

C-289-19

Sentencia C-289/19

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA NORMA QUE MODIFICA CODIGO
SUSTANTIVO DEL TRABAJO-Inhibición por ineptitud sustantiva de la demanda

OMISION LEGISLATIVA ABSOLUTA Y RELATIVA-Distinción

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE OMISION LEGISLATIVA ABSOLUTA-Incompetencia de
la Corte Constitucional

INHIBICION DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Cargo fundado en omisión legislativa absoluta

Referencia: Expediente D-12987

Demanda de inconstitucionalidad en contra del numeral 1 del párrafo 1 del artículo 3
(parcial) de la Ley 789 de 2002, “[p]or la cual se dictan normas para apoyar el empleo y
ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo de
Trabajo”.

Magistrado ponente:

CARLOS BERNAL PULIDO

Bogotá, D. C., veintiséis (26) de junio de dos mil diecinueve (2019).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y
legales, en especial de la prevista por el artículo 241.4 de la Constitución Política, profiere la
siguiente

SENTENCIA

I. Antecedentes

1. El 1 de noviembre de 2018, los ciudadanos Marcela Cuasapud Santacruz, Diana
Sofía Lasso Ramos y Julián Arturo Polo Echeverri presentaron demanda de

inconstitucionalidad en contra de la expresión “[l]os hijos que no sobrepasen la edad de 18 años, legítimos, naturales, adoptivos y los hijastros”, contenida en el numeral 1 del parágrafo 1 del artículo 3 de la Ley 789 de 2002, “[p]or la cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo de Trabajo”[1].

2. Mediante el auto de 26 de noviembre de 2018[2], el magistrado Alberto Rojas Ríos (i) admitió la demanda, (ii) ordenó comunicar de la iniciación de este proceso al Presidente del Senado, al Presidente de la Cámara de Representantes, al Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (“ICBF”) y al Defensor del Pueblo, (iii) invitó a participar en este proceso a varias universidades del país y a la Asociación de Cajas de Compensación Familiar (“ASOCAJAS”), (iv) corrió traslado al Procurador General de la Nación para que rindiera el concepto de su competencia y (v) fijó en lista el proceso de la referencia para que los ciudadanos pudieran intervenir.

3. A continuación se transcribe y se subraya la disposición demandada:

“LEY 789 DE 2002

(diciembre 27)

Diario Oficial No 45.046 de 27 de diciembre de 2002

Por la cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo de Trabajo.

EL CONGRESO DE COLOMBIA,

DECRETA:

(...)

ARTÍCULO 3o. RÉGIMEN DEL SUBSIDIO FAMILIAR EN DINERO. Tienen derecho al subsidio familiar en dinero los trabajadores cuya remuneración mensual, fija o variable no sobrepase los cuatro (4) salarios mínimos legales mensuales vigentes, smlmv, siempre y cuando laboren al menos 96 horas al mes; y que sumados sus ingresos con los de su cónyuge o

compañero (a), no sobrepasen seis (6) salarios mínimos legales mensuales vigentes, smlmv.

Cuando el trabajador preste sus servicios a más de un empleador, se tendrá en cuenta para efectos del cómputo anterior el tiempo laborado para todos ellos y lo pagará la Caja de Compensación Familiar a la que está afiliado el empleador de quien el trabajador reciba mayor remuneración mensual. Si las remuneraciones fueren iguales, el trabajador tendrá la opción de escoger la Caja de Compensación. En todo caso el trabajador no podrá recibir doble subsidio.

El trabajador beneficiario tendrá derecho a recibir el subsidio familiar en dinero durante el período de vacaciones anuales y en los días de descanso o permiso remunerado de ley, convencionales o contractuales; períodos de incapacidad por motivo de enfermedad no profesional, maternidad, accidentes de trabajo y enfermedad profesional.

PARÁGRAFO 1o. Darán derecho al subsidio familiar en dinero las personas a cargo de los trabajadores beneficiarios que a continuación se enumeran:

1. Los hijos que no sobrepasen la edad de 18 años, legítimos, naturales, adoptivos y los hijastros. Después de los 12 años se deberá acreditar la escolaridad en establecimiento docente debidamente aprobado.

(...)”.

III. La demanda

4. Los actores solicitaron la declaratoria de exequibilidad condicionada del aparte normativo subrayado, “bajo el entendido [de] que los hijos de crianza también hacen parte de los hijos a cargo del trabajador, que generan el beneficio del subsidio familiar monetario”. Fundamentaron su solicitud en que la norma, al no incluir a los hijos de crianza como beneficiarios del subsidio familiar en dinero, desconoce los siguientes preceptos constitucionales:

(i) El derecho fundamental a la igualdad (art. 13 CP), porque otorga un trato desigual a “una clase de hijo, el de crianza, frente a otros hijos naturales, legítimos, adoptivos y aportados”, quienes sí pueden ser beneficiarios del subsidio familiar en dinero.

Con esto, a juicio de los demandantes, el legislador desconoció que “todos los hijos, sin importar su origen filial, son iguales ante la ley [y] por ello gozan de los mismos derechos y obligaciones”.

(ii) El derecho a tener una familia (art. 42 CP), pues consideran que discrimina a las familias que “surgen en virtud de lazos de afecto, solidaridad, respeto, protección y asistencia”, y que gozan de iguales derechos que aquellas que surgen “por vínculos jurídicos o naturales”. Esto, pues la norma demandada no incluye como beneficiarios del subsidio familiar en dinero a la familia de crianza, pese a que “también constituye familia en el seno de nuestra sociedad”.

(iii) Los derechos prevalentes de los niños (art. 44 CP), porque “priva del derecho [al subsidio familiar en dinero] a aquellos hijos que no poseen un vínculo filial”. Adicionalmente, los demandantes manifestaron que el legislador desconoció que “los lazos de afecto, solidaridad, respeto y asistencia que se originan entre padres e hijos de crianza (...) crean (...) derechos y obligaciones que deben ser reconocidos y protegidos por el Estado”.

IV. Intervenciones

5. Durante el trámite del presente asunto se recibieron seis escritos de intervención[3]. Cuatro de los intervinientes solicitaron la declaratoria de exequibilidad condicionada de la expresión demandada[4], mientras que los otros dos solicitaron que se declarara su exequibilidad simple[5].

1. Solicitudes de exequibilidad condicionada

6. La Universidad Externado de Colombia solicitó que se declare la exequibilidad condicionada de la disposición acusada, “en el entendido de que la norma se entienda referida en su protección igualmente a los hijos de crianza”. En su opinión, la disposición acusada viola los artículos 13, 42 y 44 de la Constitución. Primero, indicó que la norma demandada les da un trato diferente a las familias de crianza que se encuentran “en igualdad de condiciones frente a las demás familias”. Segundo, señaló que el legislador desconoce la protección que les ha otorgado la jurisprudencia constitucional a “las familias conformadas por relaciones de hecho, afecto y solidaridad”. Finalmente, alegó que no es

“razonable que el goce del derecho al subsidio familiar se encuentre restringido únicamente a los hijos legítimos, naturales, adoptivos y a los hijastros, y se deje por fuera a los hijos de crianza”.

8. La Universidad La Gran Colombia solicitó que se declare la exequibilidad condicionada de la norma en el entendido de que se incluyan “a los hijos de crianza como personas a cargo del trabajador con el fin de reconocerles el beneficio del subsidio familiar”. Esto, pues “la omisión legislativa relativa que se visualiza en la disposición demandada, vulnera flagrantemente el ordenamiento constitucional”. En concreto, sostuvo que la disposición acusada desconoce el derecho a la igualdad de los hijos de crianza, quienes “deben gozar de la misma protección y ser reconocidos los mismos derechos y obligaciones que un hijo natural o adoptivo”.

9. El ICBF solicitó la exequibilidad condicionada de la disposición acusada “en el entendido de que se [incluyan] a los hijos de crianza como personas a cargo del trabajador beneficiario del subsidio familiar”. Indicó que “los demandantes cumplen los requisitos previstos en la jurisprudencia para efectos del análisis de constitucionalidad referido a la omisión legislativa relativa”. A juicio del interviniente, “no existen motivos ni fines constitucionalmente válidos, que acepten en la normatividad una diferenciación jurídica entre (...) los hijos con diferentes orígenes de parentesco”. No obstante lo anterior, advirtió que “el concepto de hijo de crianza y su materialización en la vida jurídica efectiva debe ser objeto de un desarrollo normativo (...) en el que se establezca su concepto, características, alcance, elementos, derechos y deberes y así mismo frente a su declaratoria establezca: autoridad competente, procedimiento, etapas procesales, efectos probatorios de su declaratoria, oponibilidad frente a terceros y demás pertinentes”.

2. Solicitudes de exequibilidad

10. El Ministerio del Trabajo solicitó la exequibilidad de la norma demandada. En su opinión, si bien la disposición acusada no incluye expresamente a los hijos de crianza como beneficiarios del subsidio familiar en dinero, “los pronunciamientos judiciales de la Corte Constitucional sí lo reconocen”. En ese sentido, sostuvo que en virtud del “valor vinculante que en nuestro ordenamiento jurídico tiene el precedente judicial”, los hijos de crianza hacen parte “del grupo de hijos a cargo del trabajador y son beneficiarios del subsidio

familiar”. Por lo tanto, concluyó que la solicitud del condicionamiento propuesto por los demandantes “no debe prosperar”.

11. ASOCAJAS solicitó que se declare exequible la disposición demandada. En su criterio, la Corte no debe extender el subsidio familiar en dinero a los hijos de crianza, porque “la configuración de las prestaciones propias de la seguridad social es de competencia exclusiva del legislador”. Con todo, le solicitó a la Sala que, en caso de que decida condicionar la disposición acusada, “reitere y precise los elementos necesarios y esenciales que caracterizan al hijo de crianza para considerarlo como tal y los elementos probatorios que [permitan] concluir [los casos en que] se encuentran debidamente acreditados”. Esto, con el fin de evitar “inseguridades jurídicas” y “el reconocimiento de prestaciones sociales a personas que la Constitución, la ley y la jurisprudencia no les ha otorgado estas prerrogativas”.

V. Concepto del Procurador General de la Nación

12. Mediante el concepto de 8 de febrero de 2019, el Procurador General de la Nación solicitó a esta Corte inhibirse de proferir un fallo de fondo “por presentarse una omisión legislativa absoluta”[6]. Esto, por cuanto “la familia de crianza (...) a pesar de tener raigambre constitucional y protección especial, aún no cuenta con un régimen legal autónomo e independiente”. Habida cuenta de lo anterior, indicó que, en el caso sub examine, “la Corte no cuent[a] con un referente normativo para hacer la confrontación con la Carta Política, lo que le impide adelantar el juicio de constitucionalidad”.

13. Con todo, sostuvo que la falta de regulación legal de la familia de crianza no implica el desconocimiento de “los parámetros que sobre el mismo ha decantado la jurisprudencia constitucional a través de la definición de algunas reglas que resultan sustanciales para el reconocimiento y protección efectiva de este esquema familiar”. En su criterio, al momento de resolver un caso concreto, el juez de tutela deberá hacer una aplicación “analogica o extensiva de la norma demandada, después de verificar la existencia de una familia de crianza según los criterios jurisprudenciales ya fijados”. Sin embargo, aclaró que “dicho papel no puede ser asumido por el juez que ejerce el control abstracto de constitucionalidad, ya que éste último carece de la aproximación específica a los casos”.

VI. Cuestión previa. Aptitud sustantiva de la demanda

14. En consideración a la solicitud del Procurador General de la Nación (paras.12 y 13), la Sala se pronunciará sobre la aptitud sustantiva de la demanda. Los demandantes fundamentaron su cargo en una pretendida omisión legislativa. A su juicio, la norma demandada es inconstitucional porque no incluye a los hijos de crianza como beneficiarios del subsidio familiar en dinero. Los actores consideraron que la disposición acusada (i) otorga un trato desigual, constitucionalmente injustificado, a los hijos de crianza “frente a otros hijos naturales, legítimos, adoptivos y aportados”, (ii) desconoce la existencia de un tipo de familia que, como lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional, “también constituye familia en el seno de nuestra sociedad” y (iii) afecta los derechos de aquellos niños que no pueden acceder al beneficio mencionado, únicamente en razón a que “no poseen un vínculo filial”.

15. La jurisprudencia constitucional ha reconocido dos tipos de omisiones legislativas. Por una parte, las relativas, “que se presentan cuando el legislador sí ha regulado el asunto, pero lo ha hecho de forma incompleta”[7]. Por otra, las absolutas, que ocurren “cuando existe una ausencia total e íntegra de normatividad por parte del Congreso”[8]. La Corte ha señalado también que es competente para conocer de demandas de inconstitucionalidad por omisiones legislativas relativas, pero no por omisiones absolutas[9]. Esto es así, porque en las primeras “existe un desarrollo legal vigente, pero imperfecto, por la ausencia de un aspecto normativo específico en relación con el cual existe el deber constitucional de adoptar medidas legislativas”[10]. En cambio, en las segundas, la ausencia de regulación legal de una determinada materia[11] le impide a la Corte llevar a cabo una “confrontación material, objetiva y verificable con el texto de la Carta Política”[12].

16. De manera reiterada, la Corte ha señalado que la falta de regulación sobre la familia de crianza configura una omisión legislativa absoluta, respecto de la cual no es posible ejercer el control de constitucionalidad. En efecto, esta ha sido la conclusión en relación con demandas de inconstitucionalidad mediante las cuales se ha solicitado la inclusión de familiares de crianza como beneficiarios del sistema pensional[13] y de salud[14], así como su inclusión dentro del primer orden sucesoral[15]. Por lo anterior, la Corte ha proferido sentencias inhibitorias en relación con todas estas demandas, tal como se

evidencia a continuación:

(i) En la sentencia C-359 de 2017, la Corte estudió una demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que dispone quiénes son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes. Frente a dicho artículo, el actor solicitaba incluir también a las familias de crianza. En esa ocasión, la Corte concluyó que “el reconocimiento de protección de las llamadas familias de crianza y a otro tipo relaciones familiares que también puedan surgir de situaciones de facto basadas en lazos de afecto, ayuda mutua, respeto, socorro y solidaridad, es en principio, atribuible a la jurisprudencia, y, en ese ámbito, no se acredita (...) la existencia de una norma constitucional que imponga al legislador un mandato concreto para su reconocimiento”.

(iii) En la sentencia C-188 de 2019, la Corte estudió una demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 218 de la Ley 1753 de 2015, que prevé cómo se constituye el “núcleo familiar del afiliado cotizante”. Frente a dicho artículo, el actor solicitaba incluir también a los padres de crianza. La Sala Plena reiteró que “la censura no cumplió uno de los requisitos específicos para la procedibilidad de las demandas en las que se alega omisión legislativa relativa, cual es la inobservancia de un deber específico impuesto directamente por el Constituyente al legislador, precisión que -en todo caso- no habría podido hacer por no existir, en tanto (...) se está frente a una omisión legislativa absoluta ante la falta total de desarrollo del contenido y alcance de las variaciones en el estado civil de las personas pertenecientes a una familia de crianza”.

17. En el caso sub examine, la Sala Plena también considera que el cargo de inconstitucionalidad formulado en la demanda se refiere a una pretendida omisión legislativa absoluta concerniente a la regulación de la familia de crianza. Esto es así, por cuanto el actor pretende la inclusión del hijo de crianza como beneficiario del subsidio familiar en dinero, previsto por el artículo 3 de la Ley 789 de 2002, pese a que el legislador no ha expedido regulación alguna sobre la familia de crianza y, en particular, sobre el régimen aplicable a los hijos de crianza[16]. En efecto, como lo ha señalado esta Corte, “en la legislación no existe la familia de crianza de la cual se derivaría una relación de filiación”[17], por lo que, como lo advirtió el Procurador General de la Nación, no existen “unos parámetros legales que permitan determinar cuándo se está o no en presencia de una familia en tal condición, quiénes tienen vocación de integrarla, cuáles son los requisitos

o atributos que deben tenerse en cuenta para establecer quién puede ser considerado familiar de crianza y cuál puede ser un orden de prelación válido en caso de presentarse una controversia entre pretendidos beneficiarios”[18]. En consecuencia, como lo ha decidido frente a los cargos por omisión legislativa en las otras demandas referidas, la Corte se inhibirá de emitir pronunciamiento de fondo en el presente asunto.

18. Tras constatar la omisión legislativa absoluta sobre la materia referida, la Corte resalta que la autoridad competente para regular la familia de crianza, así como los derechos, beneficios y privilegios de sus integrantes, es exclusivamente el Congreso de la República. Esto es así con fundamento en lo previsto por el artículo 150 de la Constitución Política. Al respecto, en la referida sentencia C-085 de 2019, la Sala Plena determinó que la regulación de la “capacidad para ejercer derechos y contraer obligaciones de los hijos y padres de crianza (...) es una tarea que compete exclusivamente al legislador”[19].

19. Con todo, la ausencia de régimen legal sobre la familia de crianza no es óbice para que, siempre que se acredita la vulneración de derechos fundamentales, la Corte Constitucional ampare, en casos concretos, los derechos de hijos y padres de crianza. Así, a manera de ejemplo, la Corte ha amparado los derechos de tales sujetos a, entre otros, el subsidio familiar en dinero[20], el pago de la compensación por la muerte de un soldado[21], el subsidio por parte de una caja de compensación familiar[22], la afiliación en el régimen excepcional de salud[23], el subsidio educativo[24], el pago de una pensión de sobrevivientes[25], los beneficios contenidos en una convención colectiva[26], el pago de una sustitución pensional[27] y el derecho a la reparación administrativa[28].

20. Con fundamento en las consideraciones expuestas, la Sala se declarará inhibida para proferir una decisión de fondo en relación con la demanda de la referencia.

VII. Decisión

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

RESUELVE

Declararse INHIBIDA para pronunciarse sobre la constitucionalidad del numeral 1º del

parágrafo 1º del artículo 3 (parcial) de la Ley 789 de 2002, “Por la cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo de Trabajo”, por ineptitud sustantiva de la demanda.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase,

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Presidenta

Con aclaración de voto

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

Con salvamento de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

ALBERTO ROJAS RÍOS

A LA SENTENCIA C-289/19

Referencia: Expediente D-12987

Demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 1 del párrafo 1° del artículo 3° (parcial) de la Ley 789 de 2002, “Por la cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo de Trabajo”

Magistrado Ponente:

Carlos Bernal Pulido

“La familia está donde están los afectos”

Ciro Angarita

Al no lograr la mayoría reglamentaria para la decisión con la ponencia que sometí a consideración de la Sala Plena, me separo de la decisión aprobada en la sentencia C-289 de 2019 por cuanto considero que la demanda de inconstitucionalidad contra la expresión “1. Los hijos que no sobrepasen la edad de 18 años, legítimos, naturales, adoptivos y los hijastros” del numeral 1 (parcial) del párrafo 1° del artículo 3° de la Ley 789 de 2002,

encaminada a extender la prestación social del subsidio familiar en dinero para los hijos de crianza, daba lugar al análisis de la configuración de una omisión legislativa relativa mas no de una absoluta, como erradamente se determinó para adoptar una decisión inhibitoria.

A continuación paso a exponer las razones de mi desacuerdo con la decisión adoptada por la Sala Plena en esta oportunidad:

1. La aptitud sustantiva de la demanda

En aplicación de las sentencias C-359 de 2017, C-085 y C-188 de 2019, la Sala Plena abordó esta específica materia concerniente a la seguridad social, como si no existiera regulación alguna sobre el subsidio familiar, institución que está ampliamente regulada y que es objeto de la demanda por ausencia de apenas un elemento relativo a su titularidad. Lo anterior, no sólo evidenció una falencia en el enfoque del análisis efectuado, puesto que sí existe tal normatividad y, por lo tanto, no se trata de una omisión legislativa absoluta como equivocadamente se decidió, sino que, adicionalmente, todas las providencias invocadas por la mayoría para eludir una decisión de fondo fueron inhibitorias y, como es lógico, éstas no configuran precedente judicial a seguir, toda vez que no comportan un pronunciamiento de mérito. En tal sentido, los pronunciamientos que en sede de control concreto han salvaguardado los derechos de las familias de crianza por vía de tutela (T-586 de 1999, T606 de 2013, T-070 de 2015, T-074 de 2016, T-354 de 2016, T-525 de 2016, T-107 de 2017, T-495 de 2017 y T-281 de 2018) demuestran que se trata de una omisión legislativa relativa, ya que si fuera absoluta la Corte no habría podido impartir tal espectro de protección.

Tratándose de la aptitud sustantiva de las demandas dirigidas a cuestionar la ausencia de legislación en torno a una determinada materia, esta Corporación ha precisado que dicho fenómeno debe ser diferenciado según se trate de omisiones legislativas absolutas o relativas. En efecto, desde la emisión de las sentencias C-073 y C-543 de 1996, la Corte precisó que la demanda no procede cuando existe ausencia total de legislación, puesto que la Corte carece de competencia para llenar dicho vacío. En tales circunstancias corresponde al legislador regular la materia[29].

En contraste, la Corte tiene la potestad de evaluar la existencia de omisiones legislativas relativas, situación que se presenta en los eventos en que legislador al regular o construir

una institución omite una condición o un elemento que era indispensable de conformidad con la Constitución. Esto, ha señalado la Corte, ocurre por ejemplo: “(i) cuando expide una ley que si bien desarrolla un deber impuesto por la Constitución, favorece a ciertos sectores y perjudica a otros; (ii) cuando adopta un precepto que corresponde a una obligación constitucional, pero excluye expresa o tácitamente a un grupo de ciudadanos de los beneficios que otorga a los demás; y (iii) cuando al regular una institución omite una condición o un elemento esencial exigido por la Constitución”[30].

En sentencias C-833 de 2013 y C-291 de 2015, la Corte Constitucional precisó que los requisitos de admisión de una demanda de inconstitucionalidad por omisión legislativa relativa son los que se enuncian a continuación:

“i) Que exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo; (ii) que la misma excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tendrían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta; (iii) que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente; (iv) que la falta de justificación y objetividad genere para los casos excluidos de la regulación legal una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma; y (v) que la omisión sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador.[31] Además de los anteriores criterios, en algunos pronunciamientos la Corte ha precisado que también es menester tener en cuenta: (vi) si la supuesta omisión emerge a primera vista de la norma propuesta, o (vii) si se está más bien, ante normas completas, coherentes y suficientes, que regulan situaciones distintas.” [32]

La acusación formulada contra la expresión demandada del párrafo 1º del artículo 3º de la Ley 789 de 2002 cumplía cabalmente los requisitos necesarios para iniciar un juicio de conformidad, según las reglas fijadas por la jurisprudencia constitucional.

En primer lugar, la censura era clara, debido a que los actores construyeron en la demanda argumentos comprensibles que permitían a la Corte entender que su ataque estaba dirigido a demostrar que la exclusión de los hijos de crianza del beneficio del subsidio familiar contraría los artículos 12, 42 y 44. En segundo lugar, en relación con la certeza, los

demandantes pusieron de presente que los hijos de crianza no se hallan de manera expresa en la Ley 789 de 2002. En tercer lugar, se cumplía con el requisito de pertinencia, comoquiera que los demandantes formularon un ataque que se fundamentó en premisas de orden constitucional, por ejemplo, precisaron que el enunciado legal cuestionado quebrantaba los principios de igualdad, de protección a la infancia y a la familia, todos con consagración expresa en el orden superior.

En relación con la especificidad y la suficiencia, se satisficieron los requisitos de admisión de demandas que se fundan en una omisión legislativa relativa, a saber: (i) los demandantes identificaron la norma sobre la cual se predica la omisión, o sea, el parágrafo 1° del artículo 3° de la Ley 789 de 2002; (ii) señalaron el contenido normativo excluido, cuya consagración resultaría necesaria para armonizar el texto legal con los mandatos constitucionales, consistente en el beneficio del subsidio familiar para los hijos de crianza; (iii) los accionantes explicaron la manera en que la omisión excluye de sus consecuencias un caso que, por ser asimilable, debería subsumirse dentro de su presupuesto fáctico. Así indicaron que las familias compuestas por hijos de crianza tienen el derecho al subsidio familiar, por cuanto este tiene la finalidad de aliviar las cargas económicas de la familia, condición que se halla presente en el caso de los hijos de crianza. Sobre este aspecto, es innegable que representan gastos económicos que son asumidos por sus padres de hecho; (iv) adujeron que la exclusión no obedece a una razón objetiva y suficiente, precisando que la omisión impide que las familias compuestas por los hijos de crianza accedan al beneficio de subsidio familiar; (v) argumentaron que la omisión produce una desigualdad injustificada entre los casos que están y los que no están sujetos a las consecuencias previstas por la norma. Es decir, la exclusión perjudica a las familias compuestas por hijos de crianza, dado que éstas no tendrían la forma de alivianar las cargas económicas a través del subsidio familiar; y, explicaron las razones por las cuales la omisión implica el incumplimiento de un deber constitucional del legislador. En ese sentido, la regulación existente, según los demandantes, desatiende el principio de igualdad, el deber de protección de la familia y de los niños, niñas y adolescentes.

Con base en lo anterior, es más que claro que la Corte debió estudiar de fondo la demanda presentada contra el segmento cuestionado, en tanto los cargos sí cumplían con las exigencias requeridas para iniciar el control de constitucionalidad frente a una omisión legislativa relativa.

2. Problema jurídico

Expuestas las anteriores reflexiones sobre la aptitud sustantiva de la demanda, en mi opinión la Corte debió determinar si el párrafo 1º del artículo 3º de la Ley 789 de 2002, al excluir a los hijos de crianza del subsidio familiar en dinero para trabajadores cuya remuneración mensual no sobrepase los cuatro salarios mínimos legales mensuales vigentes, desconoce las garantías constitucionales a la igualdad (art. 13 C.P.), a la familia (art. 42 C.P.) y a los derechos prevalentes de los niños (art. 44 C.P.), cuestión que, eventualmente, podría implicar un tratamiento discriminatorio injustificado que conlleva un déficit de protección respecto de dicha modalidad de familia y para lo cual

En este punto, era necesario reiterar la jurisprudencia constitucional en relación con la protección de los diversos tipos de familia.

3. La protección de los diversos tipos de familia, en especial, la de crianza

La Constitución establece un concepto amplio acerca de la institución de la familia. En efecto, de conformidad con el artículo 42 Superior la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y se conforma por vínculos naturales y jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. Esta definición incorpora diferentes modalidades de familia, todas las cuales son equivalentes respecto de la protección constitucional que el ordenamiento les prodiga.

En armonía con la consagración constitucional, las normas de derecho internacional de los derechos humanos también disponen un lugar central de la familia como sujeto de protección integral por parte del Estado y de la comunidad en general. El artículo 23-1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. En idéntica manera, el artículo 17-1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos replica ese contenido normativo que, por remisión del artículo 93 de la Carta Política, goza de jerarquía constitucional en el ordenamiento interno.

En esa misma orientación, la jurisprudencia constitucional a partir de un entendimiento amplio y dinámico, ha señalado que la familia es un fenómeno sociológico que se integra cuando dentro de un grupo de personas se acreditan lazos de solidaridad, amor, respeto

mutuo y unidad de vida común, conformada ya sea por la relación de pareja, la existencia de vínculos filiales o la decisión libre de conformar esa unidad familiar. En palabras de la Corte:

“[n]o obstante estar sometida a un proceso de constante evolución primeramente verificado en la realidad de la que hace parte, la Corte ha definido la familia “en un sentido amplio”, como “aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus integrantes más próximos”[33]. || Como realidad “dinámica y vital, donde cobran especial importancia los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, la libertad de conciencia, el derecho a la intimidad”, la familia tiene, entonces, “un régimen constitucional, cuya piedra angular es el artículo 42, en concordancia con el artículo 5º”, régimen que busca hacer de ella “el ámbito adecuado para que dentro de un clima de respeto, no violencia e igualdad, sus integrantes puedan desarrollarse a plenitud como seres humanos, con la garantía de intimidad que permita el transcurso de la dinámica familiar sin la intromisión de terceros” y, así mismo, lograr un equilibrio entre la estabilidad necesaria para el desarrollo de sus miembros con la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad a que tiene derecho cada uno de sus integrantes, aspecto este donde cobra especial importancia la existencia de un ambiente de respeto por cada persona y de libre expresión de los afectos y emociones.[34]”[35]

Conforme a la jurisprudencia transcrita, la conformación de la familia no concierne necesariamente a la estructura tradicional de tipo parental, ni menos a la existencia de una pareja. Para determinar cuándo se está ante una familia, lo que debe verificarse es la presencia de las circunstancias fácticas antes reseñadas, las cuales permiten acreditar el acto voluntario de conformación de la familia, así como la construcción de vínculos permanentes.

Sobre el concepto de familia la Corte ha sido enfática en cuanto a que “...la Constitución Política de 1991, no solo protege un único concepto de familia, en tanto esta protección se extiende a un sinnúmero de situaciones que por circunstancias de hecho se crean y que, a pesar de no contar con las formalidades jurídicas, no implica el desconocimiento como familia. Asimismo, la jurisprudencia constitucional ha señalado que los lazos de afecto,

solidaridad, respeto y asistencia que sea crean entre padres e hijos de crianza, son circunstancias de facto que no se encuentran ajenas al derecho y que, por lo tanto, son susceptibles de crear consecuencias jurídicas tanto en derechos como deberes.”[36]

El mandato constitucional de protección equitativa a las diversas modalidades de familia, determinadas a partir de este criterio circunstancial, en los términos de la jurisprudencia constitucional, se sustenta en cuatro aspectos de índole constitucional, a saber: (i) la protección del derecho a la igualdad, la autonomía y el libre desarrollo de la personalidad; (ii) el derecho a la intimidad; (iii) la obligación de tratamiento jurídico paritario entre los hijos; y, (iv) la necesidad de dotar de sentido al principio de respeto del pluralismo.

Conviene recalcar que el artículo 42 de la Carta Política dispone como una de las formas para la constitución de la familia la “voluntad responsable de conformarla”. Esta previsión normativa involucra necesariamente el reconocimiento de un amplio grado de autonomía de las personas, quienes pueden optar por configurar su grupo familiar de acuerdo con su libertad, con la sola condición que se trate de una decisión responsable. Y es precisamente por ello que se estaría ante un tratamiento discriminatorio injustificado cuando se les dé carácter obligatorio o preferente a determinados tipos de estructura familiar, a pesar de que la Constitución prescribe una fórmula amplia de configuración. Este ha sido el criterio adoptado por la jurisprudencia constitucional, cuando ha señalado que “[t]ratándose de la familia, la Corte ha precisado que es “una manifestación del libre desarrollo de la personalidad y, en concreto, de la libre expresión de afectos y emociones”, ya que “su origen se encuentra en el derecho de la persona de elegir libremente entre las distintas opciones y proyectos de vida, que según sus propios anhelos, valores, expectativas y esperanzas, puedan construir y desarrollar durante su existencia”[37]. || En este orden de ideas, es evidente que la persona tiene el derecho a conformar una familia y que su ámbito de protección comprende una faceta negativa, cual es el derecho a no constituir una nueva familia, aunque inevitablemente se pertenezca a alguna en condición distinta a la de esposo o padre”.[38]

En consonancia con el anterior fundamento jurisprudencial, el deber constitucional de prodigar tratamiento paritario a las diversas formas de familia se deriva de la protección del derecho a la intimidad. En los términos del artículo 15 de la Carta Política, todas las personas tienen derecho a su intimidad personal o familiar. Es evidente que cuando se

privilegia injustificadamente una modalidad constitutiva de familia sobre otra, se está afectando este derecho, puesto que el Estado invade la órbita interna de las personas, al inducir implícitamente el modo de familia que deben conformar con el fin de hacerse acreedores de cierto tipo de derechos.

Ahora bien, el más sólido fundamento constitucional del deber de protección paritaria a las diferentes modalidades de familia reside en la igualdad que la Carta Política prescribe respecto de los hijos. En particular, el inciso séptimo del artículo 42 Superior dispone que los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. Con base en esta disposición, la jurisprudencia ha concluido que existe un mandato de protección jurídica equitativa frente los hijos, sin que puedan establecerse discriminaciones entre ellos por ninguna circunstancia, en especial aquellas que pretendan otorgar un tratamiento jurídico más favorable a determinadas modalidades de filiación respecto de otras.

Sobre este aspecto, la jurisprudencia constitucional ha señalado que las diferentes modalidades de familia son acreedoras del mismo tratamiento jurídico por parte del Estado. Lo contrario significaría una distinción fundada en la naturaleza de la filiación, prohibida por la Carta Política.

La obligación de conferir el mismo nivel de protección a las diferentes modalidades de familia se encuentra en que las personas que las integran también deben recibir el mismo tratamiento, ya que de lo contrario se convalidarían diferencias fundadas en el tipo de filiación, que son a todas luces constitucionalmente inadmisibles. En términos de la jurisprudencia de esta Corporación: “a la luz de la axiología constitucional, son igualmente dignas de respeto y protección las familias originadas en el matrimonio y la conformadas por fuera de éste, y que esta igualdad proscribida toda forma de discriminación basada en el origen familiar, ya sea ejercida contra los hijos o contra descendientes de cualquier grado. || Si el constituyente quiso equiparar la familia que procede del matrimonio con la familia que surge de la unión de hecho, y a los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio, forzoso es concluir que proscribida cualquier tipo de discriminación procedente de la clase de vínculo que da origen a la familia. Por lo tanto, establecer que son “hijastros” los hijos que aporta uno de los cónyuges al matrimonio, pero que no lo son los que aporta el compañero a una unión de hecho, se erige en un trato discriminatorio que el orden jurídico no puede

tolerar.”[39] (Subrayas fuera de texto).[40]

Ahora bien: cabe mencionar que la jurisprudencia de esta Corporación también ha señalado que el mandato que equipara el grado de protección a las diferentes modalidades constitutivas de familia tiene fundamento en el respeto al pluralismo (art. 2 C.P.) como elemento esencial del Estado Social y Democrático de Derecho (art. 1 C.P.). Ello se debe a que en una sociedad pluralista concurren diferentes maneras de concebir los diversos proyectos de vida, por lo que se reitera que la conformación de la familia constitucionalmente protegida no se limita a la filiación biológica, sino que adopta múltiples posibilidades, todas susceptibles de protección, no solo porque esto es corolario del reconocimiento de la diversidad al interior de la sociedad, sino debido a que es la concepción más garantista de los derechos de sus integrantes, en particular de los niños y las niñas.

El reconocimiento de las diferentes formas de familia a la luz de un concepto pluralista está relacionado con el derecho viviente, es decir, concierne a aspectos de orden fáctico:

“conviene reiterar que “el concepto de familia no incluye tan solo la comunidad natural compuesta por padres, hermanos y parientes cercanos, sino que se amplía incorporando aun a personas no vinculadas por los lazos de la consanguinidad, cuando faltan todos o algunos de aquellos integrantes, o cuando, por diversos problemas, entre otros los relativos a la destrucción interna del hogar por conflictos entre los padres, y obviamente los económicos, resulta necesario sustituir al grupo familiar de origen por uno que cumpla con eficiencia, y hasta donde se pueda, con la misma o similar intensidad, el cometido de brindar al niño un ámbito acogedor y comprensivo dentro del cual pueda desenvolverse en las distintas fases de su desarrollo físico, moral, intelectual y síquico”[41]. || Finalmente, es menester poner de presente que también se impone como conclusión que “el concepto de familia no puede ser entendido de manera aislada, sino en concordancia con el principio de pluralismo”, porque “en una sociedad plural, no puede existir un concepto único y excluyente de familia, identificando a esta última únicamente con aquella surgida del vínculo matrimonial”[42].”[43]

En este contexto de análisis, la familia de crianza, si bien no está conformada por vínculos consanguíneos, está demostrado que en ella se configuran los elementos materiales de

solidaridad, respeto, amor y auxilio mutuo entre sus miembros, razón por la cual son acreedoras de los derechos que el ordenamiento confiere a otras modalidades de familia.

4. La institución del subsidio familiar y su función de alivio económico en la seguridad social

El subsidio familiar tiene la naturaleza jurídica de constituir una prestación derivada de la seguridad social que opera a través de las cajas de compensación familiar. Se trata de una prestación obligatoria a cargo de los empleadores que tiene por objeto brindar protección a los trabajadores de más bajos ingresos, en función de las personas que se encuentren a su cargo.

El artículo 1º de la Ley 21 de 1982, lo define en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 1o. El subsidio familiar es una prestación social pagada en dinero, especie y servicio a los trabajadores de mediano y menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo, y su objetivo fundamental consiste en el alivio de las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia, como núcleo básico de la sociedad.

PARÁGRAFO. Para la reglamentación, interpretación y en general, para el cumplimiento de esta Ley se tendrá en cuenta la presente definición del subsidio familiar.”

De la definición legal transcrita se desprende que dicha medida tiene por objeto beneficiar a los sectores de trabajadores más pobres de la población, mediante un sistema de redistribución o compensación entre los salarios más bajos y los más altos, en procura de atender las necesidades básicas del grupo familiar, tales como la alimentación, el vestuario, la educación y el alojamiento.

De conformidad con el artículo 5º de la Ley 21 de 1982, existen tres modalidades de subsidio, a saber: (i) el subsidio en dinero que consiste en “la cuota monetaria que se paga por cada persona a cargo”[44]; (ii) el subsidio en especie que consiste en “el reconocimiento de alimentos, vestidos, becas de estudio, textos escolares, drogas y demás frutos o géneros diferentes al dinero que determine la reglamentación (...)”[45]; y, (iii) el subsidio en servicios “que se reconoce a través de la utilización de obras y programas sociales que organicen las Cajas de Compensación Familiar (...)”[46].

Se trata de una prestación originada en el contrato de trabajo no constitutiva de salario[47] y sobre la cual todos los empleadores, indistintamente de si se trata del sector público o privado, tienen la obligación de efectuar aportes para el subsidio familiar en el porcentaje legalmente establecido sobre la nómina mensual de salarios.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 3º de la Ley 789 de 2002 son beneficiarios del subsidio familiar en dinero los trabajadores cuya remuneración mensual no sobrepase los cuatro salarios mínimos legales mensuales vigentes, y que sumados sus ingresos con los de su cónyuge o compañero permanente no superen los seis salarios mínimos.

El párrafo 1º del artículo 3º de la Ley 789 de 2002 establece la lista de personas a cargo de los beneficiarios a quienes se les confiere el derecho al subsidio familiar en dinero[48], entre los cuales se encuentran los hijos del trabajador hasta los 18 años, los hermanos de hasta 18 años siempre que sean huérfanos, convivan y dependan económicamente de él y demuestren escolaridad, y los padres mayores de 60 años que dependan económicamente del trabajador.

En cuanto al tratamiento jurisprudencial en sede de control abstracto, es preciso recordar que por virtud de la sentencia C-653 de 2003 la Corte definió esta prestación social de la siguiente manera: “El legislador definió el subsidio familiar como una prestación social pagadera en dinero, especie y servicios a los trabajadores de medianos y menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo, y su objetivo fundamental consiste en el alivio de las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia como núcleo básico de la sociedad.”

Para explicar la naturaleza de la relación que da lugar al subsidio, en la sentencia C-393 de 2007 la Corte señaló que “[e]l derecho del trabajador al subsidio familiar se deriva de la existencia de una relación laboral. Dado que el trabajo suministrado por el asalariado genera ordinariamente excedentes para el dueño del capital, se ha dispuesto que éste, además del salario, le brinde al trabajador una serie de prestaciones sociales, que consisten en beneficios o servicios para atender los riesgos y necesidades que se causen durante el ciclo laboral, el cual comprende tanto la evolución de la relación laboral como los periodos durante los cuales el trabajador no se encuentra vinculado laboralmente por estar desempleado.”

Posteriormente, en sentencia C-337 de 2011, la Corte declaró condicionalmente exequible el literal c) del numeral 6 del artículo 6 de la Ley 1221 de 2008, en el entendido que la protección en materia de seguridad social a favor de los teletrabajadores también incluye el sistema de subsidio familiar. En dicha oportunidad, la Corte se pronunció en torno a los elementos que deben concurrir para que se configure una omisión legislativa relativa:

“La jurisprudencia constitucional resalta, igualmente, que la declaratoria de omisión legislativa relativa está precedida de requisitos definidos, que responden a la necesidad de preservar el principio democrático, el cual sustenta la libertad de configuración normativa de que es titular el legislador. En este sentido, el precedente en comento ha sistematizado los requisitos que deben concurrir para que se declare la inconstitucionalidad de un precepto en razón de la omisión legislativa relativa. Así, es necesario que, “(i) que exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo; (ii) que la misma excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tenían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta; (iii) que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente; (iv) que la falta de justificación y objetividad genere para los casos excluidos de la regulación legal una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma; y (v) que la omisión sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador”.

En sentencias C-440 y C-629 de 2011 la Corte se refirió a las características de esta prestación social:

“Del análisis de la legislación vigente sobre la materia, esta Corporación ha destacado como características fundamentales del subsidio familiar las siguientes: (i) Es una prestación social, porque su finalidad no es la de retribuir directamente el trabajo -como sí lo hace el salario-, sino la de subvencionar las cargas económicas del trabajador beneficiario. (ii) Se paga en dinero, servicios y especie ya sea mediante una cuota monetaria, el reconocimiento de géneros distintos al dinero o mediante la utilización de obras y programas sociales que organicen las Cajas de Compensación Familiar, respectivamente. (iii) Se paga a los trabajadores activos y también a los pensionados, salvo en lo relacionado

con el subsidio en dinero al cual éstos últimos no tienen derecho por mandato de la ley. (iv) Tiene por objetivo fundamental la protección integral de la familia y puede ser considerado una concretización del mandato contenido en el artículo 42 constitucional, a cuyo tenor “el Estado y la sociedad garantizarán la protección integral de la familia”. (v) Constituye una valiosa herramienta para la consecución de los objetivos de la política social y laboral del Gobierno, pues es un instrumento para alcanzar la universalidad de la seguridad social, de conformidad con lo señalado en el artículo 48 constitucional. (vi) Se provee a partir de los recursos aportados por los empleadores a las cajas de compensación familiar. (vii) Es recaudado, distribuido y pagado por las cajas de compensación familiar que además están en la obligación de organizar y administrar las obras y programas que se establezcan para el pago del subsidio familiar.”[49]

Finalmente, en esta breve reconstrucción jurisprudencial, cabe relieves que en sentencia C-029 de 2009, originada en la demanda formulada contra los artículos 1 y 27 de la Ley 21 de 1982, la Corte extendió la aplicación del subsidio en servicios a los integrantes de parejas homosexuales:

“El subsidio familiar es una prestación social pagada en dinero, especie y servicios a los trabajadores de medianos y menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo, siendo su objetivo fundamental el alivio de las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia, como núcleo básico de la sociedad, pero el legislador, al disponer que además de las personas que dan derecho al subsidio, el cónyuge o compañero permanente podrán utilizar las obras y programas organizados con el objeto de reconocer el subsidio en servicios, reconoce el vínculo de solidaridad y la relación especial que existe entre los cónyuges o compañeros permanentes, para disponer que si bien en relación con ellos no se causa el subsidio en dinero, si resultan admitidos al goce de las obras y programas que se ofrecen en la modalidad de servicios del subsidio, resultando que en ese escenario los integrantes de una pareja homosexual que tengan esa misma vocación de permanencia resultan asimilables a los compañeros permanentes.”

Así las cosas, de acuerdo con lo dispuesto en la ley y desarrollado por la jurisprudencia constitucional, el subsidio familiar es una prestación laboral correspondiente al sistema de seguridad social que tiene como objetivo principal contribuir a la protección de la familia. En ese sentido, es una forma de ejecución del mandato consagrado en el artículo 42 de la

Constitución Política que tiene por finalidad beneficiar a los sectores más pobres de la población, mediante el pago de un subsidio en dinero, para los trabajadores que devenguen menos de cuatro salarios mínimos mensuales vigentes y que se causa en función de las personas a su cargo.

5. El análisis de constitucionalidad del párrafo 1º del artículo 3º de la Ley 789 de 2002 que la Corte debió efectuar

Con respecto a la primera categoría, el aparte normativo demandado expresamente reconoce que dan lugar a tal derecho los hijos legítimos, naturales, adoptivos y los hijastros, sin incluir en dicho listado a los hijos de crianza.

Teniendo en cuenta el alcance de la norma, los demandantes dirigieron su acusación contra la expresión “1. Los hijos que no sobrepasen la edad de 18 años, legítimos, naturales, adoptivos y los hijastros.”, precisamente, por considerar que a través de la misma se desconocen los derechos a la igualdad, a la unidad familiar, así como los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en cuanto se excluye toda posibilidad de causar tal derecho por personas que no se encuentren dentro de los supuestos de la norma y respecto de las cuales existe una relación familiar afectiva formada y consolidada, como ocurre, concretamente, con los hijos de crianza.

Pues bien: conforme a los criterios fijados por la jurisprudencia constitucional, considero que la expresión acusada desconoce las disposiciones constitucionales citadas como violadas en la demanda, por las razones que paso a explicar:

En punto a los derechos a la igualdad y a la unidad familiar, ha sido la jurisprudencia constitucional la que mediante distintas decisiones, particularmente fallos de revisión de tutela, ha concluido que las familias de crianza, y en general las familias extensas, pueden acceder a los derechos que la ley prevé en favor de la filiación consanguínea. A continuación, reconstruyo los casos que han solidificado dicho precedente.[50]

El primer referente jurisprudencial sobre esta específica materia se remonta a la sentencia T-495 de 1997[51], cuando con ocasión de un soldado fallecido en cumplimiento del servicio, sus padres de crianza, quienes a pesar de haber asumido su cuidado personal desde la niñez –sin que se formalizara la relación de crianza–, solicitaron al Ejército

Nacional el pago de la indemnización prevista en la ley, la cual les fue negada con fundamento en la ausencia del vínculo filial.

Para la Corte Constitucional, pese a no haberse surtido la formalización de la relación de crianza, en atención a un criterio material para su conformación se estaba ante una familia objeto de protección constitucional. En dicha providencia la Corte destacó cómo había surgido entre el causante y los solicitantes “una familia que para propios y extraños no era diferente a la surgida de la adopción o, incluso, a la originada por vínculos de consanguinidad, en la que la solidaridad afianzó los lazos de afecto, respeto y asistencia entre los tres miembros, realidad material de la que dan fe los testimonios de las personas que les conocieron.” De acuerdo con esta verificación fáctica, el pago de la indemnización debía darse, puesto que “si el trato, el afecto y la asistencia mutua que se presentaron en el seno del círculo integrado por los peticionarios y el soldado fallecido, eran similares a las que se predicen de cualquier familia formalmente constituida, la muerte [del joven] mientras se hallaba en servicio activo debió generar para sus padres de crianza, las mismas consecuencias jurídicas que la muerte de otro soldado para sus padres formalmente reconocidos; porque no hay duda de que el comportamiento mutuo de padres e hijo (“de crianza”) revelaba una voluntad inequívoca de conformar una familia, y el artículo 228 de la Carta Política establece que prevalecerá el derecho sustantivo.”

De acuerdo con las normas sobre subsidio familiar, los hijastros del trabajador solo pueden ser considerados como tales cuando este ha contraído matrimonio con el padre o madre del menor. Al respecto, la Sala Novena de Revisión, en sentencia T-586 de 1999, al conocer un caso en el que el subsidio no fue otorgado en tanto los padres conformaban una unión marital de hecho concluyó que tal distinción contrariaba tanto el mandato de protección equitativa de las distintas formas de familia, como la igualdad ante los hijos:

“si el constituyente quiso equiparar la familia que procede del matrimonio con la familia que surge de la unión de hecho, y a los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio, forzoso es concluir que proscribiera cualquier tipo de discriminación procedente de la clase de vínculo que da origen a la familia. Por lo tanto, establecer que son “hijastros” los hijos que aporta uno de los cónyuges al matrimonio, pero que no lo son los que aporta el compañero a una unión de hecho, se erige en un trato discriminatorio que el orden jurídico no puede tolerar.”[52]

Esta regla fue reiterada en la sentencia T-606 de 2013[53], por la cual también se extendieron los derechos de un trabajador respecto de la hija menor de su compañera permanente, a quien le fue negada la prestación al no tener filiación biológica con el empleado. En dicha oportunidad la Sala Octava de Revisión determinó “que el derecho de los niños a tener una familia se puede materializar en el seno de cualquiera de los tipos de familia que protege la Carta Política[54], habida cuenta de que el primer espacio al cual el infante tiene derecho a pertenecer es su núcleo familiar, en el cual ha de encontrar las condiciones personales y afectivas más adecuadas para que su proceso de educación moral y formación ciudadana sea llevado a cabo cabalmente.”

Un caso análogo fue estudiado por la Sala Octava de Revisión en la sentencia T-070 de 2015[55], con ocasión de la negativa a conferir el subsidio educativo al hijo de crianza de un trabajador, en razón a que carecía de una filiación biológica o adoptiva. En este caso, se señaló que “[l]as familias conformadas por padres e hijos de crianza han sido definidas por la jurisprudencia constitucional como aquellas que nacen por relaciones de afecto, respeto, solidaridad, comprensión y protección, pero no por lazos de consanguinidad o vínculos jurídicos. Sin embargo, la protección constitucional que se le da a la familia, también se proyecta a este tipo de familias”.

Estas reglas fueron recapituladas en sentencia T-354 de 2016[56], originada en el caso de una familia de crianza en la que uno de sus miembros tenía derecho a los beneficios contenidos en la convención colectiva de trabajo, los cuales no podían extender a sus padres de crianza, toda vez que la norma solo confería el beneficio a los padres biológicos o adoptivos. La Sala Sexta de Revisión concluyó que esta distinción era contraria a la Constitución, por lo que amparó los derechos invocados y ordenó la extensión de dicha prestación:

“...las relaciones humanas conllevan la imperiosa necesidad de adaptar la legislación y el derecho a la realidad, toda vez que en materia de familia, los vínculos entre sus miembros se han extendido más allá de los meramente jurídicos o existentes por consanguinidad, para dar paso a un concepto más amplio que comprende las relaciones de afecto, convivencia, solidaridad, respeto y apoyo mutuo, situaciones de facto que dan lugar al reconocimiento de derechos y la imposición de deberes.”[57]

De otra parte, en sede de control abstracto, mediante la sentencia C-107 de 2017, la Sala Plena determinó que el artículo 4º (parcial) de la Ley 70 de 1931 “que autoriza la constitución de patrimonios de familia no embargables”, incurría en una discriminación injustificada al omitir extender el acceso a la constitución del patrimonio de familia a las familias extensas, de crianza y las unipersonales.

Finalmente, en esta reconstrucción jurisprudencial es preciso recordar que mediante la sentencia C-026 de 2016 la Corte declaró exequible la expresión “primer grado de consanguinidad o primero civil”, contenida en el artículo 112A de la Ley 65 de 1993, “Por la cual se expide el código penitenciario y carcelario”, bajo el entendido que las personas privadas de la libertad también podrán recibir visitas de niños, niñas o adolescentes que demuestren tener un vínculo estrecho de familiaridad con la persona privada de la libertad, surgido a partir de la existencia de lazos de convivencia, afecto, respeto, solidaridad, protección y asistencia.

La medida que debió juzgar la Corte prevé un alcance notoriamente discriminatorio que perjudica a los menores de edad que tienen un vínculo afectivo y estrecho con el trabajador, y que por el hecho de no ser parientes biológicos, no pueden acceder a dicha prestación social. De allí que, en vista de la condición de sujetos de especial protección y el carácter prevalente de los derechos de los menores de edad, la omisión legislativa relativa que en esta oportunidad se cuestionaba carece de justificación alguna y resulta desproporcionada, en relación con las limitaciones que generan en el ejercicio del derecho a la igualdad.

Con respecto a este último aspecto, a partir de una interpretación sistemática de la Constitución Política, el concepto de familia no es único ni excluyente, de manera que, acorde con el pluralismo que la propia Carta promueve, la protección que el Estado debe brindar a la familia no se puede restringir exclusivamente a las conformadas en virtud de vínculos jurídicos o biológicos, sino que se extiende también a las relaciones que surgen entre distintas personas a partir de la convivencia, y que se fundan en el afecto, el respeto, la protección, la ayuda mutua, la comprensión y la solidaridad.

En virtud de lo antedicho, en esta oportunidad bastaba con que la Corte reiterara su jurisprudencia en el sentido de atribuirle a la familia un alcance dinámico, acorde con la

constante evolución e interacción de las relaciones humanas, ajenas a una concepción meramente formal, sino atendiendo a criterios objetivos y sustanciales surgidos de las diversas maneras que tienen las personas de relacionarse.

A mi juicio, la expresión acusada omite el deber constitucional a cargo del Estado de garantizar, tanto a los trabajadores como a sus familiares menores de edad con los que han mantenido lazos afectivos y de convivencia, el derecho a una prestación social esencial tendiente al alivio de las cargas económicas.

Llama la atención que el propio Congreso de la República conceptuara dentro del presente trámite coadyuvando el condicionamiento propuesto por la parte demandante (en ese mismo sentido se pronunciaron las universidades Externado y La Gran Colombia).

Y esto se debe a que la ausencia de proporcionalidad de la medida surge del hecho de que en ella no se tiene en cuenta a un grupo de menores que, a pesar de no tener el vínculo descrito por la disposición acusada, sí conforman un lazo o unión familiar con los trabajadores que debe ser igualmente protegido y garantizado por el Estado. Desde ese punto de vista, la expresión demandada establece un trato diferente entre los menores familiares de los trabajadores, basado en el origen familiar, el cual resulta discriminatorio respecto de aquellos menores que, no obstante tener una relación afectiva y de familiaridad con el trabajador, no se encuentran en el supuesto previsto en la norma acusada.

Lo anterior era perfectamente verificable en tanto, conforme lo ha sistematizado la jurisprudencia constitucional en el presente caso, (i) existe una norma sobre la cual se predica el cargo, esto es, el parágrafo 1º del artículo 3º de la Ley 789 de 2002; (ii) la misma excluye de sus consecuencias jurídicas a los hijos de crianza, quienes por ser asimilables, tenían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado; (iii) la exclusión de los hijos de crianza, conforme a lo expresado a lo largo de esta providencia, carece de un principio de razón suficiente; (iv) la falta de inclusión genera para los hijos de crianza una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma, como en efecto lo es que no reciben una prestación social destinada al alivio de las cargas económicas; y, (v) la omisión es el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador, quien en un Estado Social Democrático y plural de Derecho está obligado al establecimiento de normas que se

amolden a la realidad sociológica de las relaciones humanas.

Conforme lo ha reiterado la jurisprudencia de esta Corporación, para que un tratamiento jurídico diferenciado sea admisible, debe comprobarse la existencia de un factor válido desde la perspectiva constitucional que lo permita. En el caso analizado, conferir un trato diferente a un grupo familiar sobre otro es un acto contrario al derecho a la igualdad, al menos por dos razones medulares: (i) porque la Constitución no determina en modo alguno una fórmula particular de conformación de la familia, de manera que una distinción con propósitos de reconocimiento jurídico carecería de sustento, y (ii) porque el artículo 13 de la Constitución determina como uno de los criterios sospechosos de discriminación el origen familiar, por lo que la validez constitucional de un tratamiento diferenciado entre modalidades de familias solo estaría justificado ante la verificación de un motivo imperioso, cuya presencia es improbable en el caso de las regulaciones sobre la familia.

Ahora bien frente al estándar probatorio que debe existir para demostrar la calidad de hijo de crianza, así como la prohibición de reconocer de forma simultánea el subsidio familiar en cabeza de la madre o padre biológico y de la madre o padre crianza, es preciso señalar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en relación con los hijos de crianza, de tiempo atrás, determinó que, dadas las connotaciones del derecho a la seguridad social, no era posible realizar una lectura estrictamente legal para adscribirle los derechos que de ella derivan, máxime cuando, a partir de los principios de universalidad y no discriminación, lo que se ampara es la protección de la familia en relación con las contingencias que afecten la calidad de vida y puedan colocarlas en una situación que afecte su dignidad humana. Así, definió a los hijos de crianza como aquellos que integran el grupo familiar, pese a que puedan no tener lazos directos de consanguinidad con los padres o con uno de ellos, de modo que si faltaren sufrirían los efectos del desamparo, dada su dependencia emocional y económica[58]. En esa dirección señala:

“Ahora bien, en lo rigurosamente textual, la Ley 100 de 1993, y particularmente su artículo 47, no define el concepto de hijo como el engendrado o concebido por el padre o la madre o el adoptado formalmente, de modo que corresponde entender, en concordancia con el artículo 46 ibidem y con los principios de la seguridad social contemplados en el artículo 48 de la Constitución y 9 de la ley, entre otras disposiciones, que comprende a quien como tal integre el grupo familiar por adopción o prohijamiento, no solo en sentido estricto o judicial

sino también en la realidad.

Es cierto que la adopción es una figura jurídica del derecho civil de familia y para los efectos patrimoniales y herenciales que éste regula puede justificarse el cumplimiento de los requisitos propios de ella para que produzca los pertinentes efectos jurídicos, pero ya se observó que, por principio, la seguridad social cobija a todas las personas sin ninguna discriminación, de ahí que ante esta tendencia comprensiva, cuando el supuesto de protección radica en el establecimiento de determinados lazos familiares que generan relaciones de mutuo amparo personal y dependencia económica, debe prevalecer el criterio de realidad frente al formal”.

Asimismo, en sentencia previa, de la misma Corte Suprema de Justicia, de 13 de diciembre de 1996, radicada bajo el número 9125, señaló:

“Con todo, frente al asunto de los autos actúan circunstancias fácticas y principios jurídicos superiores que impiden la aplicación automática de estos preceptos. En primer término debe advertirse que el tema de decisión se enmarca dentro de la Seguridad Social, materia jurídica cuya teleología en algunos aspectos tropieza con el régimen legal de familia vigente, dado que este se halla imbuido por consideraciones estrechamente vinculadas con los derechos de propiedad y de herencia, mientras que las instituciones que desarrollan aquella, como un servicio público de carácter obligatorio que se concreta frente a los habitantes del territorio nacional en calidad de derecho irrenunciable (C.N. art. 48) y fundamental, particularmente con relación a los menores (C.N art 44), procuran solucionar problemas vitales e inmediatos de subsistencia que surgen como consecuencia de siniestros previamente establecidos. Es que, por ejemplo, a propósito de la muerte de un afiliado, la Seguridad Social propende por proteger las personas a quienes dicha contingencia afecta directamente, vale decir al núcleo familiar pero entendido más con un criterio natural y socio económico que puramente legal, sin que desde luego se abandone absolutamente este último enfoque, y a propósito de la noción de hijo no es extraño pensar que en ella puedan incluso quedar comprendidos quienes no lo sean por razones biológicas, sino porque han sido considerados y mantenidos como tales en el seno familiar. Así lo acepta la doctrina internacional de la Seguridad Social, como se advierte del siguiente texto emitido por la OIT:

“Para los fines de la Seguridad Social se acostumbra distinguir dos categorías de hijos: los hijos descendientes directos de la persona protegida -o del beneficiario según el caso- y los que no obstante no serlo, son mantenidos en su hogar como hijos. Es frecuente que los primeros sean considerados hijos a cargo si vivían bajo el techo de la persona protegida en el momento de su fallecimiento, mientras que para los segundos pueden exigirse otras condiciones; por ejemplo, que hayan sido mantenidos en el hogar del difunto desde al menos seis meses antes de su muerte... (Ver, Introducción a la Seguridad Social, Oficina Internacional del Trabajo Ginebra, Ediciones Alfaomega S.A México D.F. 1992, página 78)”.

De manera que, con los hijos de crianza, la jurisprudencia ha aplicado el principio de primacía de la realidad sobre las formas, por lo que, de acuerdo con el artículo 48 Constitucional, comprende a quien en verdad integre el grupo familiar, no solo en sentido estricto, sino de acuerdo con las expresiones que, al igual que cualquier hijo, manifiestan las familias y la manera de acreditarse es a través de la dependencia económica y familiar.

Esta condición filial que acoge la jurisprudencia en materia de seguridad social, implica su comprobación, de forma que quede claro que se trata de una situación verdadera y no solo aparente, con carácter de indiscutible permanencia y no el producto de un vínculo fugaz, inestable, coyuntural o incluso fraudulento. Así, ha de emerger el ánimo inequívoco en el grupo familiar de asumir los respectivos papeles de padres e hijos, en todos los aspectos personales, morales, afectivos, jurídicos y económicos. De allí que se excluya la simple convivencia si no concurre con ella una intención seria de considerarse mutuamente en una relación paterno filial. Igualmente, quien alega esta modalidad de filiación, ha de acreditar fehacientemente la dependencia económica respecto del causante, pues en últimas es ella la que genera la necesidad de la protección de la seguridad social.

Así, la manera de probar la calidad de hijo de crianza pasa por establecer si, efectivamente (i) existen vínculos afectivos fuertes que originen un trato de verdadero hijo; (ii) si además de los vínculos afectivos, el hijo depende económicamente del padre o de la madre; (iii) exista un reconocimiento social de esa relación parental. Lo anterior no tendrá tarifa probatoria, dada la aplicación del reseñado principio de primacía de la realidad sobre las formas, de suerte que el juez en materia de seguridad social se ajustará a lo señalado en

el Código Procesal del Trabajo, específicamente en su artículo 61[59].

A modo de conclusión diré que cuando el orden jurídico, pese a reconocer los diversos tipos de familia, confiere a algunos de ellos un tratamiento más favorable, sin existir una razón constitucionalmente atendible para realizar tal distinción, indiscutiblemente se transgrede la igualdad de derechos. De tal manera que, con el propósito de garantizar un mayor nivel de protección de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, la Corte debió declarar exequible el segmento demandado del párrafo 1º del artículo 3º de la Ley 789 de 2002, en el entendido de que los hijos de crianza darán derecho al subsidio familiar en dinero a cargo de los trabajadores beneficiarios del mismo, pues, como lo señalaba el magistrado Ciro Angarita, “la familia está donde están los afectos”.

Fecha ut supra,

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

A LA SENTENCIA C-289/19

Referencia: Expediente D-12987

Demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 1º del párrafo 1º del artículo 3º (parcial) de la Ley 789 de 2002, “[p]or la cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo de Trabajo”.

Magistrado Ponente:

CARLOS BERNAL PULIDO

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte Constitucional, presento las razones que me conducen a aclarar el voto en la decisión adoptada por la mayoría de la Sala Plena, en sesión del 26 de junio de 2019.

1. En esta oportunidad correspondió a la Corte estudiar la demanda de inconstitucionalidad presentada contra el numeral 1º del párrafo 1º del artículo 3º (parcial) de la Ley 789 de 2002, “[p]or la cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo de Trabajo”. La norma acusada hace referencia al régimen del subsidio familiar en dinero a través de las cajas de compensación familiar. En particular, el párrafo 1º hace alusión a las personas a cargo que dan derecho al subsidio familiar en dinero. En el numeral 1º se establece que dan origen a este subsidio: “1. Los hijos que no sobrepasen la edad de 18 años, legítimos, naturales, adoptivos y los hijastros. Después de los 12 años se deberá acreditar la escolaridad en establecimiento docente debidamente aprobado.”

Los ciudadanos indicaron que la norma incurría en omisión legislativa relativa, porque omitía incluir a los hijos de crianza dentro de los beneficiarios del subsidio, sin que existiera alguna razón que justificara excluir a este tipo de hijos del supuesto de la norma.

2. En particular, la Sala Plena estudió la aptitud sustantiva de la demanda y estableció que el legislador no ha expedido regulación alguna sobre la familia de crianza y, en particular, sobre el régimen aplicable a los hijos de crianza. En ese orden de ideas, la Corte aclaró que no existen parámetros legales que regulen ese tipo de familia y, por lo tanto, se estaba ante una omisión legislativa absoluta.

Por lo tanto, se declaró inhibida para decidir sobre la constitucionalidad de la norma acusada, en consideración a que la autoridad competente para regular la familia de crianza, sus derechos y beneficios, es el Congreso de la República.

3. Estoy de acuerdo con la Sentencia C-289 de 2019 y comparto el sentido de esa decisión. Sin embargo, decidí aclarar mi voto porque discrepo del lenguaje utilizado por la norma para referirse a los hijos beneficiarios del subsidio que regula, los cuales son reproducidos en la sentencia[60].

La norma acusada hace referencia a los hijos, “legítimos, naturales, adoptivos y los

hijastros”, con el fin de especificar que todos tienen derecho a recibir el mismo beneficio. Es decir, que la referencia a los tipos de filiación no tiene como finalidad discriminar, porque son usadas para decir que aquellos tienen derecho al subsidio en igualdad de condiciones, como hijos de una familia. No obstante, considero que las categorías de hijos legítimos, naturales e hijastros, tienen una carga idiomática de exclusión, que no debería perpetuar la Corte Constitucional. En mi criterio, son expresiones ofensivas, que generan una discriminación porque acentúan una distinción irrelevante basada en una idea histórica producto de un estereotipo de familia.

4. Para respaldar mi opinión, a continuación haré una breve mención a la carga valorativa que se le ha reconocido al lenguaje y a la forma a través de la cual la Corte Constitucional ha abordado los problemas de constitucionalidad de expresiones normativas discriminatorias. Finalmente, expondré por qué considero que, particularmente, algunos de los conceptos utilizados en la sentencia de la referencia no deberían ser utilizados por esta Corporación.

5. Para empezar, es importante tener en cuenta que el lenguaje no es únicamente una herramienta para crear símbolos e interpretarlos. Su alcance no se limita a la descripción de hechos ni a ser un medio de comunicación formal. También tiene capacidad de crear realidades, pues la cultura y el poder se moldean, en muchas ocasiones, desde los términos en los que se desarrolla una expresión y los discursos[61] y, a la vez, la cultura y el poder definen el lenguaje. En ese sentido, expertos de la comunicación y lingüistas han identificado que determinados discursos tienen una carga valorativa, que crea privilegios o que excluye y discrimina.

6. El académico Teun Van Dijk ha estudiado la especial relación que existe entre el lenguaje y la discriminación. Él sostiene que el lenguaje “no es simplemente un instrumento de comunicación entre individuos anteriores a él (...), [p]or el contrario, posee (...) un papel fundante dado su potencial creativo y ordenador”[62]. Bajo esa premisa, explica que la desigualdad puede venir de las mismas expresiones lingüísticas que se presentan como descripción de la realidad abstraída de cualquier influencia. Así, considera que “la coartada discriminatoria induce a concebir las desigualdades como resultado de la naturaleza y no como construcción cultural.”[63] En ese sentido, resalta que la realidad no tiene identidad con la construcción simbólica de lo que en el lenguaje se expresa como una descripción de

la realidad, pues la utilización de determinados símbolos o palabras puede tener una carga valorativa para llevar a cierto resultado. En palabras del académico, “debería plantearse que entre lo real y lo que el sujeto percibe como su realidad se ubica precisamente una mediación simbólica a partir de la cual se inducirán, entre otras, las discriminaciones negativas (...)”[64]. A su juicio, esa carga valorativa del lenguaje ha sido determinante para que en ciertas épocas un concepto, una condición o una característica se torne inferior, diferente o meritoria de exclusión.

7. Varios estudios han relacionado el lenguaje con la reproducción de la desigualdad del racismo y el sexismo. Con respecto al discurso racista se ha sostenido que lo que se considera consenso social está atravesado por determinadas ideologías dominantes[65]. Y sobre el lenguaje sexista, algunos autores han expuesto que al ignorar a las mujeres o al homologarlas a los hombres, el lenguaje que “excluye u oscurece a algunos sujetos sociales, no sólo representa lingüísticamente la negación de los mismos, sino que contribuye a la reproducción y permanencia de prejuicios comunes”[66].

8. En la jurisprudencia constitucional, esta Corporación ha señalado que el lenguaje no se reduce a efectuar una labor de descripción, pues tiene dos funciones más. La Sentencia C-066 de 2013 precisó que el lenguaje normativo tiene una función de tipo valorativo, a través de la cual se categorizan situaciones, se promueven, se rechazan o se distinguen de otras. Asimismo, tiene una función de validación, enmarcada en la función general del derecho relativa a crear estándares de conducta.

9. Para la Corte Constitucional ha sido de especial relevancia que el lenguaje jurídico no abrigue la exclusión de grupos o actividades por la posible afectación de derechos que de ello podría derivarse y porque tales expresiones no son respetuosas de los principios y valores constitucionales. La Sentencia C-037 de 1996 declaró inexecutable la expresión “recursos humanos” de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia porque estimó que era contrario a la dignidad humana concebir a una persona como un medio para un fin. Consideró que, aunque el uso de la expresión fuera cada vez más común, era deplorable y señaló que “es deber de la Corte preservar el contenido axiológico humanístico que informa a nuestra norma fundamental, velando aún porque el lenguaje utilizado por el legislador no la contradiga”[67]. Igualmente, la Sentencia C-478 de 2003[68], al estudiar la constitucionalidad de términos jurídicos del Código Civil que hacían referencia a las

personas con discapacidad, declaró inexecutable varios apartados normativos por ser discriminatorios y contrarios a la dignidad humana.

10. Más recientemente, la Sentencia C 458 de 2015 estudió la constitucionalidad de varias expresiones contenidas en normas, que eran acusadas de ser discriminatorias. En las consideraciones, la providencia explicó que “[n]o cabe ninguna duda del poder del lenguaje y más del lenguaje como forma en la que se manifiesta la legislación, que es un vehículo de construcción y preservación de estructuras sociales y culturales”[69]. En el análisis de las expresiones demandadas, la Corte consideró que, aunque algunos términos podían tener implicaciones inconstitucionales, ofrecían una protección legal a una población, por esa razón, las declaró executable y condicionó su constitucionalidad a una comprensión ajustada a la normatividad internacional, que no contiene cargas discriminatorias.

11. En relación con la Sentencia C-289 de 2019 respecto de la cual decidí aclarar mi voto, es mi propósito reflexionar sobre el contenido valorativo que tienen algunos conceptos de la providencia.

12. La norma objeto de análisis en la sentencia de la referencia utiliza los conceptos de hijos legítimos, naturales, adoptivos, e hijastros. En mi criterio, el propósito de la norma es reconocer, en condiciones de igualdad, el derecho a percibir un beneficio. El derecho a la familia y el derecho a la igualdad implican que los hijos no deben tener un trato especial en virtud de la historia emocional de sus padres y las formas en las que el derecho las califica.

13. La norma hace referencia a los hijos legítimos y naturales, clasificación que existió en el ordenamiento jurídico colombiano para conceder a los hijos extramatrimoniales, “hijos naturales”, menos derechos que a aquellos hijos nacidos después del contrato de matrimonio suscrito por los padres. En la actualidad, dicha diferenciación no existe. Los lazos que se construyen alrededor de la familia surgen por las relaciones de apoyo y afecto entre los miembros. En ese camino, la jurisprudencia ha reconocido igualdad de derechos a los miembros de las familias, sin importar la identidad sexual de quienes la conforman, ni la forma en la que los hijos hacen parte de ella. No se privilegia una forma de constituirla, ni se considera que exista un modelo a seguir u otros que se desprecian.

14. Por lo anterior, tampoco considero adecuado utilizar el sustantivo “hijastro” para calificar a los hijos. Esta caracterización es contraria a la igualdad porque pretende resaltar diferencias irrelevantes en un contexto en el que las particularidades no deben tener injerencia en el trato que merece cada persona, ni en los derechos que surgen por ser un miembro de la familia.

15. Finalmente, en cuanto a la expresión “adoptivos”, debo resaltar que ésta ha sido usada para aclarar que el parentesco civil entre el adoptivo y el adoptante se extiende en todas las líneas y grados a los consanguíneos. No obstante, conservar esa distinción, podría mantener una errada concepción sobre la primacía del vínculo biológico sobre el adoptivo, lo cual comporta una discriminación injustificada hacia una manifestación de la relación paterno filial.

16. Mi reflexión apunta a reconocer que, debido a que el lenguaje jurídico es una herramienta de creación de estándares de conducta, llamemos la atención sobre el uso de aquellos conceptos que tienen una carga de exclusión o que califican ciertas conductas como adecuadas y otras como imperfectas. Bajo los postulados constitucionales de igualdad, de dignidad y de diversidad, más que ahondar en las diferencias y calificarlas es necesario reconocer las situaciones que merecen protección, sin perpetuar una discriminación a través del lenguaje que utilizamos. Máxime, cuando se reproduce un patrón de discriminación contra personas que merecen especial protección constitucional.

Fecha ut supra

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

[1] Fls. 1-10.

[2] Fls. 13-18.

[4] El ICBF, la Cámara de Representantes, la Universidad Externado de Colombia y la Universidad La Gran Colombia.

[5] El Ministerio del Trabajo y la Asociación Nacional de Cajas de Compensación Familiar – ASOCAJAS.

[6] Fls. 130-134.

[7] Sentencia C-191 de 2019.

[8] Sentencias C-083 de 2018 y C-185 de 2002.

[9] Ver, entre muchas otras, las sentencias C-191 de 2019, C-083 de 2018, C-584 de 2015 y C-543 de 1996.

[10] Sentencia C-088 de 2019. Ver, también, las sentencias C-188 de 2019, C-085 de 2019, C-359 de 2017, C-936 de 2010.

[11] Sentencias C-494 de 2016, C-767 de 2014, C-185 de 2002, C-041 de 2002 y C-543 de 1996.

[12] Sentencia C-185 de 2002.

[13] Sentencia C-359 de 2017.

[14] Sentencia C-188 de 2019.

[15] Sentencia C-085 de 2019.

[16] Sentencias C-188 de 2019, C-085 de 2019 y C-359 de 2017. En la sentencia T-281 de 2018, la Corte sostuvo que “[s]egún se desprende del artículo 67 del Código de la Infancia y la Adolescencia, el Legislador reconoce que la figura de familia por lazos de solidaridad puede ocurrir y les da una prelación a las personas que tengan a su cuidado a menores de edad sin lazos de consanguinidad, para que al momento de iniciar un proceso de adopción sean tenidos en cuenta de manera preferente. Pese a ello, no ha habido un desarrollo normativo amplio que aborde el tema de las familias de crianza y determine sus derechos y deberes en el ordenamiento jurídico colombiano, para evitar inseguridad jurídica al momento de buscar la satisfacción por parte de un miembro de una familia de crianza respecto de los beneficios patrimoniales o morales”.

[17] Sentencia C-085 de 2019.

[18] Fl. 133. En similares términos, el ICBF advirtió que “el concepto de hijo de crianza y su materialización en la vida jurídica efectiva debe ser objeto de un desarrollo normativo (...) en el que se establezca su concepto, características, alcance, elementos, derechos y deberes y así mismo frente a su declaratoria establezca: autoridad competente, procedimiento, etapas procesales, efectos probatorios de su declaratoria, oponibilidad frente a terceros y demás pertinentes”. Fl. 102

[19] Sentencia C-085 de 2019.

[20] Sentencia T-586 de 1999.

[21] Sentencia T-495 de 1997.

[22] Sentencia T-586 de 1999.

[23] Sentencia T-606 de 2013.

[24] Sentencia T-070 de 2015.

[25] Sentencia T-074 de 2016.

[26] Sentencia T-354 de 2016.

[27] Sentencias T-281 de 2018, T-316 de 2017 y T-525 de 2016.

[28] Sentencia T-233 de 2015.

[29] Sentencia C-489 de 2012 y C-005 de 2017.

[30] Sentencia C-767 de 2014.

[31] “Estos criterios han sido desarrollados, entre otros, en las sentencias C-427 de 2000 (MP. Vladimiro Naranjo Mesa), C-1549 de 2000 (MP. Martha Victoria Sáchica Méndez), C-1255 de 2001 (MP. Rodrigo Uprimny Yepes), C-041 de 2002 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra), C-185 de 2002 (MP. Rodrigo Escobar Gil), C-285 de 2002 (MP. Jaime Córdoba Triviño), C-371 de 2004 (MP. Jaime Córdoba Triviño), C-865 de 2004 (MP. Rodrigo Escobar

Gil), C-100 de 2011 (MP. María Victoria Calle Correa, SV. Humberto Sierra Porto, SV. Mauricio González Cuervo).” Cita tomada de la sentencia C-833 de 2013.

[32] “Así, entre otras, en las sentencias C-371 de 2004 (MP. Jaime Córdoba Triviño), C-800 de 2005 (MP. Alfredo Beltrán Sierra, SV. Álvaro Tafur Galvis, SV. Rodrigo Escobar Gil), C-100 de 2011 (MP. María Victoria Calle Correa, SV. Humberto Sierra Porto, SV. Mauricio González Cuervo).” Cita tomada de la sentencia C-833 de 2013.

[33] Ibídem. [la cita refiere a la sentencia C-271 de 2003]

[34] Cfr. Sentencia C-660 de 2000.

[35] Corte Constitucional, sentencia C-577 de 2011 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. AV Juan Carlos Henao Pérez, María Victoria Calle Correa, Gabriel Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Luis Ernesto Vargas Silva. SV. María Victoria Calle Correa).

[36] Corte Constitucional, sentencia T-233 de 2015 (M.P. Mauricio González Cuervo. Unánime).

[37] Cfr. Sentencia C-875 de 2005.

[38] Corte Constitucional, sentencia C-577 de 2011 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. AV Juan Carlos Henao Pérez, María Victoria Calle Correa, Gabriel Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Luis Ernesto Vargas Silva. SV. María Victoria Calle Correa).

[39] Corte Constitucional, sentencia T-588 de 2009, citada en la decisión T-354 de 2016 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. Unánime). Sobre este mismo particular pueden también consultarse los fallos T-1502 de 2000 y T-1199 de 2001.

[40] Esta posición es reforzada por otras decisiones, en las que la Corte hace manifiesto el criterio material como dirimente para la identificación de grupos familiares. Así, “se tiene que las relaciones humanas conllevan la imperiosa necesidad de adaptar la legislación y el derecho a la realidad, toda vez que en materia de familia, los vínculos entre sus miembros se han extendido más allá de los meramente jurídicos o existentes por consanguinidad, para dar paso a un concepto más amplio que comprende las relaciones de afecto, convivencia, solidaridad, respeto y apoyo mutuo, situaciones de facto que dan lugar al

reconocimiento de derechos y la imposición de deberes.” Corte Constitucional, sentencia T-354 de 2016 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. Unánime).

[42] Cfr. Sentencia T-572 de 2009.

[43] Corte Constitucional, sentencia C-577 de 2011 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. AV Juan Carlos Henao Pérez, María Victoria Calle Correa, Gabriel Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Luis Ernesto Vargas Silva. SV. María Victoria Calle Correa).

[44] Ley 21 de 1982, art.5°.

[45]Ibid.

[46]Ibid.

[47] ARTÍCULO 2o. El subsidio familiar no es salario, ni se computa como factor del mismo en ningún caso.

[48] Ley 789 de 2002, Artículo 3°, par. 1°.

[49] Sentencia C-629 de 2011.

[50] El análisis jurisprudencial sobre la materia es tomado de la recapitulación hecha por la Corte en la sentencia T-354 de 2016 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. Unánime).

[51] Corte Constitucional, sentencia T-495 de 1997 (M.P. Carlos Gaviria Díaz. Unánime).

[52] Corte Constitucional, sentencia T-586 de 1999 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Unánime.)

[53] Corte Constitucional, sentencia T-606 de 2013 (M.P. Alberto Rojas Ríos. AV. Luis Ernesto Vargas Silva)

[54] Sentencia T-292 de 2004. En esta ocasión, la Corte estudió el caso de una pareja a la que le fue entregada una menor por parte de su madre biológica ante su incapacidad de cuidarla. No obstante, transcurridos unos meses, la madre natural reclamó a su hija e intentó que el ICBF le asignara su custodia. Por lo anterior, la pareja que cuidó de la menor

como si fuesen sus padres, instauró acción de tutela solicitando la protección de su derecho y de la menor a tener una familia, bajo el argumento de que los vínculos familiares no surgen únicamente por consanguinidad. La Corte falló a favor de la pareja y ordenó al ICBF iniciar los trámites para que la pareja adoptara a la menor.

[55] Corte Constitucional, sentencia T-070 de 2015 (M.P. María Victoria Sáchica Méndez. AV. Luis Ernesto Vargas Silva).

[56] Corte Constitucional, sentencia T-354 de 2016 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio).

[57] Frente a otras prestaciones ver sentencias: T-292 de 2016 y T-705 de 2016. En relación con la pensión de sobrevivientes de la familia de crianza ver: Sentencias T-525 de 2016, T-316 de 2017 y T-281 de 2018.

[58] Véase la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral CSJ SL 6, may, 2002, rad. 17607.

[59] “Artículo 61. El Juez no estará sujeto a la tarifa legal de pruebas y por lo tanto formará libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes. Sin embargo, cuando la ley exija determinada solemnidad ad substantiam actus, no se podrá admitir su prueba por otro medio.

En todo caso, en la parte motiva de la sentencia el juez indicará los hechos y circunstancias que causaron su convencimiento.

[60] Esta aclaración de voto reitera la argumentación presentada en la aclaración de voto a la Sentencia T-292 de 2016.

[61] Leach, Edmund. Cultura y comunicación: la lógica de la conexión de los símbolos. México: Siglo Vientiuno Editores, 1985.

[62] Van Dijk, Teun A. El lenguaje y el status quo en Lenguaje y Discriminación, de Islas Azaïs, Héctor.

[63] Van Dijk, Teun A. Lenguaje, cultura y discriminación. Teun Van Dijk.

[64] Van Dijk, Teun A. El lenguaje y el status quo en Lenguaje y Discriminación, de Islas Azaïs, Héctor.

[66] Tapia-Arizmendi, Margarita; Romani, Patrizia. Lengua y género en documentos académicos. Revista de Ciencias Sociales, vol. 19, núm. 59, mayo-agosto, 2012, pp. 69-86 Universidad Autónoma del Estado de México

Toluca, México.

[67] M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

[68] Corte Constitucional, sentencia C-478 de 2003. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[69] M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.