

Sentencia T-588/04

SUBSIDIO FAMILIAR-Origen y evolución

SUBSIDIO FAMILIAR-Naturaleza jurídica

DERECHOS DEL NIÑO-Fundamental prevalente

SUBSIDIO FAMILIAR-Hace parte de la seguridad social

DERECHO AL SUBSIDIO FAMILIAR DEL NIÑO-Procedencia por tutela

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

NASCITURUS-El nacimiento actualiza todos los derechos que tenía en suspenso desde el momento de la concepción/NASCITURUS-Adquiere el derecho al subsidio familiar desde el momento de la concepción

Desconoció la entidad accionada, que el alumbramiento actualizaba en cabeza de la recién nacida 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, a juicio de la Sala, 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.

NASCITURUS-Titular de derechos fundamentales que pueden ser amparados por tutela

DERECHOS FUNDAMENTALES DEL NIÑO-No se requiere probar la relación de causalidad entre la vulneración y el perjuicio irremediable

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: expediente T-855215

Acción de tutela instaurada por Pedronel Gaviria Toro contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.

Magistrado Ponente:

Bogotá, D. C., diez (10) de junio de dos mil cuatro (2004).

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, en particular las contenidas en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución y el Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos proferidos por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Manizales y por la Sala Penal del Tribunal Superior de esa misma ciudad, en la acción de tutela instaurada por el señor Pedronel Gaviria Toro contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.

I. ANTECEDENTES.

Manifiesta el actor que el 6 de octubre de 2003, la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, a través de la Coordinadora del Grupo de Asignaciones y Actualizaciones expidió el Oficio GRACT_-SUPRE 01464, por el cual le negaban la partida de subsidio familiar a que tiene derecho su hija menor María Isabel Gaviria Sierra, nacida el 10 de octubre de 2002, bajo el argumento de que “la partida de subsidio familiar que se liquide en la asignación mensual de retiro no sufrirá variación de ninguna especie, por hechos ocurridos con posterioridad a la fecha de retiro, es decir el 29-08-2002, razón por la cual su asignación de retiro no se modificará por el nacimiento de la su hija MARÍA ISABEL GAVIRIA SIERRA, nacida el 10-10-2002.”

Relata la demanda, que si bien el retiro del servicio activo del peticionario se produjo el 29 de agosto de 2002, es decir, cuarenta y tres (43) días antes del nacimiento de su hija, también es cierto que la concepción de su hija se produjo cuando él se encontraba aún en servicio activo como miembro de la Policía Nacional. Señala el peticionario que resulta evidente el error en que incurrió la Coordinadora del Grupo de Designaciones y Actualizaciones de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, al haber negado el derecho al subsidio familiar.

Sostiene finalmente que tiene otras dos hijas que nacieron durante el tiempo en que estuvo

en servicio activo, obteniendo el derecho al subsidio familiar en porcentajes del 5% y 4%. Por tal motivo, la negativa del subsidio para su última hija, vulnera también el derecho a la igualdad frente a sus hermanas.

Por todo lo anterior, el actor considera violados los derechos fundamentales a la igualdad y a la seguridad social de su menor hija, y por ello pide se ordene a al Director de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, o quien haga sus veces, que reconozca en cabeza del accionante el derecho al subsidio familiar de la menor María Isabel Gaviria Sierra.

II. INTERVENCION DE LA ENTIDAD ACCIONADA.

En respuesta al requerimiento hecho por el juez de primera instancia en esta tutela, el Subdirector de Prestaciones Sociales de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, remitió escrito No. 07315 de septiembre 30 de 2003, en el que señaló lo siguiente:

"1. Esta Entidad mediante resolución 9278 del 16 de Agosto de 2002, reconoció a partir del 29 de agosto de 2002, asignación mensual de retiro al señor Sargento Viceprimero (r) GAVIRIA TORO PEDRONEL, prestación que se viene liquidando en cuantía equivalente al 74% del sueldo básico y partidas legalmente computables para el grado, incluido el 39% por concepto de subsidio familiar, por acreditar ser casado (30%) y por las hijas NATALIA (5%) y ANA LUCIA (4%), como lo dispone el artículo 82 del Decreto 1212 de 1990, vigente a la fecha de retiro del Señor Sargento Viceprimero (r), norma de carácter especial para el personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional y conforme a la hoja de servicios No. 10253347, libro 03, folio 476 del 27-06-2002, expedida por la Policía Nacional, según fotocopias anexas.

"2. Con escrito radicado en esta Entidad bajo el NO. 0634 del 10-26042004-03, el señor Suboficial, solicita el reconocimiento de Subsidio Familiar por su hija MARIA ISABEL GAVIRIA SIERRA, nacida el 10-10-2002, petición resuelta con oficio No. 01464 del 06-02-2003, informando que de acuerdo al Decreto 1212 de 1990, el subsidio familiar que se liquide en la asignación mensual de retiro no sufrirá variaciones de ninguna especie, por hechos ocurridos con posterioridad a la fecha de retiro.

"3. De conformidad con los Decretos 1212 de 1990 y 2070 de 2003, normas de carácter especial que rige la carrera del personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional,

establecen claramente que la partida de subsidio familiar que se haya incluido o se incluya para la liquidación de las asignaciones de retiro y pensiones, no sufrirá variaciones de ninguna especie, como tampoco habrá lugar a inclusión y modificación de dicha partida por hechos ocurridos con posterioridad a la cita (sic) fecha, caso dentro del cual se encuadra al Accionante, a quien se le reconoció asignación mensual de retiro a partir del 29-08-2002.

“4. Igualmente, de conformidad con los artículos 82, 140 y 150 del Decreto 1212 de 1990, la competencia y el objeto primordial de esta Entidad, es reconocer y pagar asignación mensual de retiro (pensión de jubilación) el personal que acredite el derecho a la prestación, más no reconocer y pagar subsidio familiar, por ser un beneficio que se devenga en servicios activo de la Policía Nacional.

“CONSIDERACIÓN FINAL: La Subdirección de Prestaciones Sociales, con el debido respeto, estima que la Acción de Tutela es improcedente por cuanto no ha vulnerado ni violado derecho fundamental alguno al petente, por cuanto esta Entidad esta dando cumplimiento a lo restablecido en los Decretos 1212 de 1990 y 2070 del 2003, normas de carácter especial que rigen la carrera del personal del Agentes de la policía Nacional, así mismo, reconoció la asignación mensual de retiro, conforme a los últimos haberse devengados en actividad y certificados por la Policía en la hoja de servicios.”

Por todo lo anterior la entidad accionada solicita que la tutela sea declarada improcedente.

III. SENTENCIAS QUE SE REVISAN.

a. Primera instancia.

En sentencia del 9 de octubre de 2003, el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Manizales concedió la tutela de la referencia por encontrar violado el derecho a la seguridad social. Consideró el a quo que era preciso otorgar el amparo solicitado frente a los hechos expuestos, con base en un fallo anterior proferido por la Corte Constitucional en donde en una situación similar se ampararon los derechos del que esta por nacer. Se ordenó en consecuencia, que la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, Subdirección de Prestaciones Sociales, reliquidara la pensión recibida por el señor Pedro Nel Gaviria Toro con base en el incremento porcentual que también le corresponde a su hija Maria Isabel Gaviria Sierra por concepto de subsidio familiar.

b. Segunda instancia.

IV. PRUEBAS QUE OBRAN EN EL EXPEDIENTE.

-A folio 6 registro civil de nacimiento de la menor MARIA ISABEL GAVIRIA SIERRA.

- A folio 8 del expediente, obra oficio NO. 01484 de febrero 6 de 2003, por medio del cual la Coordinadora del Grupo de Asignaciones y Actualizaciones de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, le informa al señor Sargento Viceprimero (r) Pedronel Gaviria Toro que “en atención al asunto de la referencia, le informo al señor Suboficial (r), que de conformidad con el Decreto 1212 de 1990, la partida de subsidio familiar que se liquide en la asignación mensual de retiro no sufrirá variación de ninguna especie, por hechos ocurridos con posterioridad a la fecha de retiro, es decir el 29-08-2002, razón por la cual su asignación mensual de retiro no se modificará por el nacimiento de su hija MARIA ISABEL GAVIRIA SIERRA, nacida el 10-10-2002.”

- A folios 21 a 24, documentos varios entre los que se cuentan la hoja de servicios en que se liquidan los factores económicos necesarios para el reconocimiento de la asignación mensual de retiro al actor. Igualmente, obra copia de la Resolución No. 9278 de agosto 16 de 2002, en la que el mencionado derecho es reconocido.

V. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

1. Competencia.

Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar las decisiones judiciales mencionadas, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico

Se trata de establecer para el presente caso si un hijo concebido durante el tiempo activo de un sargento de la Policía Nacional tiene derecho al subsidio familiar consagrado en el Decreto 1212 de 1990 para los miembros de la Policía. Los temas que deben entonces

abordarse en este caso serían los siguientes: el subsidio familiar y su reclamo por vía de tutela y los derechos del nasciturus o del que esta por nacer frente a la pretensión de reconocimiento de una prestación legal.

3. Régimen y naturaleza del subsidio familiar.

El subsidio familiar fue creado por los Decretos Legislativos Nos. 118 y 249 de 1957, como un beneficio de carácter prestacional, selectivo y especial. Posteriormente, mediante la Ley 58 de 1963 se amplió su cobertura a los trabajadores del sector público y a los de las empresas y patronos con patrimonio neto igual o superior a cincuenta mil pesos.

La Ley 25 de 1981 crea la Superintendencia de Subsidio Familiar para ejercer funciones de inspección y vigilancia de las entidades encargadas de recaudar los aportes y pagar las asignaciones del subsidio familiar.

La Ley 21 de 1982 fija un nuevo marco normativo y establece el subsidio familiar en dinero para los trabajadores con remuneración fija o variable que no sobrepase los cuatro salarios mínimos legales mensuales. Según lo ha señalado esta Corporación, con la Ley 21/82 “se pretendió remediar la situación de marginación en que quedaba un amplio sector de la población laboral bajo la vigencia del régimen anterior, sector que era justamente el más necesitado de esta prestación”¹.

La Ley 71 de 1988 amplía la cobertura a los pensionados, salvo el subsidio en dinero². La Ley 49 de 1990 crea el subsidio a la vivienda de interés social por parte de las cajas de compensación familiar. La Ley 100 de 1993 dispuso que las cajas de compensación familiar destinen el 5% de los recaudos del subsidio familiar que administran, para financiar el régimen de subsidios en Salud, salvo aquéllas cajas que obtengan un cuociente superior al 100% del recaudo del subsidio familiar del respectivo año, las cuales tendrán que destinar un 10%. La Ley 789 de 2003, entre otras medidas, modifica el régimen del subsidio familiar en dinero³, crea el subsidio temporal al desempleo, modifica el régimen de organización y funcionamiento de las cajas de compensación familiar y redefine las funciones y facultades de la Superintendencia de Subsidio Familiar.

Así pues, tal como lo señaló la sentencia T-712 de 2003, a partir de la legislación vigente, se destacan las siguientes características del subsidio familiar:

- El subsidio familiar es considerado como una especie del género de la seguridad social⁴, regido, por lo tanto, por los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad incorporados en el artículo 49 de la Carta Política. Constituye, por ende, una valiosa herramienta para la consecución de los objetivos de la política social y laboral del Gobierno.

- Es una prestación social cuya finalidad es la de aliviar las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia como núcleo básico de la sociedad, de forma que tales condiciones materiales puedan ser satisfechas⁵. Su objetivo no es entonces retribuir directamente el trabajo, como sí lo hace el salario.

- Se paga en dinero, en servicios y en especie a los trabajadores de menores o medianos ingresos y de los pensionados, en proporción al número de personas a cargo⁶. Según lo dispone el artículo 5º de la Ley 21 de 1982, el “Subsidio en dinero es la cuota monetaria que se paga por cada persona a cargo que dé derecho a la prestación. [El] Subsidio en especie es el reconocido en alimentos, vestidos, becas de estudio, textos escolares, y demás frutos o géneros diferentes al dinero que determine la reglamentación de esta Ley. [Y el] Subsidio en servicios es aquel que se reconoce a través de la utilización de las obras y programas sociales que organicen las Cajas de Compensación Familiar dentro del orden de prioridades prescrito en la Ley”.

- Su pago está a cargo de los empleadores públicos y de los privados que ocupen uno o más trabajadores permanentes, en suma equivalente al 6% del monto de sus respectivas nóminas⁷.

- Es recaudado, distribuido y pagado por las cajas de compensación familiar, las que además están en la obligación de organizar y administrar las obras y programas que se establezcan para el pago del subsidio familiar⁸.

La jurisprudencia igualmente ha resaltado la naturaleza del subsidio familiar como función pública y mecanismo de redistribución del ingreso a cargo del Estado, que impone obligaciones al empleador y a las entidades encargadas de su recaudo, administración y pago. Sobre el particular expresó la Corte:

“Naturaleza jurídica del subsidio familiar. En líneas generales, del anterior panorama de desarrollo histórico puede concluirse que 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.

“Y desde el punto de vista de la prestación misma del servicio, este es una función pública, servida por el Estado a través de organismos intermediarios manejados por empresarios y trabajadores. Desde esta perspectiva, en su debida prestación se considera comprometido el interés general de la sociedad, por los fines de equidad que persigue.” 9

De igual manera, los recursos del subsidio familiar manejados por las cajas de compensación familiar han sido considerados como rentas parafiscales, lo que impone que, por su afectación especial, no puedan ser destinados a finalidades diferentes a las previstas en la ley.

4. El pago del subsidio familiar cuando los beneficiarios son menores de edad.

El Estado tiene la obligación real, ineludible y vinculante de otorgar una protección especial a los niños, para lo cual deberá desplegar acciones que mitiguen los efectos que les reporte su situación de debilidad, dará prioridad a la atención de sus derechos prestacionales y resolverá toda tensión de derechos dando aplicación al principio de primacía y favorabilidad

de los derechos de los niños.

La Corte Constitucional ha señalado que el subsidio familiar hace parte del derecho a la seguridad social¹⁰. En el caso de los niños, en aplicación de la prevalencia y protección especial a que alude el artículo 44 Superior, el derecho a la seguridad social, incluido el pago del subsidio familiar, adquiere la categoría de derecho fundamental y prevalente, que admite ser amparado a través de la acción de tutela¹¹.

Esta posición está respaldada por el derecho internacional, adoptado por la legislación interna, en el que se exige a los Estados lograr la plena realización del derecho a la seguridad social para los niños. Al respecto, en la ya citada sentencia T-223 de 1998 la Corte señaló que:

“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.

“Ello se refleja a nivel internacional en la Convención sobre Derechos del Niño, ratificada por Colombia y aprobada mediante la Ley 12 de 1991, y en el orden interno en la clara advertencia del Decreto Ley 1298 de 1994, mediante el cual se expidió el Estatuto Orgánico del Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuyo artículo 10 establece:

‘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).”

5. El reclamo del subsidio familiar por vía de tutela.

Por tratarse de una prestación social para que sea reconocido por vía de tutela, se requiere que el subsidio familiar esté en conexidad con un derecho fundamental que imponga al juez

constitucional el deber de proceder a su reconocimiento a través de este mecanismo, con la clara finalidad de proteger los derechos reconocidos por la Constitución Política. Con todo, cuando los beneficiarios del subsidio familiar son niños, esa prestación adquiere el carácter de fundamental por ese sólo hecho, pues, como lo ha sentado la jurisprudencia de esta Corte “[e]l 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 fundamental¹²”. (Subrayado fuera de texto).

6. Caso concreto.

A la luz de esta jurisprudencia, han de analizarse los hechos que dieron lugar a la presente tutela:

El Sargento retirado de la Policía, Pedronel Gaviria Toro, solicitó a la Policía Nacional el reconocimiento del subsidio familiar de su hija María Isabel Gaviria, considerando que fue concebida mientras él se encontraba en servicio activo, por lo cual tiene derecho a la mencionada prestación una vez se produjo su nacimiento. La entidad accionada no reconoce tal subsidio, pues sostiene que al momento del retiro por pensión del señor PEDRONEL GAVIRIA TORO, aún no había nacido la menor María Isabel Gaviria Sierra y además según lo dispone el Decreto 1212 de 1990, “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 140 de este Estatuto, no sufrirá variaciones de ninguna especie”.

La Sala destaca que en esta ocasión merece reiterarse un caso de similares supuestos en donde fueron tratados igualmente los temas que involucra esta tutela, es decir, protección al niño que esta por nacer y el derecho al subsidio familiar.

En el fallo que se utiliza como precedente (T- 223 de 1998) la Corte revisó la tutela interpuesta por una madre que solicitaba a la Policía Nacional le reconociera a su hija menor, nacida después de la muerte de su esposo, el derecho a recibir el subsidio familiar que ofrecía la institución a los hijos de sus miembros. La entidad mencionada alegó la existencia del artículo 109 del Decreto 1213 de 1990, el cual imponía 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”. La Corte ordenó amparar los derechos invocados

por la peticionaria tras considerar que su menor hija había adquirido el derecho al subsidio familiar desde el instante en que fue engendrada -a pesar de que sólo pudo hacerlo efectivo después de nacer. Las consideraciones de la Corte en el fallo mencionado fueron las siguientes:

“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.¹³ 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.

“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

suspensio 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”. (Sentencia T-223 de 1998, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.)

Con arreglo a la jurisprudencia aludida, son oportunas las siguientes consideraciones en torno al caso concreto:

- El subsidio familiar para lo relativo al régimen del Personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, consagrado en el Decreto 1212 de 1990, es tratado en el artículo 82 de tal estatuto de la siguiente manera:

“A partir de la vigencia del presente Decreto los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, en servicio activo, tendrán derecho al pago de un subsidio familiar que se liquidará mensualmente sobre el sueldo básico, así:

“a. Casados el treinta por ciento (30 %) más los porcentajes a que se tenga derecho conforme al literal c de este artículo.

“b. Viudos con hijos habidos dentro del matrimonio por los que existe el derecho a devengar , el treinta por ciento (30 %) más los porcentajes de que trata el literal c) del presente

artículo.

“c. Por el primer hijo el cinco por ciento (5%) y un cuatro por ciento (4 %) por cada uno de los demás, sin que sobrepase por este concepto del diecisiete por ciento (17 %).”

- Ahora bien, el eje de la negativa en reconocer el subsidio familiar reclamado por el accionante a nombre de su hija es el siguiente: el artículo 150 del Decreto 1212 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”. 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 140 de este Estatuto, no sufrirá variaciones de ninguna especie. Tampoco habrá lugar a la modificación e inclusión de dicha partida por hechos ocurridos con posterioridad al retiro del oficial o Suboficial. 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 se venía considerando un porcentaje diferente al que legalmente le correspondía”.

- La Policía Nacional interpreta la norma anterior entendiendo que el nacimiento de la menor María Isabel Gaviria es un hecho que supone la variación de la partida de subsidio familiar incluida en la liquidación de la asignación de retiro de su padre y por ello, en una hermenéutica restrictiva de tal disposición, niega el subsidio a la menor. Desconoció la entidad accionada, que el alumbramiento actualizaba en cabeza de la recién nacida 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, a juicio de la Sala, 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.

- Con base en lo expuesto por la jurisprudencia constitucional el nasciturus “se encuentra protegido por el espectro de privilegios que la Carta Fundamental reserva para los niños”¹⁴, por lo que es titular de derechos fundamentales que pueden ser amparados a través de la

acción de tutela¹⁵.

- Para esta Sala de Revisión, al igual de lo que sucediera en el precedente comentado, la interpretación de la norma citada en el sentido de que el nacimiento es un hecho posterior a la fecha de retiro del accionante que impide la modificación de la partida de subsidio familiar no es un argumento de recibo, pues “el hecho genitivo de esa prestación no es el alumbramiento sino la concepción.”¹⁶ Además de lo anterior, tal como lo expone el accionante, el procedimiento hermenéutico adelantado por la Policía conlleva una vulneración del derecho a la igualdad de la menor pues le impide disfrutar el beneficio que legítimamente le asiste de recibir un porcentaje correspondiente al subsidio familiar, tal como lo hacen sus hermanas mayores. Como lo dejó señalado el precedente relacionado “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 lo tanto, el fallo de segunda instancia merece revocarse por cuanto no tuvo en cuenta que los argumentos de naturaleza reglamentaria señalados por la Policía Nacional, relacionados con la imposibilidad de modificar la partida de subsidio familiar después de liquidada la pensión, no tenían el poder de imponerse sobre la 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. Así pues, el criterio de interpretación utilizado para este caso se concreta en amparar los derechos del niño que ha sido concebido durante el servicio activo de su padre en la Policía Nacional y nace luego de su retiro de la entidad.

- En lo que se refiere a la inexistencia de un perjuicio irremediable como razón adicional para no conceder la tutela en la segunda instancia, sea de recordar que la Corte Constitucional ha dispuesto 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 demostrar la relación causal entre la vulneración del derecho prestacional y el perjuicio del derecho fundamental. Esto porque, entre otras cosas, 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.¹⁷

Por lo anterior, se confirmará la sentencia de primera instancia en tanto acogió los dictados del precedente que obligaba seguirse en este caso, y concedió el amparo solicitado.

VI. DECISION.

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

Primero. REVOCAR la sentencia de segunda instancia dictada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Manizales, y en consecuencia CONFIRMAR el fallo proferido por el juzgado Cuarto Penal del Circuito de Manizales en tanto ordenó la reliquidación de la pensión del accionante con base en un incremento porcentual que también le corresponde a su hija María Isabel Gaviria Sierra por concepto del subsidio familiar. La reliquidación ordenada deberá efectuarse a partir del 7 de enero de 2003, fecha en la cual el accionante solicitó el reconocimiento del derecho para su hija.

Segundo. Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado Ponente

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

RODRIGO UPRIMNY YEPES

Magistrado (e)

IVAN HUMBETO ESCRUCERIA MAYOLO

Secretario General (e)

EL SUSCRITO SECRETARIO GENERAL (E)

DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

HACE CONSTAR:

IVAN HUMBERTO ESCRUCERIA MAYOLO

Secretario General (e)

Aclaración de voto a la Sentencia T-588/04

ACCION DE TUTELA-No se requiere analizar los derechos del nasciturus por cuanto la vulneración se refiere a una persona con existencia constitucional y legal (Aclaración de voto)

Comparto la parte resolutive de la presente sentencia, que tuteló el derecho a la igualdad y a la seguridad social de la menor Maria Isabel Gaviria Sierra, pero discrepo parcialmente de su motivación. Ahora bien, esta sentencia reitera el sentido de la decisión y la motivación de la sentencia T-223 de 1998, que resolvió un caso idéntico. En esa ocasión, la magistrada (e) Carmenza Isaza de Gómez aclaró el voto en los siguientes términos:

“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.”

Comparto plenamente dicha aclaración, por lo cual la reitero en esta oportunidad.

RODRIGO UPRIMNY YEPES

Magistrado (E)

1 Corte Constitucional. Sentencia C-1173-01, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

2 El artículo 6º de la Ley 71 de 1988 dispone lo siguiente: “Artículo 6º. Las cajas de compensación familiar deberán prestar a los pensionados, mediante previa solicitud, los servicios a que tienen derecho los trabajadores activos. Para estos efectos los pensionados cotizarán de acuerdo con los reglamentos que expida el Gobierno Nacional, sin que en ningún caso la cuantía de la cotización sea superior al dos por ciento (2%) de la correspondiente mesada. Los pensionados que se acojan a este beneficio no recibirán subsidio en dinero”.

3 El artículo 3º de la Ley 789 modifica el régimen del subsidio familiar en dinero. Según esta disposición “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. (...)”.

4 Cfr. Corte Constitucional. Sentencias C-149-94, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y C-1173-01 M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Al respecto, en la primera de las providencias mencionadas se señaló que: “La seguridad social ostenta a nivel constitucional la doble naturaleza de servicio público mediante el que se realizan los fines esenciales del Estado (CP arts. 2, 48, 365 y 366) y de derecho constitucional garantizado a todos los habitantes (CP art. 48). Su finalidad es asegurar a toda persona, independientemente de su situación laboral, las

condiciones necesarias para una existencia digna y la plena realización personal”.

5 En la sentencia C-1173-01, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, se aludió, en los siguientes términos, a la finalidad del subsidio familiar: “Tiene por objetivo fundamental la protección integral de la familia. La razón de ser de este beneficio es la familia como núcleo básico donde el hombre se realiza como persona y donde se genera la fuerza de trabajo. En este sentido, es válido afirmar que el subsidio familiar es la materialización del mandato consagrado en el canon 42 de la Carta según el cual “El Estado y la sociedad garantizarán la protección integral de la familia”.

6 La salvedad la constituyen los pensionados, a quienes no se les paga subsidio familiar en dinero. Art. 6º, Ley 71/88. Al analizar la constitucionalidad de esta norma, en la Sentencia C-149 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, en la cual se declaró exequible tal precepto, se dijo que: “... no comparte la Corte la afirmación según la cual en materia de subsidio familiar es indiferente la condición de trabajador o pensionado. “En el primer caso, el pago de subsidio en dinero es consecuencia de una obligación legal de los empleadores. En el segundo, en cambio, la contraprestación que dicho pago exige no está definida por ley ni impuesta a persona alguna en particular, lo cual no quiere decir que, en justicia, los pensionados con personas a su cargo no merezcan dicho reconocimiento. No se configura, por lo tanto, vulneración alguna de los derechos a la igualdad, a la protección de la familia o de la niñez por efecto de que el Legislador haya dispuesto ofrecer a los pensionados la posibilidad de afiliarse a las Cajas de Compensación Familiar para así beneficiarse de los servicios que ellas prestan, con prescindencia, sin embargo, del subsidio dinerario”.

7 Cfr. Artículos 7º y ss de la Ley 21 de 1982.

8 Cfr. Artículo 41 de la Ley 21 de 1982, adicionado por el artículo 16 de la Ley 789 de 2003.

9 Sentencia C-508-97, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

10 En la sentencia C-508-97, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, dijo: “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”.

11 Cfr. Corte Constitucional. Sentencias T-287-01, M.P. Alvaro Tafur Gálvis; T-686-01, M.P. Rodrigo Escobar Gil y T-356-02, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

12 Sent. T-223/98 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

13 Cfr. Sentencia T-179/93

14 Sentencia T-223 de 1998. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

15 Al respecto pueden consultarse, entre otras, las sentencias SU-491 de 1993 y T-179 de 1993

16 Sentencia T-223 de 1998.

17 Cfr. Sentencia T-223 de 1998, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa