen la intervención del Estado en las relaciones paterno materno filiales. Las segundas, constituyen aquellos elementos materiales de las relaciones de cada menor de 18 años con su entorno y que deben valorarse con el objeto de dar prevalencia a sus derechos”⁹.

3. Ya en la solución del caso concreto, el análisis parte de la consideración de que no se pone en discusión ni el régimen especial que tiene los trabajadores del INPEC el sometimiento a su esquema de mando y lo imperioso del cumplimiento de las ordenes de sus superiores en tan delicadas tareas de vigilancia de las personas privadas de la libertad y en los asuntos administrativos globales que ese servicio genera, particularmente en la Escuela de Formación en donde la accionante se encuentra asignada, reguladas, entre otras, en la Ley 65 de 1993, Código Penitenciario y Carcelario y el Decreto 407 de 1.994.

Tampoco se debate, a más de que la documentación allegada con el amparo lo acredita con suficiencia, la condición de madre cabeza de familia de dos menores hijas de 3 y 7 años de edad que tiene la acá actora y el especial padecimiento de su hija mayor y los múltiples cuidados que aquella requiere de forma permanente.

3.1. Ahora bien, se encuentra que en lo que pudiera considerarse desarrollo del marco constitucional y legal de protección y observancia de las obligaciones de garantía y respecto de los derechos de las mujeres y en particular de las madres cabeza de familia que el Estado ha asumido ante organismos internacionales, el INPEC emitió la Resolución 002103 de junio 22 de 2015, “*por la cual se establece un horario especial de trabajo en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC*”, en la que se señala como garantía para “*las servidoras administrativas y del Cuerpo de Custodia y Vigilancia designadas al apoyo de servicios administrativos que justifiquen: (i) Tener hijos menores de edad o (ii) tener hijos en situación de discapacidad*”, el tener un horario de trabajo de 7 a.m. a 4 p.m. y una hora de almuerzo.

Prerrogativa que la actora relata venía siéndole reconocida desde años atrás, pero que el nuevo director de la Escuela de Formación, en donde se encuentra asignada como dragoniante en apoyo en servicios administrativos, le desconoce al venir asignándole turnos de vigilancia de 24 horas, en efecto, en la programación de servicios de seguridad aportada por las partes y del escrito de impugnación se observa que la señora Barbosa prestó turnos de 24 horas el 11, 19, 27 de febrero, 6, 17, 26, 30 de marzo, 5 y 9 de abril, esto es, al menos una vez a la semana, a excepción de la semana comprendida entre el 8 y el 14 de marzo, mientras que en la 1ª semana de abril realizó dos turnos.

Ahora bien, aunque se afirme que sí se han tomado medidas afirmativas para proteger a la accionante y su familia, al asignarle turnos “meramente ocasionales” y menos frecuentes que a otros dragoneantes de la institución, es evidente que se ha desconocido la condición especial de aquella en quien confluyen diversos factores para ser sujeto de discriminación positiva, pues la misma entidad accionada lo explica a folio 3 del informe rendido, la dragoniante tiene que prestar turnos de seguridad en la Escuela Penitenciaria Nacional, de 24 horas con una periodicidad de dos a cuatro ocasiones por mes, siendo el máximo del servicio semanal un turno.

3.2. Siendo, así las cosas, se puede concluir que, a la actora, madre cabeza de hogar con dos hijas menores de edad y una de ellas es sujeto de protección especial, pues adicional a su minoridad está en situación de discapacidad, ninguna medida de discriminación positiva se le brinda, pues se le impone cumplir turnos de 24 horas con la misma frecuencia semanal que sus compañeros que también prestan el servicio de vigilancia.

⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-287 del 23 de julio de 2018.

Pues el director de la Escuela del INPEC considera que debe ser ello así y asume que la actora se opone caprichosamente a prestar los turnos de vigilancia exigidos; desconociendo con ello la situación de desigualdad en que ella se encuentra.

Su visión hace que se dejen de lado las prerrogativas que la propia entidad había reconocido para quienes como la acá actora, ejercen la jefatura de su familia con menores de edad a su cargo, deben cumplir y cubrir las actividades y gastos propios de su hogar y adicionalmente, asumir los específicos tratamientos y cuidados que a diario requiere su hija enferma, pues carece de recursos económicos para pagar a quien se los proporcione cuando hace turnos de 24 horas, eventos que no le permiten ejercer su labor en condiciones de igualdad con otros dragoneantes, que no soportan ese cúmulo de contingencias que le colocan en condición de debilidad manifiesta.

Pues la accionada a través del director de la escuela de formación, desconoce el horario especial de trabajo que la Resolución 002103 de junio 22 de 2015 reconoce a quienes como la actora se encuentra en esa condición de debilidad manifiesta y considera que el trato preferencial se agota con el otorgamiento de dádivas y “gestos de compañerismo”, hacía la actora cuando cumple dichos turnos de 24 horas y por ende, que no lesionó ningún derecho fundamental porque autorizó a la señora Barbosa a salir durante cuarenta minutos para suministrar los medicamentos a su hija en dos ocasiones, en otra a retirarse del turno antes de que finalizara y porque le dio permiso de faltar al servicio por tener síntomas gripales, según las determinaciones adoptadas por el Gobierno Nacional para el control del virus COVID-19.

Cuando lo cierto es que, de acuerdo con lo prescrito por el doctor César Enrique Cruz Álvarez del Hospital Militar Central, por su diagnóstico de vejiga neurógena, enfermedad renal crónica y disfunción neuromuscular de la vejiga, la niña M.K.G.B. de 7 años de edad, requiere de cuidado permanente, y el programarle turnos de 24 horas a su madre dificulta que pueda recibir los cateterismos y drenajes que requiere constantemente y pone en grave peligro su vida y salud pues, como se observa de la historia clínica de la menor, las complicaciones en su condición de salud pueden llevarla fácilmente a una situación de urgencia, por lo que las salidas por menos de una hora no garantizan la protección integral de la niña.

3.3. Para la Sala, contrario a lo concluido por el a-quo, la señora Barbosa además de reunir con creces los requisitos para ser beneficiaria del horario especial de trabajo establecido en la Resolución 002103 de junio 22 de 2015, no cuenta con una opción adicional para suplir la atención de su hija, a la que tampoco estaría obligada por la propia regulación interna de la entidad, pues aunque devenga un salario de \$2.818.795.00, su situación económica comporta el cubrir obligaciones bancarias, gastos de alimentación, educación, transporte e insumos sanitarios, a lo que se suma el hecho de no contar con el apoyo del padre u otro familiar que pueda hacerse cargo de las niñas durante los turnos de un día.

Su núcleo familiar está conformado además por otra menor que también requiere de atención, pues se encuentra en etapa de primera infancia, tiene tres (3) años de edad y sabido es que el “derecho al desarrollo integral en la primera infancia, que fue definido como “(...) la etapa del ciclo vital en la que se establecen las bases para el desarrollo cognitivo, emocional y social del ser humano [y que] comprende la franja poblacional que va de los cero (0) a los seis años de edad. Por ello, son derechos impostergables de estos últimos “(...) la nutrición (...), la protección contra los peligros físicos y la educación inicial (...)”¹⁰.

Claro es que el director de la Escuela de Formación en donde presta su servicio la accionada omitió su deber de aplicar el principio pro infans al asignar los turnos de vigilancia, pues alejar a la madre de sus niñas por períodos tan extensos podía lesionar el derecho de éstas a la salud, la vida, la protección contra los peligros físicos y el desarrollo integral en la primera infancia, desconociendo la Resolución No. 2103 expedida por el Director General del Instituto el 22 de junio de 2015, al considerar que esa normatividad no la excluye de prestar el servicio de vigilancia y en ese error también incurre el a-quo, al afirmar que aquella disposición, contrario a lo que la misma expone en su motivación, solo cobija a los funcionarios cuando prestaban labores administrativas. [Fl. 321 y 322].

¹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-068 del 7 de febrero de 2001.

Pretendiendo la entidad accionada justificar su lectura, manifestando que es necesario que la actora preste sus labores de vigilancia en horarios nocturnos y en turnos de 24 horas, pues lo contrario implicaría que no tuviera derecho al pago del sobresueldo establecido en el Decreto 1302 de 1978 y que se le asignara una evaluación negativa en su evaluación de desempeño, cuando la simple lectura del artículo 3 de dicha norma indica que tal prestación es reconocida como remuneración de los servicios prestados por el personal penitenciario.

Y que ella se paga “por razón de trabajo o de disponibilidad en tiempo que corresponda a cualquiera de los siguientes conceptos: (a) jornada ordinaria nocturna, (b) horas extras diurnas o nocturnas, (c) trabajo ordinario u ocasional diurno en días dominicales o festivos y (d) trabajo ordinario u ocasional nocturno en los mismos días a que se refiere la letra ordinal c)”, esto es, que no hay nada que impida que pueda prestar sus turnos de vigilancia en horarios diurnos y que tal labor le sea así recompensada mediante el pago del sobresueldo, de modo que ningún criterio negativo en la evaluación del desempeño de la actora, puede constituir esta circunstancia.

4. En síntesis, como la autoridad accionada al programar los turnos de vigilancia no dio aplicación a los principios de igualdad y prevalencia del interés de los niños, incumpliendo la Resolución No. 2103 de 2015 y exigiendo que aquel servicio se preste en el horario nocturno, sin que exista fundamento legal para ello, se impone la revocatoria de la decisión impugnada y el otorgamiento del amparo, para ordenar al director del INPEC que el imponga al director de la Escuela de Formación, el respeto del horario especial de trabajo a que tiene derecho la acá actora y no le imponga los turnos de vigilancia por fuera del horario señalado en aquella resolución, sin que ello dé lugar a un desconocimiento de su derecho a percibir el sobresueldo establecido en el Decreto 1302 de 1978 o a alguna calificación negativa de su desempeño.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Cundinamarca, Sala de Decisión Civil - Familia, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Constitución y la Ley,

RESUELVE

Primero: REVOCAR el fallo proferido el 2 de abril de 2020 por el Juzgado Penal del Circuito para Adolescentes de Funza.

Segundo: CONCEDER el amparo interpuesto por Deiyán Barbosa Velásquez contra el Instituto Penitenciario y Carcelario-INPEC, en nombre suyo y de sus hijas M.K.G.B. y M.A.Q.B.

Tercero: ORDENAR a la dirección del INPEC accionado que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contabilizadas a partir de la notificación de esta providencia, ordene al director de Escuela Penitenciaria Nacional del INPEC del municipio de Funza, que dé aplicación estricta a la Resolución 2103 de 2015, programar los turnos de vigilancia de la actora en los horarios referidos en la aludida Resolución, sin que ello dé lugar a un desconocimiento de su derecho a percibir el sobresueldo establecido en el Decreto 1302 de 1978 o a alguna calificación negativa de su desempeño.

NOTIFICAR esta decisión a las partes, en la forma más expedita.

Los Magistrados,


JUAN MANUEL DUMÉZ ARIAS


JAIME LONDOÑO SALAZAR


GERMÁN OCTAVIO RODRÍGUEZ VELÁSQUEZ