Providencia: Sentencia del 22 de agosto de 2017.

Radicación No. : 66001-31-05-001-2015-00460-01

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante ALBA LUCÍA FRANCO DELGADO

Demandado: POSITIVA S.A.

Juzgado de origen: Primero Laboral del Circuito de Pereira

Magistrada Ponente: Dra. Olga Lucía Hoyos Supúlveda

Magistrada que salva voto: ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN

Tema: APLICACIÓN DE PERSPECTIVA DE GÉNERO FRENTE A UNA MADRE CABEZA DE FAMILIA DE ESCASOS RECURSOS ECONÓMICOS: De todo lo dicho, es fácil deducir que estamos ante una mujer, madre cabeza de familia, durante gran parte de su vida, pues tuvo que hacerse cargo de sus tres hijos mayores sin apoyo ni económico ni moral del padre de los mismos. Por lo tanto ha ejercido indistintamente el rol reproductivo y el rol productivo para sacar adelante a sus hijos. Además de lo anterior, sus condiciones socioeconómicas y su grado de escolaridad la exponen a una alta vulnerabilidad, todo lo cual conlleva a que en este caso se aplique perspectiva de género en cumplimiento de la ley 1257 de 2008 y el Convenio internacional para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer -CEDAW-. Dicha herramienta metodológica *–la perspectiva de género-* implica que en su caso se flexibilicen las normas sustanciales y se flexibilice la valoración probatoria, a efectos no solo de visibilizar a esta mujer sino además para no incurrir en una discriminación de género al momento de fallar el asunto.

EN QUÉ CONSISTE LA AUTOSUFCIENCIA ECONÓMICA DE UNA MUJER MADRE CABEZA DE FAMILIA: Una cosa es una madre con todos sus hijos mayores de edad y por lo tanto sin la obligación moral y jurídica de sostenerlos y otra muy diferente una madre con hijos menores de edad cuya manutención depende de ella. Por lo tanto, frente a una madre con hijos a cargo, la autosuficiencia debe medirse no sólo con respecto a ella como individua sino frente a sus hijos menores, pues no puede pretenderse que la madre no comparta lo que recibe con sus críos, como parece insinuarlo la tesis de las mayorías. Sería un exabrupto fraccionar judicialmente a la demandante en dos seres distintos: como mujer y como madre para decir que los ingresos que recibe del hijo fallecido, a efectos de recibir la pensión de sobrevivientes, deben destinarse a la mujer y no a la madre, y que cuando no es así o es al contrario, no hay lugar a la susodicha pensión. Esa intelección, a más de resultar insensible y desfasada de la realidad, desconoce la esencia de una madre que lo primero que hace con sus ingresos es destinarlo a la crianza de sus hijos, y el resto, sí es que sobra, lo destina para sí misma. Todos los gastos de una mujer madre giran alrededor de la familia; la madre vive por y para sus hijos, y ello se hace más notorio y más loable en las familias o en las mujeres de escasos recursos económicos. En estos contextos de pobreza, la generosidad y la entrega de una mujer madre no puede apreciarse en su contra, como se hizo en la sentencia de segunda instancia. En otras palabras, no se trata de que en los contextos de pobreza los ingresos que recibe la madre del hijo fallecido los invierta en ella y no en su familia, como se insinúa, sino de entender que la autosuficiencia de esa mujer madre se mide si en ella caben todos sus hijos. Es decir, sólo puede predicarse que una mujer madre de bajos recursos económicos es autosuficiente si sus ingresos alcanzan para solventar los gastos de sus hijos menores de edad y los propios. Si tales ingresos a duras penas alcanza para lo uno o lo otro, no estamos ante una mujer madre autosuficiente. Dicho en otras palabras y guardadas las diferencias, mientras la mujer madre tenga hijos menores a cargo y no cuente con la ayuda del padre, la manutención de ese hijo hace parte de sus gastos vitales, con mayor urgencia, necesidad e importancia de los que corresponden a los gastos destinados al pago de servicios públicos, vivienda, alimentación y vestuario para sí misma.

# SALVAMENTO DE VOTO

Con mi acostumbrado respeto, me aparto de la decisión de las mayorías. Para efectos de sustentar mi salvamento de voto, es necesario visualizar el contexto social de la demandante al momento de fallecer el hijo:

1. Se trata de una mujer madre cabeza de familia, de 38 años de edad a la fecha de fallecimiento, estudió hasta 5º de primaria, tenía de 8 meses de embarazo de dos mellizas (interrogatorio der parte), cumplía el rol doméstico pues para esa época su hogar lo conformaban dos varones mayores de edad (STEVEN y JEFFERSON) y una menor de edad de 10 años quien padece de epilepsia situación que le impidió seguir estudiando, toda la familia estaba y está adscrita al SISBEN (de acuerdo al interrogatorio de parte e investigación administrativa hecha por POSITIVA).
2. La casa donde viven es propia, pero está ubicada en un barrio de invasión (sector de villa Santana, Veracruz II etapa), barrio que de acuerdo a la investigación administrativa de POSITIVA, *“se caracteriza por su alta peligrosidad por las personas que lo habitan, entre ellas miembros de las BACRIM (la cordillera) y expendedores de micro tráfico, hasta el punto que sólo suben taxis de residentes en la zona, o pueden subir personas extrañas pero acompañadas por los residentes”* (folio 59).
3. La casa la construyeron los miembros del núcleo familiar, comenzando por el primer piso compuesto por la cocina, una pieza y la cocina, y luego el segundo piso, donde dormían los tres hijos (STEVEN, JEFERSSON Y KATERINE). En el primer piso dormía la demandante. El piso de la casa es en tierra y está fabricada en esterilla. La persona que más colaboró con la construcción de la casa fue JEFFERSON a quien todos los testigos lo veían llevando material de construcción y apersonándose de la construcción misma, pues tenía conocimientos en construcción (declaraciones de PEDRO HERNÁN HURTADO VILLA, LUZ MARY DELGADO RAIGOSA Y MARÍA DE LAS MERCEDES HERNANDEZ). De la humildad de la casa no solo dan cuenta los testigos, sino el sitio en donde se encuentra, los materiales utilizados en su construcción y las fotografías que obran en el CD visible a folio 94 del expediente.
4. La demandante en algunos períodos trabajó formalmente como operaria de máquina de confección de ropa, **ganando siempre el mínimo**, en virtud de lo cual aparece registrada en seguridad social en salud vinculada a SALUD TOTAL desde marzo de 2010 a enero de 2011, y a SALUD TOTAL de manera interrumpida en los años 2002, 2003, 2005 y 2006 (investigación administrativa).
5. La demandante convivió con el padre de sus hijos mayores durante tres años, señor GERMÁN HURTADO, quien nunca reconoció a sus hijos y después de la separación nunca le ha ayudado con cuota alimentaria (investigación administrativa).
6. Posteriormente el 31 de marzo de 2012 se casó con John Jairo Castaño Agudelo, padre de las dos mellizas (LUCIANA y MARÍA PAZ) que nacieron después de la muerte de JEFFERSON. El señor Castaño reside y trabaja en Estados Unidos y le gira mensualmente una cuota de dinero para la manutención de las niñas. Para la fecha del fallecimiento el padre de las mellizas estaba en USA.
7. La demandante padece de diabetes (investigación administrativa) y para la fecha del velorio, se encontraba en la clínica enferma de donde la sacaron para llevarla al sitio de velación, donde nuevamente se puso mal (declaraciones de PEDRO HERNÁN HURTADO VILLA y LUZ MARY DELGADO RAIGOSA).
8. La demandante también ha tenido trabajos informales como la venta de tamales que ella misma hacía y el engorde de pollos para la venta como narran los PEDRO HERNÁN HURTADO VILLA y LUZ MARY DELGADO RAIGOSA.
9. Dentro de los gastos que se relacionaron por la propia demandante dentro de la investigación administrativa y para la época en que vivía JEFFERSON, estaban los siguientes (folio 76):

* Gas $35.000
* Teléfono fijo, televisión e internet: $51.000
* Celular de la demandante $30.000
* Celulares de los 3 hijos (Steven, Jefferson y Katherine) $75.000
* Mercado para los hijos 500.000
* Mercado para la demandante (alimentación especial por

su condición de diabética) 400.000

* Préstamos gota a gota 272.000
* Transporte para la demandante 100.000
* Transporte para STEVEN y JEFFERSON (requerían dos

buses para llegar al trabajo) 340.000

* Medicamentos para la demandante (medre gestante) $90.000
* Materiales para la casa y vestuario 240.000

**TOTAL $2.128.000**

1. Sin embargo, una vez muerto JEFFERSON, los gastos se modificaron e incluso disminuyeron, así (folio 80):

* Gas 35.000
* Teléfono fijo, televisión e internet: $51.000
* Celular de la demandante $30.000
* Celulares de los 2 hijos (Steven y Katherine) $20.000
* Mercado para los hijos incluyendo las mellizas y los pañales 1.000.000
* Préstamos gota a gota 124.000
* Transporte para la demandante 30.000
* Materiales para la casa (cambio de techo) 40.000

**TOTAL $1.330.000**

Lo anterior se explica porque se disminuyó lo referente al transporte de los dos hijos mayores, los celulares de los tres hijos, lo relacionado con la alimentación especial de la demandante al momento de estar en embarazo y los medicamentos que requería. Igualmente se quitó lo relacionado al vestuario.

También resulta pertinente establecer el contexto social del demandante:

1. Se trata de JEFFERSON FRANCO DELGADO, segundo hijo de la demandante, que al momento de la muerte tenía 20 años de edad.
2. Estudió hasta 8º grado y desde los 15 años se dedicó a trabajar para ayudar a la manutención de la casa, tal como los relatan todos los testigos. Se dedicó a labores varias, tal como mecánica, construcción, venta de pollos y tamales, patinador y su última actividad correspondía a la de ayudante de perforación en la empresa GEKOA donde apenas alcanzó a trabajar una quincena.
3. Por lo general sus trabajos eran informales, y de acuerdo al relato de los testigos, siempre trabajó, siendo pocas las veces en que no lo hizo.
4. Todos los testigos al unísono dicen que fue la mano derecha de su madre en todos los aspectos y su comportamiento simulaba la de un esposo y padre de sus otros hermanos.
5. Su ayuda fue fundamental en la construcción y el mejoramiento de la casa, pues por lo general era quien llevaba los materiales de construcción y realizaba las labores de albañilería.

De todo lo dicho, es fácil deducir que estamos ante una mujer, madre cabeza de familia, durante gran parte de su vida, pues tuvo que hacerse cargo de sus tres hijos mayores sin apoyo ni económico ni moral del padre de los mismos. Por lo tanto ha ejercido indistintamente el rol reproductivo y el rol productivo para sacar adelante a sus hijos. Además de lo anterior, sus condiciones socioeconómicas y su grado de escolaridad la exponen a una alta vulnerabilidad, todo lo cual conlleva a que en este caso se aplique perspectiva de género en cumplimiento de la ley 1257 de 2008 y el Convenio internacional para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer -CEDAW-. Dicha herramienta metodológica *–la perspectiva de género-* implica que en su caso se flexibilicen las normas sustanciales y se flexibilice la valoración probatoria, a efectos no solo de visibilizar a esta mujer sino además para no incurrir en una discriminación de género al momento de fallar el asunto.

En la sentencia mayoritaria, la única referencia que se hace del contexto social de la demandante es la lánguida frase que reza que *“residen en un barrio de invasión, ella presuntamente fue diagnosticada con diabetes y una de sus hijas sufre de diabetes”*, invisibilizando el resto de circunstancias del contexto de pobreza que rodea a la demandante y su núcleo familiar a pesar de las innumerables pruebas que hay al respecto. También lamento que se afirme que un asunto se analiza con enfoque diferencial por el sólo hecho de resaltar las tres circunstancias que se acaban de citar, olvidando que la perspectiva de género va mucho más allá de la simple visibilización del contexto social de la mujer involucrada *–visibilización que, reitero, en este caso no fue total-*  porque lo que se pretende es que una vez detectadas las circunstancias de vulnerabilidad, se tomen las medidas necesarias para superarlas. Considerar que el enfoque diferencial dentro del análisis judicial se limita a la simple y parcial visibilización de algunas circunstancias de vulnerabilidad, contradice la jurisprudencia internacional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos vertida en la sentencia “Campo algodonero VS México” respecto a la obligación que nos compete a los y las operadoras jurídicas de ejercer en la resolución de un caso la **debida diligencia** que no se limita a hacer lo que legalmente nos corresponde sino todo aquello que garantice los derechos humanos, especialmente de las personas que están en situación de vulnerabilidad, como es el caso de la demandante. También viola la cláusula de no discriminación del artículo 13 de la Constitución Política toda vez que la demandante está inmersa en tres criterios sospechosos de discriminación: Es mujer, es madre cabeza de familia y pertenece a un estrato socioeconómico bajo.

Aclarado lo anterior, de las pruebas que se practicaron y/o se anexaron al proceso se sacan las siguientes conclusiones:

Para revocar la sentencia de primera instancia, la Sala mayoritaria se fundamenta básicamente en dos argumentos: *i)* Que la demandante cuenta con la ayuda de su esposo, quien le gira mensualmente $900.000; y, *ii)* que la ayuda de su hijo fallecido corresponde a lo que un buen hijo de familia aporta para la casa porque era muy joven, trabajaba esporádicamente y en la empresa donde sufrió el accidente mortal apenas alcanzó a recibir una quincena.

Frente a lo primero habría que hacer una distinción: La demandante ha sido y es madre cabeza de familia frente a sus hijos mayores (STEVEN y KATERINE, y antes JEFFERSON) porque la ayuda que le brinda su actual esposo lo es para sus dos hijas mellizas LUCIANA y MARÍA PAZ quienes todavía están muy pequeñas. Recuérdese que para la fecha del fallecimiento de su hijo JEFFERSON, la demandante era madre gestante y eso la obligó a desempeñar únicamente el rol reproductivo. Del rol productivo, es decir de los ingresos vitales para el sostenimiento económico del hogar compuesto por los tres hermanos mayores y la madre se encargaba principalmente JEFFERSON, según lo dijeron todos los declarantes, cuyos testimonios fueron responsivos, coherentes, espontáneos, no entraron en contradicciones entre sí y además dieron la razón de sus dichos. De las mellizas se ha encargado el padre de las mismas, amén de que la prueba de esa ayuda *–la del esposo-* apenas data de los meses de diciembre de 2012, enero, febrero y marzo de 2013, y en todo caso, si se partiera del hecho de que el padre de las mellizas siempre le ha dado una suma mensual para la manutención de sus hijas (no para el resto de hijos de la demandante), sólo sería a partir del matrimonio que lo fue el 31 de marzo de 2012. De manera que con anterioridad al matrimonio hasta la fecha del fallecimiento, quienes sostenían el hogar eran la madre y JEFFERSON.

Inferir que los $900.000 le alcanza para el sostenimiento de las mellizas y la propia demandante y que ello la vuelve autosuficiente es nada menos que desnaturalizar el papel de una madre que tiene a su cargo hijos menores de edad. En el caso de la demandante, aún depende económicamente de ella su hija ANYI KATERINA quien además sufre de epilepsia lo que de suyo hace más costosa su manutención. Como bien lo dijo la jueza de primer instancia los $900.000 que recibe la demandante de su esposo están destinados a sus hijas mellizas y dicho valor no resulta relevante como para suponer que con ese solo ingreso la demandante ya es autosuficiente. Una cosa es una madre con todos sus hijos mayores de edad y por lo tanto sin la obligación moral y jurídica de sostenerlos y otra muy diferente una madre con hijos menores de edad cuya manutención depende de ella. Por lo tanto, frente a una madre con hijos a cargo, la autosuficiencia debe medirse no sólo con respecto a ella como individua sino frente a sus hijos menores, pues no puede pretenderse que la madre no comparta lo que recibe con sus críos, como parece insinuarlo la tesis de las mayorías. Sería un exabrupto fraccionar judicialmente a la demandante en dos seres distintos: como mujer y como madre para decir que los ingresos que recibe del hijo fallecido, a efectos de recibir la pensión de sobrevivientes, deben destinarse a la mujer y no a la madre, y que cuando no es así o es al contrario, no hay lugar a la susodicha pensión. Esa intelección, a más de resultar insensible y desfasada de la realidad, desconoce la esencia de una madre que lo primero que hace con sus ingresos es destinarlo a la crianza de sus hijos, y el resto, sí es que sobra, lo destina para sí misma. Todos los gastos de una mujer madre giran alrededor de la familia; la madre vive por y para sus hijos, y ello se hace más notorio y más loable en las familias o en las mujeres de escasos recursos económicos. En estos contextos de pobreza, la generosidad y la entrega de una mujer madre no puede apreciarse en su contra, como se hizo en la sentencia de segunda instancia. En otras palabras, no se trata de que en los contextos de pobreza los ingresos que recibe la madre del hijo fallecido los invierta en ella y no en su familia, como se insinúa, sino de entender que la autosuficiencia de esa mujer madre se mide si en ella caben todos sus hijos. Es decir, sólo puede predicarse que una mujer madre de bajos recursos económicos es autosuficiente si sus ingresos alcanzan para solventar los gastos de sus hijos menores de edad y los propios. Si tales ingresos a duras penas alcanza para lo uno o lo otro, no estamos ante una mujer madre autosuficiente. Dicho en otras palabras y guardadas las diferencias, mientras la mujer madre tenga hijos menores a cargo y no cuente con la ayuda del padre, la manutención de ese hijo hace parte de sus gastos vitales, con mayor urgencia, necesidad e importancia de los que corresponden a los gastos destinados al pago de servicios públicos, vivienda, alimentación y vestuario para sí misma.

De cara a la anterior conclusión, hay que decir que en el presente caso, evidentemente los $900.000 que recibe la demandante apenas alcanza para la alimentación y manutención de las dos mellizas, y de pronto para la alimentación del resto de la familia, quedando por fuera de esa suma la manutención de la menor ANYI KATERINE (vestuario, salud, educación, etc.), y además los gastos de gas, celular, teléfono fijo, internet, televisión, los préstamos gota a gota, los arreglos de la casa y el vestuario, que según la relación de gastos que aparece reportados en la investigación administrativa, ascienden a $ 1.330.000, suma que no ha sido cuestionada por la entidad demandada. Todos esos gastos hacen parte de una vida en condiciones dignas, y de ellos se encargaba en gran parte el causante, quien si bien no aportaba una gran suma, como pudiera pensarse al comparar su ayuda con la que aporta el papá de las mellizas, su ayuda, en ese contexto de pobreza, era vital para la congrua subsistencia de la demandante, pues complementaba o solventaba el resto de gastos. Además, todos los testigos manifestaron que la ayuda no era sólo en dinero sino también en especie, toda vez que JEFFERSON era quien llevaba los materiales de construcción para las mejoras de la humilde vivienda pero además era quien se encargaba de realizarlas. Con su muerte, la madre no solo perdió un ingreso en dinero importante, sino además la ayuda en especie, pues ahora se verá obligada a contratar los servicios de un albañil para los arreglos de la casa, pues recuérdese que su esposo no vive con ella y ni ella ni los demás miembros del hogar conocen tal oficio, o por lo menos no hay prueba de ello.

Pero aun descartando los gastos que demanda la crianza de ANYI KATERINE, las necesidades básicas de la demandante no alcanzarían a cubrirse en su totalidad con los $900.000, porque de todas maneras quedarían por fuera el pago de gas, celular, teléfono fijo, internet, televisión, los préstamos gota a gota, los arreglos de la casa y el vestuario, costos que debe pagar necesariamente la demandante para tener una vida en condiciones dignas.

Finalmente vale la pena recordar que de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la dependencia económica que debe probar la madre del hijo fallecido no tiene que ser absoluta sino parcial, pero vale la pena precisar que dicha parcialidad no puede interpretarse en el sentido de que la ayuda del hijo tiene que ser la de mayor proporción frente a las necesidades básicas de la madre, para ser considerada como dependencia parcial, como se dice en la sentencia mayoritaria. Dicha intelección llevaría al absurdo de exigirle a la madre del fallecido que sus ingresos propios jamás podrían ser superiores a lo que le brindó el hijo, porque de no ser así no habría lugar a la pensión de sobrevivientes, interpretación que está lejos de la señalada por el alto Tribunal Constitucional en la sentencia C- 111 de 2006 y que además contraría la posición de esta Sala frente a este tema, cuando en los diferentes casos fallados la valoración probatoria nunca se ha circunscrito a comparar en términos numéricos los ingresos propios con los ingresos recibidos de parte del hijo fallecido, sino a establecer i) una falta de autosuficiencia económica lograda a partir de otros recursos propios o de diferentes fuentes; y*, ii)* una relación de subordinación económica respecto de los recursos provenientes de la persona fallecida.

Ahora, como quiera que en este caso, la ayuda parcial del hijo era vital para complementar unos ingresos que le permitían a la demandante solventar todos los gastos mínimos de su congrua subsistencia, hay lugar a la pensión de sobrevivientes.

En consecuencia se debió confirmar la sentencia de primera instancia.

En estos términos sustento mi salvamento de voto.

### ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN