

T-223-98

Sentencia T-223/98

SUBSIDIO FAMILIAR-Naturaleza

DERECHOS DEL NIÑO-Protección constitucional especial

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL DEI NIÑO-Fundamental

DERECHO AL SUBSIDIO FAMILIAR DEI NIÑO-Procedencia de tutela

El derecho a recibir el subsidio familiar, que ha sido reconocido como una derivación prestacional del derecho a la seguridad social, puede ser reclamado por vía de tutela cuando el afectado es un menor de edad, pues la Constitución lo eleva en estos casos a la categoría de derecho fundamental.

El grupo, los llamados nasciturus, se encuentra protegido por el espectro de privilegios que la Carta Fundamental reserva para los niños. La tradición jurídica más acendrada, que se compagina con la filosofía del estado social de derecho, ha reconocido que el nasciturus es sujeto de derechos en cuanto es un individuo de la especie humana. Los innumerables tratados y convenios internacionales suscritos por Colombia, así como el preámbulo de la Constitución Política, cuando asegura que el Estado tiene la obligación de garantizar la vida de sus integrantes; el artículo 43, al referirse a la protección de la mujer embarazada, y el artículo 44, cuando le garantiza a los niños el derecho a la vida, no hacen otra cosa que fortalecer la premisa de que los individuos que aún no han nacido, por la simple calidad de ser humanos, tienen garantizada desde el momento mismo de la concepción la protección de sus derechos fundamentales. La Constitución busca preservar al no nacido en aquello que le es connatural y esencial: la vida, la salud, la integridad física, etc. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que un principio lógico de razonabilidad exige considerar en particular cada unos de los derechos fundamentales, incluso aquellos que se predicen exclusivamente de los niños, para determinar cuál puede y cuál no puede ser exigido antes del nacimiento.

NASCITURUS-Oportunidad de exigencia de derechos de orden legal y fundamental

Los derechos patrimoniales de orden legal que penden sobre el nasciturus, se radican en

cabeza suya desde la concepción, pero sólo pueden hacerse efectivos, sí y solo sí, acaece el nacimiento. Por el contrario, los derechos fundamentales pueden ser exigibles desde el momento mismo que el individuo ha sido engendrado.

DERECHO AL SUBSIDIO FAMILIAR DEL NASCITURUS-Efectividad al nacer

DERECHO A LA IGUALDAD EN MATERIA DE SUBSIDIO FAMILIAR

Referencia: Expediente T-150.960

Peticionario: Lesvia Ruth Gaviria Aristizabal

Procedencia: Juzgado Quinto Civil Municipal.

Magistrado Ponente:

Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA

Santafé de Bogotá, D.C., dieciocho (18) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998)

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, conformada por los Magistrados Vladimiro Naranjo Mesa -Presidente de la Sala-, Carmenza Isaza de Gómez y Antonio Barrera Carbonell, ha pronunciado la siguiente:

SENTENCIA

en el proceso de tutela radicado bajo el número T-150.960, adelantado por la ciudadana Lesvia Ruth Gaviria Aristizabal contra la Policía Nacional, en representación de su hija, Kelly Tatiana Hoyos.

I. ANTECEDENTES

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección Número Doce de la Corte Constitucional escogió para efectos de su revisión, mediante auto del 10 de diciembre de 1997, la acción de tutela de la referencia.

De conformidad con el artículo 34 del decreto 2591 de 1991, esta Sala de Revisión procede a

dictar la sentencia correspondiente.

1. Solicitud

Lesvia Ruth Gaviria Aristizabal, actuando en representación de su hija Kelly Tatiana Hoyos Gaviria, solicita la protección de los derechos fundamentales a la igualdad y a la protección infantil de la menor, supuestamente vulnerados por el Jefe de la Sección de Prestaciones Sociales, Unidad de Primas y Subsidios, de la Policía Nacional, según los siguientes:

2. Hechos

La peticionaria señala que estaba embarazada cuando su esposo, agente de la Policía Nacional, falleció en ejercicio de sus funciones.

Cuando la menor, de nombre Kelly Tatiana, nació, la demandante solicitó a la institución el reconocimiento del subsidio familiar, con el fin de que su hija comenzara a disfrutarlo, al igual que la hermana mayor; sin embargo, el jefe de la sección de Prestaciones Sociales, Unidad de Prima y Subsidio de la Policía Nacional, negó la solicitud con base en un concepto emitido por la asesoría jurídica de prestaciones sociales, según el cual no era posible reconocer el subsidio familiar para Kelly Tatiana pues, para adquirir dicho beneficio, resultaba indispensable acreditar la existencia de la menor al momento de la muerte del causante, mientras que aquella sólo tenía una expectativa de vida para la fecha en que falleció su padre.

Además, la Policía Nacional advirtió que, según el artículo 109 del Decreto 1213 de 1990, la partida de subsidio familiar no puede sufrir variación alguna por hechos ocurridos después del retiro o la muerte del miembro de la institución.

3. Pretensiones

La demandante solicita que a su hija se le conceda el subsidio familiar que reclamó ante la Policía Nacional.

II. ACTUACION JUDICIAL

1. Unica instancia

Mediante providencia del 25 de septiembre de 1997, el Juzgado Quinto Civil Municipal de Santafé de Bogotá decidió negar el amparo solicitado.

En primer lugar, el despacho judicial consideró que la Policía Nacional no violentó el derecho a la igualdad de la menor al negarle el subsidio familiar, porque no se probó en el trámite de tutela que en circunstancias fácticas similares otra persona hubiese salido favorecida con dicha prestación.

Adicionalmente, el Juzgado advierte que en punto a la vulneración de los derechos del menor, del estudio de la normatividad pertinente, tanto de la invocada por la peticionaria como la aducida por la Policía Nacional, no aparece definido con plena claridad el derecho al subsidio solicitado. Según el fallador, el procedimiento de tutela “no permite la declaratoria de derechos que no gozan de una clara existencia en el mundo jurídico” y, por consiguiente, la protección que se pide debe ser desestimada.

2. Pruebas solicitadas por la sala novena de revisión

Mediante Auto del 20 de abril de 1998, la Sala Novena de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional decidió decretar una prueba, con el fin de mejor proveer la decisión por tomar. Esta fue recibida el 5 de mayo del mismo año, según informe de la misma fecha suscrito por la Secretaría General de esta Corporación.

La División de Prestaciones de la Policía Nacional, mediante oficio # 2837 del 28 de abril de 1998 hizo las siguientes precisiones:

“1° Las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon la muerte del citado Agente, fueron calificadas en el informe administrativo 336 del 29 de agosto de 1993, concluyendo que ésta se presentó en actos especiales del servicio, tal como lo dispone el artículo 123 del Decreto 1213 de 1990. Por tal razón fue ascendido en forma póstuma al grado de Cabo Segundo, mediante resolución 9874 del 1º de octubre de 1993.

“2. El Agente laboró un tiempo de 1 año, 9 meses y 3 días, razón por la cual, de acuerdo con lo señalado en el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990 (por haber sido ascendido en forma póstuma), tiene derecho al reconocimiento del 50% del monto de las partidas computables para prestaciones sociales, como pensión para los beneficiarios.

“3.A la Señora LESVIA RUTH GAVIRIA ARISTIZABAL, se le cancelaron las prestaciones sociales, incluyendo un 35% de subsidio familiar (30% por el cónyuge y un 5% por la menor YULI VANESSA HOYOS GAVIRIA), igual porcentaje recibe la pensión que cobra. No se le reconoció subsidio familiar a la menor KELLY TATIANA HOYOS GAVIRIA, por cuanto nació con posterioridad al deceso de su padre (28 de febrero de 1994), cuando el causante falleció el 8 de agosto de 1993. Al tenor de lo dispuesto en los artículos 46 y 109 del Decreto 1213 de 1990 Estatuto de Agentes, concordante con los artículos 82 y 150 del Decreto 1212 de 1990, por haber sido ascendido a Suboficial, el subsidio familiar no sufre variación por hechos posteriores al retiro o muerte y atendiendo además el contenido del artículo 93 del Código Civil, que dispone la delación de la herencia a la criatura que está por nacer, de los derechos radicados en cabeza del titular, al momento de la muerte.

“Como se observa, la posibilidad de adquirir el derecho de reconocimiento de un 4% más por concepto de subsidio familiar por la menor KELLY TATIANA, era apenas una mera expectativa que tenía el entonces Agente HOYOS REYES NELSON JAVIER.”(subrayas fuera del original)

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Competencia

De conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241, numeral 9o. de la Constitución Política y 31 a 36 del decreto 2591 de 1991, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar el fallo de tutela de la referencia.

1. La solicitante pretende que a través de la acción de tutela, la Policía Nacional le reconozca a su hija menor, nacida después de la muerte de su esposo, el derecho a recibir el subsidio familiar que ofrece la institución a los hijos de sus miembros.

Esta Sala de Revisión debe analizar, en consecuencia, la Sentencia de instancia que le negó el beneficio a la solicitante para determinar si los argumentos expuestos en ella son susceptibles de respaldo, o no lo son.

Antes debe aclarar que dentro del expediente se encuentran sendas copias auténticas del registro de matrimonio de Lesvia Ruth Gaviria Aristizabal y Nelson Javier Hoyos Reyes, registro de defunción de éste último y registro de nacimiento de Kelly Tatiana Hoyos

Aristizabal, quien nació seis meses y veinte días después del deceso de su padre.

La decisión judicial que se revisa

2. La providencia del juzgado de instancia que decidió denegar la protección, se apoya en el hecho de que dentro del expediente de la referencia “no existe prueba que indique que otras personas hayan sido beneficiadas por el subsidio echado de menos por la petente en circunstancias similares a las que narra...”

En primer lugar, esta Sala de Revisión considera que si bien la aseveración del juzgado es cierta, pues nada indica que la Policía Nacional hubiera favorecido la solicitud de otra persona puesta en las mismas circunstancias que la demandante, el análisis sobre la viabilidad de la presente acción no debió ceñirse a esa sola apreciación.

3. En su escrito incoatorio, la demandante manifestó que la conducta de la Policía Nacional no sólo vulneraba el derecho a la igualdad de su hija, sino que atentaba contra la protección prevalente que la Constitución Política prescribe para los niños.

Sin embargo, el juez de instancia no abordó con la profundidad requerida el asunto de la posible vulneración de los derechos de los niños. En un párrafo de escasas ocho líneas, el funcionario judicial despachó desfavorablemente la solicitud por considerar que la normatividad allegada por la demandante y por la institución, no permitía dilucidar las condiciones para acceder al derecho del subsidio familiar del menor. El juez de tutela olvidó, en suma, hacer referencia a las premisas que orientan el régimen de protección de los menores.

El derecho al subsidio familiar

4. Sea lo primero decir que el subsidio familiar ha sido reconocido por la Corte Constitucional como una prestación derivada del derecho a la seguridad social. En efecto, la Sentencia C-508/97, (M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa), se refirió a la naturaleza de esta prestación en los siguientes términos:

“El subsidio familiar en Colombia ha buscado beneficiar a los sectores más pobres de la población, estableciendo un sistema de compensación entre los salarios bajos y los altos, dentro de un criterio que mira a la satisfacción de las necesidades básicas del grupo familiar.

Los medios para la consecución de este objetivo son básicamente el reconocimiento de un subsidio en dinero a los trabajadores cabeza de familia que devengan salarios bajos, subsidio que se paga en atención al número de hijos; y también en el reconocimiento de un subsidio en servicios, a través de programas de salud, educación, mercadeo y recreación. El sistema de subsidio familiar es entonces un mecanismo de redistribución del ingreso, en especial si se atiende a que el subsidio en dinero se reconoce al trabajador en razón de su carga familiar y de unos niveles de ingreso precarios, que le impiden atender en forma satisfactoria las necesidades más apremiantes en alimentación, vestuario, educación y alojamiento.

“Los principios que lo inspiraron y los objetivos que persigue, han llevado a la ley y a la doctrina a definir el subsidio familiar como una prestación social legal, de carácter laboral. Mirado desde el punto de vista del empleador, es una obligación que la ley le impone, derivada del contrato de trabajo. Así mismo, el subsidio familiar es considerado como una prestación propia del régimen de seguridad social.” (Sentencia C-508/97 M.P. dr. Vladimiro Naranjo Mesa)(Subrayas fuera del original)

5. Reconocida como está la naturaleza del derecho al subsidio familiar, esta Sala de Revisión debe analizar si dicha prestación es susceptible de protección por vía de tutela, teniendo en cuenta que en el caso sub-judice se trata de los derechos de un menor de edad. Para tales efectos, es procedente primero que se haga un breve esbozo de la manera como la jurisprudencia de esta Corporación ha tratado el tema de los derechos fundamentales de los niños.

Los derechos de los niños

6. El artículo 44 de la Constitución Política establece:

“ARTICULO 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

“La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

“Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.”

7. En desarrollo del precepto constitucional transcrito y de manera unánime, la Corte Constitucional ha reconocido en su extensa jurisprudencia que los niños gozan de una especial y prevalente protección por parte del Estado. Otras disposiciones constitucionales, como los artículos 42, 50, 53, 68 y 356, se encargan así mismo de consagrar privilegios en favor de la niñez, a cargo de los padres y del conglomerado social. Además, la Corte ha entendido que la Constitución también se refiere a los niños cuando prevé en su artículo 13 una protección especial para aquellas personas que por sus condiciones particulares, se encuentran en estado de debilidad manifiesta. Por ello, esta Corporación recalca en el hecho de que la protección al menor debe ser tan amplia como jurídica y económicamente resulte factible.

8. Adicional a lo anterior, se ha establecido por parte de la jurisprudencia que la protección especial ofrecida a los niños no sólo proviene de la legislación interna sino de los tratados y convenios internacionales adoptados por Colombia, que a la luz del artículo 93 superior prevalecen sobre la normatividad doméstica.

9. Consecuencia directa de esta protección es que muchos de los derechos sociales, económicos y culturales que no son fundamentales sino por conexidad, adquieren esta categoría cuando su titular es un menor de edad. Tal sucede, por ejemplo, con los derechos prestacionales a la seguridad social y a la salud: para las personas adultas, éstos no son derechos fundamentales, a menos que se pruebe por conexidad que su vulneración afecta uno de estos últimos¹; sin embargo, en los niños, por virtud de esa aludida prevalencia y protección especial de que habla la Carta Política, sí adquieren tal categoría. Tal es el sentido de la siguiente cita jurisprudencial:

“Pero además, la nueva Constitución, al ocuparse de los derechos de los niños, no desatendió

al desarrollo del derecho social contemporáneo y estableció, como corresponde a su evolución, las nuevas manifestaciones del Estado Social de Derecho, y dio rango de derecho constitucional fundamental a algunos derechos de los menores como el de la seguridad social que se proyecta en este caso, no obstante que deba encontrarse su armonía con otras manifestaciones programáticas específicas, que también son proyección suya.” (SU- 043/95 M.P.Dr Fabio Morón Díaz)(Subrayas por fuera del original)

10. El corolario procesal del anterior principio es que, a diferencia de las acciones interpuestas en favor de los adultos, las tutelas encaminadas a proteger, entre otros, los derechos a la seguridad social y a la salud de los menores, proceden sin necesidad de que la relación causal entre la vulneración del derecho prestacional y el perjuicio del derecho fundamental quede demostrada; entre otras cosas, porque según el artículo 42, numeral 9, del Decreto 2591 de 1991, se presume la indefensión de los niños en cuyo favor se interpone una acción de tutela. La Corte ha tenido la oportunidad de verter sobre este asunto los siguientes conceptos:

“No obstante, en la Constitución ha sido señalado de manera expresa el caso de los niños, cuyo derecho a la seguridad social es fundamental y susceptible, por tanto, de ser reclamado, mediante el ejercicio de la acción de tutela, de manera inmediata aunque no incondicional.

“Ello es así por cuanto el artículo 44 de la Carta enuncia este derecho entre los que se reconocen a los niños con carácter prevalente, a la par que el 48 supedita la prestación del correspondiente servicio público a los términos y forma que determine la ley.

“La Sala Plena de la Corte, en el aludido fallo, dejó en claro que el trato especial otorgado por el Ordenamiento a los menores tiene el alcance de una preeminencia o primacía, que debe su razón de ser, como esta Sala lo ha advertido reiteradamente, a las condiciones de debilidad e indefensión que los caracteriza, dada la crucial etapa de formación física y mental por la que atraviesan, y a la promesa que su sana supervivencia representa para la sociedad del futuro.

“Es evidente que las obligaciones radicadas en las entidades y organismos, públicos y privados, que tienen a su cargo la seguridad social se intensifican y amplían en la medida en que estén de por medio la salud y la vida de los niños, por lo cual, tratándose de ellos,

aumentan de modo considerable las posibilidades de su vulneración por negligencia, descuido o desconocimiento del nivel preferente al que han sido elevados por la propia Constitución.

“ ‘Artículo 10. Derecho a la seguridad social para los niños. De conformidad con lo dispuesto en la Ley 12 de 1991, el Estado reconocerá a todos los niños el derecho a beneficiarse de la seguridad social, y adoptará las medidas necesarias para lograr la plena realización de este derecho de conformidad con la legislación vigente’ “. (T-001/95 M.P. José Gregorio Hernández Galindo)

De lo dicho con anterioridad puede colegirse que el derecho a recibir el subsidio familiar, que ha sido reconocido como una derivación prestacional del derecho a la seguridad social, puede ser reclamado por vía de tutela cuando el afectado es un menor de edad, pues la Constitución lo eleva en estos casos a la categoría de derecho fundamental.²

11. Analizado este punto, resulta imprescindible volver al contenido de la providencia del Juez Quinto Civil Municipal, pues éste sostiene que no existe claridad sobre la titularidad del derecho a la prestación social reclamada para la menor en cuyo favor se interpone la tutela. Al respecto conviene hacer referencia al concepto emitido por la Oficina Jurídica de la Policía Nacional, que sirvió de base para que esta institución negara el reconocimiento de la prestación social, pues, de seguro, éste contribuyó a que el juez se declarara confundido respecto de la titularidad del mencionado subsidio. Adicionalmente, se hará referencia al oficio que la misma institución remitió a esta Sala de Revisión, en cumplimiento de lo dispuesto por el Auto del 20 de abril del año en curso.

Dice el concepto que para adquirir el beneficio del subsidio familiar es necesario probar la existencia del menor en los términos señalados por el artículo 90 del C.C. “separarse completamente de la madre y haber sobrevivido siquiera un momento” (sic) y no la mera expectativa de vida.

El concepto incurre en una imprecisión jurídica que se intentará resaltar, luego de hacer algunas precisiones sobre los derechos de quienes están por nacer.

12. La Corte Constitucional debe recordar que éste grupo, el de los llamados nasciturus, también se encuentra protegido por el espectro de privilegios que la Carta Fundamental

reserva para los niños.

La tradición jurídica más acendrada, que se compagina con la filosofía del estado social de derecho, ha reconocido que el nasciturus es sujeto de derechos en cuanto es un individuo de la especie humana. Los innumerables tratados y convenios internacionales suscritos por Colombia, así como el preámbulo de la Constitución Política, cuando asegura que el Estado tiene la obligación de garantizar la vida de sus integrantes; el artículo 43, al referirse a la protección de la mujer embarazada, y el artículo 44, cuando le garantiza a los niños el derecho a la vida, no hacen otra cosa que fortalecer la premisa de que los individuos que aún no han nacido, por la simple calidad de ser humanos, tienen garantizada desde el momento mismo de la concepción la protección de sus derechos fundamentales.³ La Constitución busca preservar al no nacido en aquello que le es connatural y esencial: la vida, la salud, la integridad física, etc. Tanto así, que en desarrollo de los preceptos constitucionales, la legislación penal castiga severamente las conductas que conducen al menoscabo de dichos intereses (Art. 343 Código Penal), y la civil concede facultades expresas al juez para custodiarlos (Art. 91 Código Civil).

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que un principio lógico de razonabilidad exige considerar en particular cada uno de los derechos fundamentales, incluso aquellos que se predicen exclusivamente de los niños, para determinar cuál puede y cuál no puede ser exigido antes del nacimiento. Obviamente, derechos fundamentales como el derecho a la libertad personal o libertad de cultos, el derecho al debido proceso o el derecho a la recreación no pueden ser objeto de protección prenatal porque la propia naturaleza de su ejercicio no es compatible con el ser que aun no ha dejado el vientre materno.

13. Algo similar ocurre con los derechos de rango legal derivados, no de las condiciones inherentes a la naturaleza humana, sino de la ley positiva. Aunque de las normas señaladas podría deducirse la absoluta consagración del principio según el cual “el concebido es sujeto de derecho para todo cuanto que le favorezca”, lo cierto es que en materia de derechos de origen meramente legal, la ley ha sometido su goce a la condición suspensiva de que la criatura nazca. Al decir del artículo 93 del Código Civil, los derechos se encuentran en suspenso hasta que se verifica el nacimiento. “Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que se defirieron.” Sólo en el caso de que la criatura muera dentro de la madre,

perezca antes de estar completamente separada de ella o no sobreviva a la separación un momento siquiera, los derechos pasan a terceras personas como si el individuo jamás hubiese existido. Debe entenderse que el artículo 93 hace referencia a los derechos de rango legal, porque, como se ha dicho, los derechos fundamentales inherentes a la condición humana y compatibles con la circunstancia de no haber nacido, no están suspendidos, sino en plena vigencia, mientras no ocurra el alumbramiento.

14. De todo lo dicho puede concluirse que los derechos patrimoniales de orden legal que penden sobre el nasciturus, se radican en cabeza suya desde la concepción, pero sólo pueden hacerse efectivos, sí y solo sí, acaece el nacimiento. Por el contrario, los derechos fundamentales, bajo las condiciones antedichas, pueden ser exigibles desde el momento mismo que el individuo ha sido engendrado.

15. Salta a la vista entonces el yerro en que incurrió la Oficina Jurídica de la Policía al emitir el concepto pertinente, que sirvió de base a la División de Prestaciones Sociales para negar la solicitud y que, a su vez, fue refrendado mediante el oficio que esa dependencia remitió a esta Sala de Revisión en cumplimiento de lo ordenado por el Auto del 20 de abril de 1998.

La Policía Nacional desconoció que el alumbramiento actualizaba en cabeza del recién nacido todos los derechos que tenía en suspenso desde el momento de la concepción, en particular, el derecho fundamental al subsidio familiar como derivación del derecho a la seguridad social. Por eso, la menor en favor de quien se interpone esta tutela, contrario a lo sostenido por la entidad demandada, adquirió el derecho al subsidio familiar desde el instante en que fue engendrada -a pesar de que sólo pudo hacerlo efectivo después de nacer-, debido a que así lo imponía la naturaleza misma de la prestación.

De otro lado, la misma institución reconoció que la hermana mayor de Kelly Tatiana -Yuli Vanessa- fue favorecida con los 5 puntos porcentuales que el artículo 46 del Decreto 1213 de 1990 reconoce para el primogénito de los agentes de policía. Así mismo, acepta que la circunstancia de no haber nacido, impidió que se le otorgase el 4% adicional sobre la partida del subsidio familiar que el mismo artículo concede a los demás hijos del agente. En estas condiciones, la decisión de la institución tutelada no sólo desconoció la normatividad de los derechos que penden sobre el que está por nacer, sino que adujo, como razón para negar el beneficio, una circunstancia fáctica que la ley tiende a favorecer, antes que a perjudicar.

16. El juez Quinto Civil Municipal de Bogotá no analizó estas consideraciones cuando estudió la vulneración a los derechos de la niña Kelly Tatiana Hoyos. De haberlo hecho, habría llegado a la conclusión de que los argumentos de corte reglamentario expuestos por la Policía Nacional, relacionados con la imposibilidad de modificar la partida de subsidio familiar después de liquidado la pensión, no tenían el poder de imponerse sobre la evidente y reiterada prevalencia que la Constitución le da a los derechos de los niños - tanto a los nacidos como a los que están a punto de hacerlo-.

Al respecto cabe hacer la siguiente precisión. La Policía Nacional señaló que el artículo 109 del Decreto 1213 de 1990, impone la restricción de modificar la partida de subsidio familiar incluida en la liquidación de la pensión, por hechos ocurridos después “del retiro o muerte del Agente”(sic). La norma dispone al tenor literal: “A partir de la vigencia del presente Decreto, la partida de subsidio familiar que se haya incluido o se incluya para la liquidación de las asignaciones de retiro y pensiones a que se refiere el artículo 100 de este Estatuto, no sufrirá variaciones de ninguna especie. Tampoco habrá lugar a la modificación e inclusión de dichas partidas por hechos ocurridos con posterioridad al retiro del Agente. Lo anterior no obsta para que en cualquier tiempo se ordene la inclusión, el aumento, disminución o extinción de la partida de subsidio familiar como factor de liquidación de la respectiva asignación de retiro o pensión, cuando se compruebe que al Agente se le venía considerando un porcentaje diferente al que legalmente le correspondía”

Para esta Sala de Revisión, la interpretación de la norma en el sentido de que el nacimiento es un hecho posterior a la muerte que impide la modificación de la partida de subsidio familiar no es un argumento de recibo, pues de lo que ha sido expuesto, incluso a riesgo de incurrir en molesta reiteración, se concluye que el hecho genitivo de esa prestación no es el alumbramiento sino la concepción. El procedimiento hermenéutico adelantado por la Policía conlleva una vulneración del derecho a la igualdad de la menor Kelly Tatiana, pues le impide disfrutar el beneficio que legítimamente le asiste de recibir un porcentaje correspondiente al subsidio familiar, tal como lo hace su hermana mayor. Como se ha recalcado, la circunstancia de no haber nacido no puede entenderse como criterio para establecer este tipo de diferencias que van en absoluta contravía de las normas constitucionales que reconocen en el subsidio familiar de los menores un derecho fundamental. Si los preceptos de rango superior son los que obligan a las autoridades estatales a proteger especialmente el derecho del niño, no se entiende cómo puedan esgrimirse normas de inferior rango para

desconocerlo.

Por las razones anteriores, la sentencia proferida en única instancia debe ser revocada y, en su lugar, se tutelarán los derechos invocados por la peticionaria ordenándosele a la Policía Nacional el subsidio familiar que se reclama. Para tales efectos, se reliquidará la pensión recibida por la madre con base en el incremento porcentual que le corresponde a su hija, desde el momento en que aquella elevó la reclamación ante la División de Prestaciones Sociales de la Policía Nacional, pues se entiende que desde ese instante surgió para ella la necesidad de contar con el apoyo económico del subsidio.

DECISION

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

R E S U E L V E :

Primero: REVOCAR la Sentencia proferida el 25 de septiembre de mil novecientos noventa y siete (1997) por el Juzgado Quinto Civil Municipal de Santafé de Bogotá, en el proceso de tutela incoado por la señora Lesvia Ruth Gaviria Aristizabal en contra del Jefe de Sección y Prestaciones Sociales, Unidad de Prima y subsidio de la Policía Nacional, por las razones expuestas en esta sentencia.

Tercero: LÍBRESE por la Secretaría General de esta Corporación, la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí previstos.

Cópiese, notifíquese, insértese en la gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

VLADIMIRO NARANJO MESA

Magistrado Ponente

ANTONIO BARRERA CARBONELL

Magistrado

CARMENZA ISAZA DE GOMEZ

Magistrada (e)

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

Aclaración de voto a la Sentencia T-223/98

Referencia: Expediente T-150960

Magistrado Ponente:

Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA

No Obstante compartir la decisión de tutelar el derecho a la seguridad social de la menor Kelly Tatiana Hoyos, por las consideraciones que obran en la parte motiva de la sentencia: los derechos de los niños y el derecho a la igualdad, estimo que no eran necesarias las consideraciones sobre el nasciturus, pues los derechos que reclamaba la madre, ante la entidad demandada, corresponden a los que tiene su hija, que nació el 28 de febrero de 1994, y no los de quien no había nacido.

La entidad demandada, al negar el subsidio familiar a la menor, una vez ésta empezó su existencia legal, desconoció que cuando ocurrió su nacimiento, ella entró a gozar de los derechos que tenía diferidos.

Es decir, la Policía Nacional desconoció que “Los derechos que se diferirían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que se difirieron”. (artículo 93 del Código Civil)(se subraya).

En consecuencia, no era necesario entrar a analizar los derechos del nasciturus, pues no eran éstos los que se estaban vulnerando, sino los de una persona con existencia constitucional y legal reconocida.

CARMENZA ISAZA DE GOMEZ

Magistrada (E)

1 Cfr. entre otras, Sentencias Su 111/97, Su-480/97 y T-322 de 1997

2 Cfr. Sentencias T-703/96 y T-202/97

3 Cfr. Sentencia T-179/93