

## Sentencia T-705/16

### FAMILIA-Diversas formas de constituirla

En el ordenamiento jurídico colombiano se reconocen diferentes formas de conformar familia ya sea a través de vínculos naturales o jurídicos, entre ellas, encontramos las familias monoparentales, conformadas por un solo progenitor y sus hijos, las ensambladas que son aquellas donde “uno o ambos de sus integrantes tiene hijos provenientes de un casamiento o relación previa”, y las que surgen a través del matrimonio o de la unión marital de hecho.

### IGUALDAD ENTRE TODAS LAS FORMAS DE FAMILIA-Protección constitucional

#### FILIACION-Tipos

La filiación puede ser matrimonial, extramatrimonial y adoptiva. La filiación matrimonial se da cuando el nacimiento se produce después de celebrado el matrimonio, en este caso se presume que el padre del recién nacido es el cónyuge de la madre; la extramatrimonial consiste en que el hijo nace en vigencia de una unión marital de hecho declarada, en el evento en que dicha unión no se dé, el padre de manera voluntaria deberá realizar el reconocimiento o se le debe atribuir dicha condición judicialmente; la filiación por adopción es la que se deriva del acto jurídico mediante el cual se crea un vínculo de parentesco entre dos personas, de forma tal que establece una relación análoga a la que resulta de la paternidad.

#### HIJO LEGITIMO-Expresión inconstitucional

La expresión “legítimo” cuando se refiere a hijos ha sido declarada inconstitucional por la Corte en diversas oportunidades por considerarla discriminatoria; todos los hijos sin importar su origen filial son iguales ante la ley, por lo tanto, gozan de los mismos derechos y obligaciones.

#### PARENTESCO CIVIL-Definición según el Código Civil

#### PATRIA POTESTAD-Definición

La patria potestad es una institución que impone el reconocimiento de derechos y obligaciones a los padres respecto de los hijos no emancipados.

#### FAMILIAS DE CRIANZA-Reconocimientos en la jurisprudencia

La familia de crianza ha acogido a los menores como si fueran sus hijos, derivándose entre los niños y los miembros de la familia de crianza relaciones con fuertes lazos de solidaridad, afecto y respeto, además de asumir la totalidad de los gastos de los menores.

#### HIJOS DE CRIANZA-Desarrollo jurisprudencial

#### DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO-Alcance y contenido

IGUALDAD ENTRE TODAS LAS FORMAS DE FAMILIA-Orden al ICBF establecer si los menores cumplen las condiciones para ser considerados hijos de crianza y se les puedan extender los beneficios educativos convencionales solicitados

Referencia: Expediente T-5.712.565

Acción de tutela interpuesta por Efrén Rodríguez Pantoja y Oscar Hernán Osorio Agudelo a través de la Unión Sindical EMCALI, USE contra EMCALI EICE ESP.

Magistrado Ponente:

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Bogotá, D.C., catorce (14) de diciembre de dos mil dieciséis (2016)

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Gloria Stella Ortiz Delgado y Alejandro Linares Cantillo, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

#### SENTENCIA

#### I. ANTECEDENTES

#### A. LA DEMANDA DE TUTELA

1. La Unión Sindical EMCALI, en representación de sus afiliados los señores Efrén Rodríguez Pantoja y Oscar Hernán Osorio Agudelo, interpuso acción de tutela solicitando que se le ordene a EMCALI EICE ESP el reconocimiento de los auxilios educativos reconocidos en el artículo 52 de la convención colectiva a los hijos de crianza.

## B. HECHOS RELEVANTES

2. Desde el 15 de septiembre de 2015 y hasta el 16 de septiembre de 2020, la Unión Sindical EMCALI (en adelante “USE”) firmó acuerdo convencional estableciendo en el artículo 52 que los auxilios educativos de preescolar, primaria, bachillerato, pregrado, posgrado, educación para el trabajo y desarrollo humano serían para los hijos, cónyuge y/o compañero permanente de los afiliados o beneficiarios.

3. A dicha unión sindical están afiliados los trabajadores Efrén Rodríguez Pantoja y Oscar Hernán Osorio Agudelo. A continuación se expone el caso particular de cada uno de ellos.

4. De acuerdo con lo manifestado en la demanda de tutela, desde el 21 de febrero de 2013 conviven en unión marital de hecho Jhovanna Carolina Martínez Reyes y Efrén Rodríguez Pantoja quien es afiliado a la USE.

5. El 9 de marzo de 2015, los señores Efrén Rodríguez Pantoja y Jhovanna Carolina Martínez Reyes contrajeron matrimonio[1], siendo esta última madre de los menores Jhoan Sebastián Solís Martínez[2] y de Alisson Valentierra Martínez[3] de 13 y 6 años respectivamente.

6. Desde el 21 de febrero de 2013, el señor Efrén Rodríguez Pantoja ha asumido las obligaciones de padre de los menores Jhoan Sebastián Solís Martínez y Alisson Valentierra Martínez quienes “lo reconocen como la persona que responde y ve por ellos en todos los aspectos, económicos, de salud, alimentos, vivienda, educación y en general de los que necesiten para su sustento diario”[4].

7. El señor Efrén Rodríguez Pantoja afirmó que los menores son sus beneficiarios en la EPS Comfenalco y en la caja de compensación familiar Comfenalco, en la que son reconocidos como sus hijos de crianza[5].

8. El 5 de enero de 2016, el señor Harold Viáfara González en calidad de directivo de la USE, presentó petición ante EMCALI EICE ESP solicitando el reconocimiento de los auxilios educativos de los hijos de crianza del señor Efrén Rodríguez Pantoja.

9. El 15 de enero de 2016, mediante oficio No. 832.1-DGL-0276, EMCALI negó la solicitud, aduciendo que los menores Jhoan Sebastián Solís Martínez y Alisson Valentierra Martínez, al no ser hijos biológicos ni adoptivos del señor Efrén Rodríguez Pantoja no pueden acceder a los beneficios solicitados[6].

## Caso No. 2

10. De acuerdo con lo manifestado en la demanda de tutela, desde el año 2001 los señores Oscar Hernán Osorio Agudelo (afiliado a la USE) y Lucero Vargas Ramírez conviven en unión marital de hecho. De dicha unión nació la menor Tatiana Osorio Vargas de 8 años. A su vez viven con Katherine Mosquera Vargas[7], de 16 años, quien es hija de Lucero Vargas.

11. Desde ese año el señor Oscar Hernán Osorio Agudelo ha asumido obligaciones de padre con los menores Katherine Mosquera Vargas y Tatiana Osorio Vargas y ambas lo reconocen como la persona que les suministra todo lo que necesitan para tener una vida en condiciones dignas[8].

12. Las menores Katherine Mosquera Vargas y Tatiana Osorio Vargas están afiliadas por cuenta del señor Oscar Hernán Osorio Agudelo a la EPS Comfenalco y a la caja de compensación familiar Comfenalco, por ser consideradas como sus hijas de crianza[9].

13. El 16 de febrero de 2016 el presidente y representante legal de la USE, le solicitó a EMCALI que hicieran extensivos los auxilios educativos a los hijos de crianza de los afiliados[10]. EMCALI no alcanzó a dar respuesta a dicha petición por cuanto la acción de tutela fue interpuesta al día siguiente, esto es, el 17 de febrero de 2016.

14. Como consecuencia de lo expuesto, en los escritos de ambos expedientes, se solicita que se amparen los derechos fundamentales a la igualdad, a la educación, a la no discriminación y a la unidad familiar de los hijos de crianza de los afiliados a la USE, los cuales están siendo vulnerados por EMCALI.

15. Con fundamento en lo anterior, solicitan que se le ordene a la accionada reconocer de inmediato los auxilios educativos a los hijos de crianza de todos los afiliados a la USE.

#### C. RESPUESTA DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS

16. Mediante auto del 18 de febrero de 2016, el Juzgado 15 Penal Municipal de Cali, Valle del Cauca, admitió la demanda de tutela, puso en conocimiento y vinculó a EMCALI EICE ESP para que se pronunciara sobre los hechos de la demanda y aportara las pruebas que considerara necesarias[11].

17. EMCALI EICE ESP aseguró que las pretensiones de la demanda de tutela no pueden ser definidas por el juez constitucional, por cuanto persiguen una finalidad de carácter económico y discute los beneficiarios de los auxilios económicos para educación contenidos en los actos administrativos de convención colectiva, los cuales pueden ser demandados ante la jurisdicción competente.

En la mencionada convención colectiva quedaron estipuladas las obligaciones adquiridas por EMCALI respecto de los trabajadores oficiales afiliados a la USE y de los beneficiarios de la convención colectiva. En el artículo 52 de la convención colectiva se estableció de manera puntual que EMCALI destinará \$6.000.000.000 anuales para reconocerle a los trabajadores, a los hijos (naturales y adoptivos) y al cónyuge o compañero permanente los auxilios educativos cuando a ello haya lugar. Tanto en dicho artículo como en las resoluciones que reglamentaron este punto no hacen referencia a los hijos de crianza.

De otra parte, aseguró que los beneficios educativos están regulados en la Resolución 001744 del 02 de noviembre de 2012 y 001825 del 16 de octubre de 2014 y que tienen fuerza normativa y vinculante para las partes, lo que supone que no se puede desconocer. Al respecto, el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo establece que “cuando la ley exija determinada solemnidad ad substantiam actus, no se podrá admitir su prueba por otro medio”[12].

Afirmó que el accionante pretende desconocer la convención colectiva y los actos administrativos que regulan los beneficios educativos (Resolución 001744 del 02 de noviembre de 2012 y 001825 del 16 de octubre de 2014), los cuales tienen un carácter

general. En caso de desacuerdo, cualquier interesado podía solicitar la nulidad dentro de los 4 meses siguientes a su expedición, a través de la vía jurisdiccional, sin embargo, dicho lapso ya expiró, lo que implica que la acción de tutela se está utilizando para revivir el mencionado término.

Es importante tener en cuenta que el actor al ser directivo y miembro de la USE conoce la convención y la reglamentación de los beneficios educativos, por lo que no se entiende, si no estaba de acuerdo con lo allí dispuesto, por qué no demandó las disposiciones objeto de controversia.

En cuanto a la interpretación y aplicación de normas convencionales, aseveró que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia 21235 de abril 21 de 2004, manifestó lo siguiente:

“También cabe recordar que por imperativo legal los contratos y convenios entre particulares -y la convención no es otra cosa diferente a un acuerdo de voluntades sui generis- deben interpretarse ateniéndose más a la intención que tuvieron quienes lo celebraron, si dicha intención es claramente conocida, que a las palabras de que se hayan servido los contratantes. Esta regla de interpretación está expresada en el artículo 1618 del Código Civil, y aun cuando referida en principio a los contratos de derecho común, también debe ser tomada en consideración por los jueces del trabajo; y dado que el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo faculta a los jueces laborales para que en las instancias aprecien libremente la prueba, es un deber de la Corte, en su condición de tribunal de casación y en todos los casos en que no se configure error de hecho manifiesto, respetar las apreciaciones razonadas que de la convención colectiva de trabajo -mirada ella como prueba de las obligaciones que contiene-- haga el Tribunal fallador”[13].

Conforme a ello en materia de interpretación de la convención colectiva es necesario tomar en consideración la regla según la cual se debe acoger la intención de las partes si ella es claramente conocida.

En cuanto a la procedencia de la acción de tutela, manifestó que este mecanismo es inidóneo para obtener beneficios económicos y que sólo procede cuando: (a) se trata de la amenaza o vulneración de un derecho fundamental; (b) no hay mecanismos de defensa judicial y (c) existe un perjuicio irremediable. En este caso, EMCALI aseguró que los

accionantes pueden acudir a las vías ordinarias, las cuales resultan idóneas y eficaces.

Debido a lo expuesto, solicitó que la acción de tutela sea declarada improcedente por cuanto no cumple con el requisito de subsidiariedad y no existe perjuicio irremediable.

#### D. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN

Primera instancia: Sentencia proferida por el Juzgado Quince Penal Municipal de Cali, Valle del Cauca, el 2 de marzo de 2016

18. Este despacho declaró improcedente el amparo solicitado por el señor Harold Viáfara González en calidad de dirigente sindical, al considerar que la pretensión es netamente económica y no involucra derechos fundamentales, por lo que puede acudir a la jurisdicción ordinaria o contencioso administrativa.

Agregó que la acción de tutela se caracteriza por ser subsidiaria, residual y proteger derechos fundamentales, lo que implica que cuando existe otro mecanismo judicial esta no es procedente, a no ser que sea utilizada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Dicho perjuicio debe: (i) ser inminente o estar próximo a suceder; (ii) ser grave, lo que supone un detrimento en un bien moral o material altamente significativo para la persona; y (iii) requerir medidas urgentes para superar el daño. La jurisprudencia constitucional exige que quien alegue el perjuicio irremediable lo pruebe, debiendo ser valorado respecto de la amenaza o afectación de un derecho fundamental y no de consecuencias económicas o comerciales.

Al analizar el caso concreto, aseguró que no se evidencia que se cumpla con las características del perjuicio irremediable y tampoco se demuestra la vulneración a los derechos fundamentales invocados.

Impugnación: presentada por la parte actora el 5 de abril de 2016[14]

19. Manifestó que si bien la prestación es de contenido económico, lo que se pretende es la protección del derecho fundamental a la educación de los menores. Además, lo pedido no le genera a EMCALI una mayor erogación económica de acuerdo con lo previsto en el artículo 52 de la convención colectiva.

En cuanto al perjuicio irremediable aseguró que el mismo se configura cuando EMCALI niega el derecho a la educación de los hijos menores de los trabajadores oficiales y cuando desconoce los derechos a la igualdad, a la no discriminación, a la unidad familiar y a la integración familiar.

Reprochan la sentencia de primera instancia al considerar que: (i) no analizó de manera integral las pretensiones y argumentos expuestos, (ii) no se pronunció sobre el derecho a la educación de los niños, (iii) no tuvo en cuenta el precedente constitucional aplicable, (iv) no protegió de manera transitoria los derechos invocados, (v) ignoró que la jurisprudencia constitucional ha protegido el derecho a la salud, a la educación y ha concedido beneficios educativos a hijos de crianza y (vi) no vislumbró el perjuicio irremediable que EMCALI le causa a los menores.

Debido a los argumentos expuestos solicitó que la sentencia impugnada sea revocada. Además, pretende que: (i) se obligue a EMCALI a reconocer los mismos derechos a los hijos, sin importar si son hijos de crianza o no, (ii) se reconozca de manera transitoria y hasta que la jurisdicción competente resuelva la controversia el derecho a la educación de los hijos de crianza y (iii) se le advierta a la accionada no seguir incurriendo en la conducta atacada.

Segunda instancia: Sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Penal del Circuito de Cali, Valle del Cauca, el 5 de mayo de 2016

20. Confirmó la decisión del a-quo. A su vez, agregó que la jurisprudencia constitucional ha garantizado el derecho a la igualdad entre los hijos y, por lo tanto, le ha reconocido derechos a los hijos de crianza, respetando la pluralidad de familias que pueden existir en el país. A su vez, sostuvo que el derecho a la educación de los niños y adolescentes adquiere el carácter de fundamental cuando se encuentra amenazado otro derecho fundamental y cuando el titular del derecho es un sujeto de especial protección constitucional.

En cuanto a los derechos a la no discriminación, integración familiar y unidad familiar aseveró que la Corte Constitucional ha manifestado que no se debe discriminar a los hijos de un sólo cónyuge, por cuanto esta es una forma de conformar familia. El ad-quem afirmó que en las sentencias T-050 de 2015 y T-519 de 2015 “se protegió el derecho de los hijos aportados al matrimonio por uno de los miembros de la pareja, atendiendo que son sujetos

de los mismos derechos y deberes, por ende todos los hijos que conforman la familia”[15], precedente que no se ha tenido en cuenta por EMCALI y por los directivos sindicales de la USE al suscribir la convención colectiva.

De otra parte, al detenerse en el caso concreto, el ad-quem aseguró que los accionantes piden que se realice un control constitucional a la convención colectiva y que se le ordene a EMCALI reconocer el auxilio educativo a todos los hijos de crianza de los trabajadores afiliados a la USE, pretensión que va más allá de los efectos inter partes que tiene la acción de tutela.

A su vez, consideró que no se demostró de manera sumaria que los menores estén sufriendo un perjuicio por la falta del pago del auxilio educativo, por el contrario, los padres aparentemente han venido sufragando dichos gastos por cuenta propia. Tampoco se cumplió con los presupuestos jurisprudenciales que ameriten de manera urgente la intervención del juez constitucional con el fin de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Aclaró que si bien el caso estudiado en la sentencia T-070 de 2015 puede ser similar al presente, difieren en que en dicha providencia la acción de tutela fue interpuesta de manera directa por los interesados quienes lograron demostrar que la interpretación literal de la convención colectiva los afectaba.

Finalmente, consideró que no se cumplió con el requisito de legitimación en la causa por activa, por cuanto no se desvirtuó que los padres de crianza o las madres en calidad de representantes legales de los menores, hayan podido interponer la acción de tutela de manera directa.

#### **E. ACTUACIONES ADELANTADAS ANTE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y PRUEBAS RECAUDADAS EN SEDE DE REVISIÓN**

Mediante Auto del 28 de octubre de 2016, el Magistrado Sustanciador ordenó que por Secretaría General, se oficiara a la Unión Sindical EMCALI “USE”, Efrén Rodríguez Pantoja, Oscar Hernán Osorio Agudelo y al ICBF Regional Valle del Cauca, con el fin de que dieran respuesta a las siguientes solicitudes:

21. A la Unión Sindical EMCALI "USE" para que enviara copia de los estatutos del sindicato Unión Sindical EMCALI "USE" y copia del acuerdo convencional suscrito por la Unión Sindical EMCALI "USE" y EMCALI EICE-ESP, con vigencia desde el 15 de septiembre de 2015 y hasta el 16 de septiembre de 2020; así como las modificaciones y demás documentos concordantes.

22. A la Unión Sindical EMCALI para que por intermedio de esta, le solicite al trabajador y asociado Efrén Rodríguez Pantoja que informara cuál es la actividad económica de la señora Jhovanna Carolina Martínez Reyes, cuál es su ingreso base de cotización y a cuál EPS se encuentra afiliada. Esta información también se le pidió de manera directa al señor Efrén Rodríguez Pantoja.

A su vez, se les pidió que remitieran la siguiente información:

(a) Cuál es la cuota alimentaria o el aporte que realiza el señor Emilio Solís para cubrir los gastos del menor Jhoan Sebastián Solís Martínez.

(b) Cuál es la cuota alimentaria o el aporte que realiza el señor Neyser Valentierra Cifuentes para cubrir los gastos de la menor Alisson Valentierra Martínez.

(c) En caso que alguno de los padres de los menores Jhoan Sebastián Solís Martínez y Alisson Valentierra Martínez incumplan su obligación alimentaria, informar qué medidas ha adoptado la señora Jhovanna Carolina Martínez Reyes y enviar la prueba correspondiente.

(d) Copia del certificado de afiliación de los menores Jhoan Sebastián Solís Martínez y Alisson Valentierra Martínez a la EPS, en el que se evidencie la fecha de ingreso.

(e) Si los menores Jhoan Sebastián Solís Martínez y Alisson Valentierra Martínez son beneficiarios de otra convención colectiva

23. Al ICBF Regional Valle del Cauca para que requiriera al Defensor de Familia del centro zonal más cercano al lugar de residencia de los menores Jhoan Sebastián Solís Martínez y Alisson Valentierra Martínez para que lleve a efecto, de manera separada o conjunta con Jhovanna Carolina Martínez Reyes y Efrén Rodríguez Pantoja, una reunión con los menores Jhoan Sebastián Solís Martínez y Alisson Valentierra Martínez. Una vez concluidas las reuniones deberá elaborar y remitir a esta Corporación, un informe que

indique o contenga:

(a) La caracterización de las relaciones existentes entre Jhoan Sebastián Solís Martínez y Alisson Valentierra Martínez y los señores Jhovanna Carolina Martínez Reyes y Efrén Rodríguez Pantoja.

(b) Una explicación acerca de la identificación de la figura paterna por parte de los menores Jhoan Sebastián Solís Martínez y Alisson Valentierra Martínez, así como las razones que la explican.

(c) El tipo de relación que existe o puede constatarse entre el menor Jhoan Sebastián Solís Martínez y su padre el señor Emilio Solís.

(d) El tipo de relación que existe o puede constatarse entre la menor Alisson Valentierra Martínez y su padre el señor Neyser Valentierra Cifuentes.

24. A la Unión Sindical EMCALI para que por intermedio de esta, le solicite al trabajador y asociado Oscar Hernán Osorio Agudelo que informara: (i) cuál es la actividad económica de la señora Lucero Vargas Ramírez, cuál es su ingreso base de cotización y a cuál EPS se encuentra afiliada. Esta información también se le solicitó de manera directa al señor Oscar Hernán Osorio Agudelo.

A su vez, se les pidió que remitieran la siguiente información:

(a)Cuál es la cuota alimentaria o el aporte que realiza el señor Emilio Solís para cubrir los gastos del menor Jhoan Sebastián Solís Martínez.

(b) En caso que el padre de la menor Katherine Mosquera Vargas incumplan su obligación alimentaria, informar que medidas ha adoptado la señora Lucero Vargas Ramírez y enviar la prueba correspondiente.

(c) Copia del certificado de afiliación de la menor Katherine Mosquera Vargas a la EPS, en el que se evidencie la fecha de ingreso.

(d) Si la menor Katherine Mosquera Vargas es beneficiaria de otra convención colectiva.

25. Al ICBF Regional Valle del Cauca para que requiriera al Defensor de Familia del

centro zonal más cercano al lugar de residencia de la menor Katherine Mosquera Vargas para que lleve a efecto, de manera separada o conjunta con Oscar Hernán Osorio Agudelo y Lucero Vargas Ramírez, una reunión con la menor Katherine Mosquera Vargas. Una vez concluidas las reuniones deberá elaborar y remitir a esta Corporación, un informe que indique o contenga:

(a) La caracterización de las relaciones existentes entre Katherine Mosquera Vargas y los señores Oscar Hernán Osorio Agudelo y Lucero Vargas Ramírez.

(b) Una explicación acerca de la identificación de la figura paterna por parte de la menor Katherine Mosquera Vargas, así como las razones que la explican.

(c) El tipo de relación que existe o puede constatarse entre la menor Katherine Mosquera Vargas y su padre el señor Gelber Julio Mosquera Ortiz.

Respuesta a la solicitud de pruebas

El 23 de noviembre de 2016, la Secretaría General informó que el oficio librado al señor Efrén Rodríguez Pantoja fue devuelto por la oficina de correo 472 con la anotación “no existe”[16]. A su vez, el 29 de noviembre del año en curso, advirtió que fue recibida la respuesta suscrita por Harold Viáfara González y José Roosevelt Lugo, Oscar Hernán Osorio Agudelo y Efrén Rodríguez Pantoja.

26. Harold Viáfara González y José Roosevelt Lugo como representantes de la USE enviaron copia de los estatutos de la organización sindical y de la convención vigente entre EMCALI y la USE. Además, manifestaron que el cubrimiento de los beneficios educativos para los hijos de crianza no implica aumentar el presupuesto por parte de EMCALI, puesto que los recursos quedaron garantizados de acuerdo con lo dispuesto en el parágrafo 8 del artículo 52 de la convención[17].

Posteriormente el señor Harold Viáfara González, envió escrito en el que citó algunos apartes de la sentencia T-070 de 2015[18].

27. El señor Oscar Hernán Osorio Agudelo aseveró respecto de Lucero Vargas Ramírez que: (i) es ama de casa, (ii) depende económicamente de él y por lo tanto, está afiliada a salud en calidad de beneficiaria y, (iii) hasta el momento no ha adelantado

ninguna gestión ante la comisaria de familia de Cali. Así mismo informó, que la hermana del señor Gelber Julio Mosquera Ortiz le entrega a la señora Lucero Vargas Ramírez \$150.000 cada dos o tres meses para los alimentos de Katherine Mosquera Vargas, lo cual no cubre los gastos de la menor, por tal motivo, el señor Oscar Hernán es quien suplende las necesidades básicas de Katherine Mosquera Vargas.

Finalmente, manifestó que el reconocimiento del beneficio educativo a su hija de crianza Katherine Mosquera Vargas no implica una mayor erogación económica a EMCALI[19].

28. El señor Efrén Rodríguez Pantoja manifestó respecto de Carolina Martínez Reyes que: (i) es ama de casa, (ii) depende económicamente de él y por lo tanto, está afiliada a salud en calidad de beneficiaria y, (iii) “adelantó ante la comisaria de familia de Cali, la respectiva citación para que cumpla con su obligación, pero todo ha sido infructuoso”[20]. Así mismo informó, que el señor Neyser Valentierra Cifuentes no asume su obligación alimentaria respecto de Alisson Valentierra Martínez, por lo que la posibilidad de estudiar de Alisson se la brinda Efrén Rodríguez Pantoja a través del acuerdo convencional.

Anexó copia del acta de conciliación adelantada por Carolina Martínez Reyes ante la Comisaria Octava de Familia del barrio Villanueva de Cali.

Finalmente, manifestó que el reconocimiento del beneficio educativo a sus hijos de crianza Jhoan Sebastián Solís Martínez y Alisson Valentierra Martínez no implica una mayor erogación económica a EMCALI[21].

29. Vencido el término probatorio, el ICBF no allegó el informe solicitado.

## II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

### A. COMPETENCIA

30. La Corte Constitucional es competente para revisar la decisión judicial mencionada, con base en la Constitución Política -artículos 86 y 241.9- y lo desarrollado en el Decreto 2591 de 1991 -artículos 31 a 36-, así como en virtud del Auto del 30 de agosto de 2016, expedido por la Sala de Selección de Tutela Número Ocho de esta Corte, que decidió someter a revisión las decisiones adoptadas por los jueces de instancia.

## B. CUESTIONES PREVIAS –PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA

### Procedencia de la acción de tutela – Caso concreto

31. Legitimación por activa: La acción de tutela fue interpuesta por Harold Viáfara González y José Roosevelt Lugo Cárdenas en calidad de directores sindicales de la Unión Sindical EMCALI “USE”, quienes solicitan la protección de los derechos de sus afiliados Efrén Rodríguez Pantoja y Oscar Hernán Osorio Agudelo. Lo anterior, encuentra fundamento constitucional en el artículo 86 de la Carta[22] y en la jurisprudencia constitucional[23], que establece que una organización sindical podrá presentar acciones de tutela cuando esté invocando la protección de sus derechos fundamentales o los de sus afiliados.

Cuando el sindicato busca la protección de sus propios derechos y esto supone salvaguardar los derechos de sus afiliados, la persona jurídica a través del representante legal podrá interponer acción de tutela. Pero cuando es el trabajador quien busca conseguir beneficios individuales que no vinculan al sindicato, será él mismo quien en nombre propio deba acudir a la tutela. Al respecto, la sentencia T-841 de 2014 reiteró lo manifestado en la T-882 de 2010, que dispuso:

“Si a todos los sindicalizados o a un número significativo de ellos les están siendo vulnerados o amenazados sus derechos fundamentales, nada se opone a que el Sindicato, en cuanto persona jurídica surgida justamente para fortalecerlos frente al patrono, tome a cargo la representación de los afectados, ante comportamientos de aquél que sean contrarios al ordenamiento jurídico o violatorios de sus derechos fundamentales, con el objeto de solicitar a los jueces que impartan las órdenes conducentes al inmediato amparo constitucional” [...] No en vano el artículo 86 de la Carta Política estatuye que la acción de tutela puede intentarla toda persona por sí misma o por quien actúe a su nombre, en búsqueda de protección inmediata y preferente para sus derechos fundamentales violados o amenazados”.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala considera que la USE a través de su representante legal se encuentra legitimada para actuar en representación de los afiliados Efrén Rodríguez Pantoja y Oscar Hernán Osorio Agudelo, por tratarse de una presunta vulneración a los derechos fundamentales que se derivan de la interpretación y aplicación de la convención colectiva.

En este aspecto, la Sala considera pertinente aclarar que si bien la USE solicitó que se le reconozca a sus trabajadores Efrén Rodríguez Pantoja y Oscar Hernán Osorio Agudelo, el beneficio contemplado en el artículo 52 de la convención colectiva, lo que se traduce en una prerrogativa para sus hijos, ello no implica que el sindicato este agenciando los derechos de los menores Jhoan Sebastián Solís Martínez, Alisson Valentierra Martínez y Katherine Mosquera Vargas, pues no estaría legitimado para hacerlo. Además tampoco se podría, al menos en principio, aducir vulneración a los derechos de los menores por parte de EMCALI, por cuanto no existe ningún tipo de vínculo entre los hijos de los tutelantes y la accionada.

Bajo dicha perspectiva, el sindicato puede solicitar la protección de los derechos fundamentales de sus asociados, más cuando la posible vulneración podría relacionarse con el origen familiar y por lo tanto, tratarse de un asunto de discriminación.

A su vez, la Sala considera que los señores Efrén Rodríguez Pantoja y Oscar Hernán Osorio Agudelo al responder la solicitud de pruebas realizada por la Sala Tercera de Revisión mediante auto de fecha 28 de octubre de 2016, ratificaron los hechos y la pretensión de la demanda de tutela, en la que se solicitó extender el beneficio educativo contemplado en el artículo 52 de la convención colectiva para los hijos adoptivos y biológicos a los hijos de crianza. En este sentido la Sala considera que los señores Efrén Rodríguez Pantoja y Oscar Hernán Osorio Agudelo también están legitimados por activa para interponer la presente acción de tutela.

32. Legitimación por pasiva: La acción de tutela se dirige contra EMCALI EICE ESP., empresa pública encargada de la prestación de servicios públicos y, como tal es demandable en proceso de tutela[24].

33. Inmediatez: Caso 1. El 5 de enero de 2015, el señor Harold Viáfara González en calidad de directivo de la USE, presentó petición ante EMCALI EICE ESP solicitando el reconocimiento de los auxilios educativos de los hijos de crianza del señor Efrén Rodríguez Pantoja. EMCALI, el 15 de enero de 2016 a través del oficio No. 832.1-DGL-0276, EMCALI negó la solicitud aludida.

Caso 2. El 16 de febrero de 2016, el representante legal de la USE, le solicitó a EMCALI que hiciera extensivos los auxilios educativos a los hijos de crianza de los afiliados y la acción de

tutela fue interpuesta el 17 de febrero de 2016, es decir, que para dicho momento, EMCALI aún no había emitido respuesta alguna que permitiera aseverar la amenaza o vulneración de algún derecho, lo que en principio haría improcedente este mecanismo al no existir vulneración a un derecho fundamental. No obstante, de la respuesta otorgada por EMCALI a la acción de tutela, se desprende que la contestación a la petición negaría la solicitud realizada por la USE.

La Sala considera que en ambos casos la interposición de la acción de tutela se hizo dentro de un tiempo razonable y por consiguiente, que se cumple el requisito de inmediatez.

34. Subsidiariedad: La subsidiariedad se deriva del carácter excepcional, preferente y sumario que tiene la acción de tutela, el cual le impone al ciudadano la obligación de acudir a los mecanismos judiciales antes de invocar la protección de los derechos fundamentales a través de la tutela, salvo que de no invocarse se presente la ocurrencia de un perjuicio irremediable, el cual para ser tal exige que sea inminente, grave, que requiera medidas urgentes de protección y que la acción de tutela sea impostergable[25].

La Corte Constitucional al analizar la subsidiariedad en la sentencia T-292 de 2016, en donde se estudiaron dos acciones de tutela en las que los accionantes afirmaban que las entidades demandadas, entre ellas el Banco de la República, vulneraban los derechos fundamentales a la igualdad, a la familia y a la seguridad social de los menores de edad que representaban, al no permitirles obtener los beneficios de salud y educación que se otorgaban a los hijos biológicos y adoptados de los trabajadores, alegando que tenían la condición de hijos de crianza. Al respecto manifestó:

“En todo caso, cuando en la acción de tutela se alegue la vulneración o amenaza de derechos fundamentales de menores de edad, siguiendo el artículo 42 constitucional y el numeral 9º del Decreto 2591 de 1991, se torna como el medio idóneo para garantizar la protección oportuna que corresponda. En este sentido, la Corte ha señalado, entratándose de derechos prestacionales, que “la acción de tutela procede cuando se interpone en favor de un menor de edad, sin necesidad de que la relación causal entre la vulneración del derecho prestacional y el perjuicio del derecho fundamental quede demostrada”[26]”.

Finalizó concluyendo que “[e]n el presente caso se estudia la presunta vulneración del

derecho fundamental a la igualdad de tres menores de edad presuntamente discriminados en razón de su filiación, en consecuencia, la acción de tutela se torna en el mecanismo idóneo para estudiar la solicitud de amparo presentada”.

Así mismo, esta Corporación ha analizado varias acciones de tutela similares al presente caso, en las que sin pronunciarse de manera directa sobre la subsidiariedad como requisito de procedibilidad de la acción de tutela, ha declarado su procedencia. Estos son algunos ejemplos:

En la sentencia T-354 de 2016, el actor invocó la protección de la familia, por cuanto Ecopetrol omitió surtir el procedimiento administrativo necesario para inscribir a la madre de crianza del accionante como miembro de su familia, para que pudiera ser beneficiaria de las prerrogativas contenidas en la Convención Colectiva. La empresa negó la extensión de los beneficios, argumentando que solo aplicaban para la madre biológica o adoptiva del trabajador.

La sentencia T-519 de 2015 declaró procedente el amparo solicitado por un pensionado de Ecopetrol que consideraba que dicha organización vulneraba los derechos fundamentales de sus hijastras, al negarse a reconocerlas como miembros de su grupo familiar y, en consecuencia, evitar que fueran beneficiarias de los planes de educación y salud consagrados en la convención colectiva de trabajo celebrada entre la mencionada compañía y sus trabajadores sindicalizados.

En el mismo sentido, en la sentencia T-606 de 2013 se estudió una acción de tutela presentada en contra de Ecopetrol en la que el actor pidió que se inscribiera a la hija de su compañera permanente como integrante de su familia, a efectos de que le fueran extendidos los beneficios que la Convención Colectiva estipulaba para los integrantes del núcleo familiar de los trabajadores.

Teniendo en cuenta los precedentes citados, la acción de tutela es procedente cuando pese a que la pretensión aparentemente sea de carácter económico, se amenazan o vulneran los derechos fundamentales de los trabajadores. En el presente caso se evidencia que los trabajadores Efrén Rodríguez Pantoja y Oscar Hernán Osorio Agudelo, a través de la USE, le solicitaron a EMCALI que les reconozca a ellos y como consecuencia, a sus hijos de crianza, el beneficio educativo contemplado en el artículo 52 de la convención colectiva y que les es

reconocido a los hijos biológicos y adoptivos de los otros trabajadores.

La situación planteada, y sin entrar en este acápite a analizar el fondo de la misma, podría estar afectando el derecho fundamental a la igualdad por el origen familiar en torno al reconocimiento de derechos convencionales reconocidos a los trabajadores que tienen hijos biológicos y adoptivos respecto de aquellos que aducen tener hijos de crianza. Dicha realidad podría tener incidencia en la respuesta otorgada por EMCALI a la solicitud planteada por los trabajadores, lo que eventualmente afectaría el derecho fundamental al debido proceso.

Por las razones expuestas, la Sala considera que en el presente caso se podrían estar afectando los derechos fundamentales de los trabajadores, pese a que la petición pueda ser de contenido económico. Así las cosas la acción de tutela es el mecanismo idóneo para proteger los derechos invocados por los accionantes.

#### C. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO, MÉTODO Y ESTRUCTURA DE LA DECISIÓN

Acorde con los fundamentos fácticos expuestos, le corresponde a la Sala Tercera de Revisión determinar si ¿EMCALI EICE ESP vulneró los derechos a la igualdad y al debido proceso de los trabajadores Efrén Rodríguez Pantoja y Oscar Hernán Osorio Agudelo al no examinar, determinar y motivar si los menores Jhoan Sebastián Solís Martínez, Alisson Valentierra Martínez y Katherine Mosquera Vargas pueden ser considerados hijos de crianza de los accionantes y por lo tanto, si podían acceder a los auxilios educativos para los hijos adoptivos o biológicos contemplados en el artículo 52 de la convención colectiva suscrita entre EMCALI y la USE?

35. Con el fin de resolver el problema jurídico planteado la Sala analizará la familia y las formas de constituirla, los hijos, la filiación, el parentesco y la patria potestad y, los hijos de crianza y el tratamiento otorgado por la jurisprudencia. Finalmente, se resolverá el caso concreto.

#### D. LA FAMILIA Y LAS FORMAS DE CONSTITUIRLA

36. La familia es una realidad sociológica que antecede a la sociedad y al Estado. La jurisprudencia constitucional ha definido a la familia 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”[27].

La familia como pilar esencial de la sociedad pretende que dentro de un ambiente de respeto, amor, solidaridad, apoyo, igualdad, intimidad, derechos y obligaciones, sus integrantes logren un equilibrio y estabilidad que les permita desarrollarse a plenitud. Ha dicho la Corte que “[e]ntre sus fines esenciales se destacan la vida en común, la ayuda mutua, la procreación, el sostenimiento y la educación de los hijos. En consecuencia, tanto el Estado como la sociedad deben propender a su bienestar y velar por su integridad, supervivencia y conservación. Lineamientos que permearon su reconocimiento político y jurídico en la Constitución de 1991”[28] .

37. Debido a su importancia, la familia cuenta con un régimen constitucional y legal cuya base se encuentra consagrada en el artículo 5° de la Constitución que confía al Estado el amparo de la “familia como institución básica de la sociedad” y en el artículo 42 de la Carta que establece que “[l]a familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”.

De lo anterior se desprende que el constituyente dejó en plano de igualdad la familia que surge de la voluntad responsable de las partes para conformarla y la que tiene origen en el matrimonio. Al respecto, la sentencia C-577 de 2011, afirmó:

“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”.

Recientemente, la sentencia T-292 de 2016, aseveró:

“El concepto de esta institución social puede estudiarse, entre otras, desde dos ópticas, por lo general, complementarias entre sí. La primera, concibiéndola como un conjunto de personas emparentadas por vínculos naturales o jurídicos, unidas por lazos de solidaridad, amor y respeto, y caracterizadas por la unidad de vida o de destino, presupuestos que, en su mayoría, se han mantenido constantes. La segunda, se puede desarrollar en consideración a sus integrantes, desde esta perspectiva el concepto de familia se ha visto permeado por una realidad sociológica cambiante que ha modificado su estructura. En este sentido se ha señalado 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”.

38. Sin embargo, estas no son las únicas disposiciones constitucionales que están relacionadas con la familia, pues el artículo 13 proscribiera cualquier tipo de discriminación, entre otras, por razones de origen familiar, el artículo 15 establece el derecho a la intimidad familiar, el artículo 28 dispone que “nadie puede ser molestado en su persona o familia”, el artículo 33 prohíbe que una persona sea obligada a “declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil”, y el artículo 44 consagra el derecho de los niños a “tener una familia y no ser separados de ella”.

39. De igual manera, la familia goza de protección en diversos instrumentos internacionales en los cuales se indica que el Estado debe garantizar a la familia asistencia, respecto y protección. También hacen un llamado a que se adopten medidas tendientes a garantizar la igualdad y protección de los hijos que la componen. Entre dichos instrumentos se encuentra la Convención Americana sobre Derechos Humanos[29], artículos 11, 17 y 19; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[30], artículos 17, 23 y 24, la Declaración Universal de los Derechos Humanos[31], artículo 16, ordinal 3º y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[32], artículos 7º, 10 y 11[33].

40. De lo anterior se desprende que la jurisprudencia constitucional ha reconocido a la familia como una realidad social de todos los tiempos, que goza de una amplia regulación a nivel interno e internacional que busca garantizar bienestar y velar por su supervivencia, conservación e integridad. La familia puede ser conformada por vínculos naturales o jurídicos y varía según sea su composición familiar.

41. Como ya se advirtió, en el ordenamiento jurídico colombiano se reconocen diferentes formas de conformar familia ya sea a través de vínculos naturales o jurídicos, entre ellas, encontramos las familias monoparentales, conformadas por un solo progenitor y sus hijos, las ensambladas que son aquellas donde “uno o ambos de sus integrantes tiene hijos provenientes de un casamiento o relación previa”[34], y las que surgen a través del matrimonio o de la unión marital de hecho.

42. Los hijos que hacen parte de dichas familias pueden ser biológicos (cuando los padres han contribuido con la mitad de la estructura genética del niño), adoptivos (cuando se prohija como hijo a quien no lo es por lazos de la sangre[35]), o de crianza (cuando “un menor ha sido separado de su familia biológica y ha sido cuidado por una familia distinta durante un período de tiempo lo suficientemente largo como para que se hayan desarrollado vínculos afectivos entre el menor y los integrantes de dicha familia”[36]).

## E. LOS HIJOS, LA FILIACIÓN, EL PARENTESCO Y LA PATRIA POTESTAD

### Los hijos y la filiación

43. Los asuntos relativos a la filiación y al estado civil de las personas son considerados como de orden público, por lo tanto, son de competencia exclusiva del Legislador, tal y como se desprende del artículo 42 de la Constitución Política y de la sentencia C-258 de 2015.

44. La filiación puede ser matrimonial, extramatrimonial y adoptiva. La filiación matrimonial se da cuando el nacimiento se produce después de celebrado el matrimonio, en este caso se presume que el padre del recién nacido es el cónyuge de la madre; la extramatrimonial consiste en que el hijo nace en vigencia de una unión marital de hecho declarada, en el evento en que dicha unión no se dé, el padre de manera voluntaria deberá realizar el reconocimiento o se le debe atribuir dicha condición judicialmente[37]; la

filiación por adopción es la que se deriva del acto jurídico mediante el cual se crea un vínculo de parentesco entre dos personas, de forma tal que establece una relación análoga a la que resulta de la paternidad[38].

45. La filiación tiene como efecto la declaratoria de paternidad, lo que trae como consecuencia el hecho de que el hijo tiene un “padre a quien le podrá reclamar el cumplimiento de los deberes, siempre que sean a favor del hijo”[39]. Los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos están establecidos en el Título XII del Código Civil.

46. El Legislador en el artículo 1° de la Ley 29 de 1982, adicionó el artículo 250 del Código Civil estableciendo que “[l]os hijos son legítimos, extramatrimoniales y adoptivos y tendrán iguales derechos y obligaciones”. En cuanto a la expresión “legítimos” contenida en las mencionadas disposiciones, la Corte Constitucional en la sentencia C-451 de 2016 estudio una demanda en contra de la expresión “legítimos” contenida en el Título XII del Código Civil[40] y en el artículo 252[41] de la mencionada disposición. Al respecto, manifestó:

“En síntesis, de acuerdo con el mandato constitucional según el cual, los hijos habidos en el matrimonio y los habidos fuera de él gozan de los mismos derechos y deberes, la jurisprudencia constitucional ha rechazado cualquier forma de discriminación entre ellos, esto es, cualquier diferencia de trato que se base únicamente en que los unos son hijos nacidos dentro de un matrimonio y los otros no. Es más, ha reconocido que no existen tipificaciones o clases de hijos, sino que la referencia a matrimoniales, extramatrimoniales y adoptivos tiene su cimiento en los modos de filiación que no pueden ser tenidos en cuenta para ejercer un parámetro de discriminación entre los hijos.

De esta forma, siendo el origen familiar un criterio de distinción constitucionalmente rechazado, la circunstancia de que el nacimiento tenga lugar dentro o fuera del matrimonio no puede conllevar diferencias de trato jurídico en ningún caso, y menos aún en materias directamente relacionadas con el reconocimiento de la personalidad jurídica o con el goce de derechos y de protecciones especiales que deben operar en favor de todos los hijos. De igual forma, los hijos adoptivos tienen igualdad de derechos y obligaciones por cuanto en virtud de la adopción ingresan a la familia y se convierten en parte de ésta.

47. Así mismo, las sentencias C-105 de 1994, C-595 de 1996, C-1026 de 2004 y C-404 de 2013 han declarado inexecutable la expresión “legítimos” contenida en diferentes disposiciones del Código Civil, al considerar que la Constitución de 1991 reconoce la igualdad entre todos los hijos y, en consecuencia, el uso de dicho término resulta discriminatorio y contrario al principio de igualdad material frente a la ley.

48. La sentencia C-145 de 2010 estudió una demanda contra el inciso 2° del numeral 1° del artículo 62 del Código Civil que contenía la frase “cuando se trate de hijos extramatrimoniales” y consagraba una diferenciación de trato entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales. Dicha oración fue declarada inconstitucional al considerar que era discriminatoria puesto que establecía una diferencia de trato entre los hijos por razón del origen. La mencionada providencia manifestó:

“Aplicado los anteriores criterios al caso concreto, observa la Corte que la expresión “Cuando se trate de hijos extramatrimoniales” es inconstitucional, en cuanto consagra una diferencia de trato entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales, por razón de su origen, que resulta a todas luces discriminatoria. En efecto, mediante dicha expresión, la norma acusada introduce un trato diferencial, que sólo encuentra justificación en el origen de uno y otro, entre hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio, pues sólo respecto de estos últimos aplica la regla que prevé la privación de la patria potestad del padre o madre que niega el reconocimiento del hijo y es declarado tal en juicio contradictorio”.

49. La anterior jurisprudencia es concordante con el artículo 13 de la Constitución de 1991, que establece la igualdad de trato sin importar el origen familiar de las personas y con el inciso 6° del artículo 42 de la Carta que dispone “[l]os hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes”.

50. De acuerdo con lo mencionado, es posible concluir que: (i) solo hay tres tipos de filiación: matrimonial, extramatrimonial y adoptiva; (ii) la expresión “legítimo” cuando se refiere a hijos ha sido declarada inconstitucional por la Corte en diversas oportunidades por considerarla discriminatoria; (iii) todos los hijos sin importar su origen filial son iguales ante la ley, por lo tanto, gozan de los mismos derechos y obligaciones y (iv) la distinción entre hijos matrimoniales, extramatrimoniales y adoptivos se fundamenta en los modos de

filiación, lo que implica que ello no puede ser un parámetro de discriminación en los derechos que les asisten.

## El parentesco

El Código Civil establece tres formas de parentesco que son de consanguinidad, civil y afinidad. El parentesco por consanguinidad “es la relación o conexión que existe entre las personas que descienden de un mismo tronco o raíz, o que están unidas por los vínculos de la sangre”[42].

El civil está indicado en el numeral 2°, del artículo 64, del Código de la Infancia y la Adolescencia que dispone que “la adopción establece parentesco civil entre el adoptivo y el adoptante, que se extiende en todas las líneas y grados a los consanguíneos, adoptivos o afines de estos”.

Finalmente, el parentesco por afinidad contenido en el artículo 47 del Código Civil, establece que surge de la relación familiar que existe entre aquellas personas que tienen vínculos matrimoniales o a través de una unión marital de hecho con los parientes del cónyuge o compañero permanente. Éste vínculo cesa por la disolución del matrimonio o la unión marital de hecho.

51. Los asuntos relativos a la filiación y al estado civil de las personas son de orden público y de competencia exclusiva del legislador. Es así, que el legislador en la Ley 29 de 1982, en el Código Civil, específicamente en los Títulos X, XI, XII y XIV, y en el Código de la Infancia y la Adolescencia, al hablar de hijos se refiere de manera exclusiva a los hijos matrimoniales, extramatrimoniales y adoptivos, distinción que como ya se dijo, sólo es válida -prima facie- para efectos de filiación, puesto que gozan de los mismos derechos y obligaciones. A su vez, únicamente es posible establecer parentesco por consanguinidad, afinidad o civil.

## La patria potestad

La patria potestad es una institución definida por el artículo 288 del Código Civil en los siguientes términos:

“La patria potestad el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos

no emancipados, para facilitar a aquéllos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone.

Corresponde a los padres, conjuntamente, el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos. A falta de uno de los padres, la ejercerá el otro.

Los hijos no emancipados son hijos de familia, y el padre o madre con relación a ellos, padre o madre de familia”.

52. La patria potestad, tal y como lo señala la disposición transcrita, se radica en cabeza de ambos padres, sin importar la circunstancia del nacimiento del menor, el tipo de relación existente entre los padres y si alguno de estos convive directamente con el hijo o no. Cuando falta definitivamente alguno de los padres por muerte o incapacidad o cuando se de alguna de las circunstancias previstas en los artículos 310 y 315 del Código Civil y un juez dictamine la suspensión o privación al progenitor de la patria potestad sobre el menor (artículo 311 C.C.), esta sólo será ejercida por el otro padre.

53. El nacimiento genera automáticamente la patria potestad en los eventos que no hay problemas de filiación. Ha dicho la doctrina que “En relación con los hijos extramatrimoniales, la patria potestad para el padre se da con el nacimiento cuando ha reconocido al hijo previamente. De no darse los supuestos anteriores, el padre varón solo entrara a ejercer la patria potestad una vez reconozca el hijo en la forma establecida en la ley”[43].

En síntesis, la patria potestad es una institución que impone el reconocimiento de derechos y obligaciones a los padres respecto de los hijos no emancipados.

#### E. LOS HIJOS DE CRIANZA Y EL TRATAMIENTO OTORGADO POR LA JURISPRUDENCIA

54. De acuerdo a lo expuesto en la sección D de esta providencia, el ordenamiento jurídico sólo reconoce a los hijos matrimoniales, extramatrimoniales y adoptivos, lo que implica que la categoría “hijo de crianza” es de creación jurisprudencial. A continuación la Corte se ocupa de precisar el sentido de las decisiones de este Tribunal, que han analizado la finalidad de este concepto y las características que se deben reunir para que se considere “hijo de crianza”.

55. La sentencia T-278 de 1994, si bien no utilizó la categoría “hijo de crianza”, se podría considerar como el primer pronunciamiento que se ocupa de la materia. En esta sentencia, se estudió el caso de una niña de 10 años, que cuando tenía 5 años fue entregada por su madre a una pareja vinculada por matrimonio quien la cuidó y le brindó amor. Días antes de la interposición de la tutela se presentó un señor en la casa de la menor, quien aseguró ser el padre y tener la intención de llevársela. La menor estaba atemorizada debido a que con dicho señor no la unía ningún tipo de lazo afectivo.

Al valorar las relaciones familiares en la situación analizada indicó la Corte:

“El sentimiento de la niña hacia el matrimonio VARGAS BEDOYA es de gratitud, afecto y amor; como lo indicó expresamente en la demanda de tutela a través del Defensor del Pueblo, “su mundo afectivo, su felicidad y su futuro sólo se hace comprensible alrededor de los esposos VARGAS BEDOYA, quienes la ven como a su verdadera hija.

Contrario sensu, señala no sentir ningún tipo de afecto ni de amor por su madre biológica, quien por lo demás es indiferente a su situación personal y a sus sentimientos.

(...) “Diana Patricia Gutiérrez deba regresar al lado de su madre biológica, cuando ella no puede brindarle el cuidado y la asistencia necesaria, ni menos aún, el amor y la protección de una familia, como la que en la actualidad y desde hace más de cinco años viene otorgándole la familia VARGAS BEDOYA, a la que la niña reconoce como su familia”

Una vez establecida la relación y los estrechos vínculos de afecto, solidaridad y respeto entre la menor y los cónyuges, la Corte protegió a la menor de manera transitoria y ordenó “instituir a la familia VARGAS BEDOYA como Hogar Amigo de la menor DIANA PATRICIA GUTIERREZ UTIMA, mientras se efectúa el proceso de protección de la niña, en los términos previstos en el artículo 57, numeral 3º”.

56. La sentencia T-495 de 1997[44] estudio el caso de un matrimonio, en el que los cónyuges se encargaron de proteger a un menor abandonado (Juan Guillermo) y sostenían haberle brindado afecto, amor, protección, educación y todo lo que necesita un niño para tener un desarrollo físico y emocional adecuado. Así mismo Juan Guillermo, desde que fue adulto se preocupó por retribuir los esfuerzos del matrimonio y empezó a trabajar para sostenerlos y procurarles una digna subsistencia. Juan Guillermo falleció cuando prestaba el

servicio militar, por lo que sus padres, solicitaron al Ministerio de Defensa Nacional el reconocimiento y pago de una indemnización por la muerte de su hijo.

La Corte reconoció el pago de la indemnización por la muerte de su hijo a los accionantes al considerarlos padres de crianza del causante, después de establecer que “las pruebas que obran en el expediente dan fe de esa relación filial: 1) la partida de bautismo expedida por la Parroquia de Nuestra Señora de los Dolores de Medellín, según la cual, Juan Guillermo era “hijo de crianza” de Tomás Enrique Vásquez y Carmen Henao; 2) la constancia de la Parroquia de Santa Beatriz de Silva, de la Arquidiócesis de Medellín, según la cual el 22 de noviembre de 1993 fue sepultado el cadáver de Juan Guillermo Vásquez Henao, hijo de Enrique Vásquez y María del Carmen Henao; 3) las declaraciones extrajuicio de Mario de Jesús Zapata Rodríguez y de Marco Fidel Zapata Zapata, según las cuales existió un verdadero vínculo familiar entre los peticionarios y Juan Guillermo, pues el trato entre ellos fue siempre de padres e hijo”.

57. En la sentencia T-592 de 1997, se analizó el caso de dos hermanos huérfanos de madre y cuyo padre los abandonó cuando tenían 3 y 12 años. Años más tarde, el hermano ingresó a trabajar en la Policía Nacional y estando en servicio murió en un asalto guerrillero. La hermana del causante solicitó que se le ordenará al Ministerio de Defensa, el reconocimiento de los derechos que le corresponden en su condición de madre de crianza de su hermano fallecido.

En este caso, la Corte negó el amparo solicitado por cuanto no fue posible establecer que la relación entre la demandante y su hermano, fuera la de una madre y un hijo. En este sentido afirmó la Corte:

“No existe en el expediente ninguna prueba, que permita deducir que era un hecho notorio que la relación entre los hermanos Giraldo Alzate era la de una madre y su hijo. Sin desconocer que la relación entre estos dos hermanos, posiblemente, fuera muy estrecha, dada la dura realidad que, al parecer, les tocó vivir desde que eran niños. Relación que, por sí misma, no permite cambiar una situación jurídica, hasta el punto de crear, por así decirlo, un nuevo estado civil, es decir, la relación madre-hijo.

En cambio, las pruebas que existen en el expediente, suministradas por la propia demandante, reflejan que la relación familiar era de hermanos”.

58. La sentencia T-292 de 2004, analizó el caso de Susana, una menor que fue entregada por su madre al hogar de Carmen y Roberto quienes la acogieron como su hija, dándole el apoyo y cariño que necesitaba; la niña los reconocía, como sus padres. Después de un año y nueve meses la familia biológica reclamó sus derechos sobre Susana y el ICBF ordenó que la niña fuera ubicada en un hogar sustituto. Carmen y Roberto interpusieron acción de tutela solicitando que la niña regresara con ellos y que se las entregaran en adopción.

En este caso, al referirse a la familia de crianza manifestó este tribunal:

“Del anterior recuento jurisprudencial se tiene, en resumen, que cuando un niño ha desarrollado vínculos afectivos con sus cuidadores de hecho, cuya ruptura o perturbación afectaría su interés superior, es contrario a sus derechos fundamentales separarlo de su familia de crianza, incluso si se hace con miras a restituirlo a su familia biológica. En este campo, las autoridades de Bienestar Familiar cuentan con un margen suficiente de discrecionalidad, pero al mismo tiempo deben obrar con un nivel especial de diligencia y cuidado, para evitar decisiones desfavorables que puedan incidir negativa e irreversiblemente sobre el desarrollo armónico y estable del niño afectado”.

La tutela fue concedida y protegió el derecho fundamental a tener una familia y a no ser separado de ella, debido a que se demostró que Susana tenía fuertes vínculos de afecto con su familia de crianza y que incluso era a ellos a quienes reconocía como sus padres[45].

59. Las sentencias T-497 de 2005 y T-836 de 2014, estudiaron casos similares al de la T-292 de 2004, en los que se cuestionó el actuar del ICBF por haber tomado medidas que vulneraban los derechos fundamentales de los menores al apartar a los niños de sus hogares de crianza, con los cuales se logró establecer que existían fuertes lazos de amor, respeto, solidaridad y en donde los menores habían sido acogidos como hijos. También se concluyó que no existía un vínculo fuerte entre los menores y sus padres biológicos.

En esta oportunidad la Corte amparó los derechos a la igualdad y a la protección integral a la familia, debido a que logró establecer que la menor llevaba viviendo con el actor más de 7 años, lo que ha permitido que ella lo identifique como su padre y que se hayan generado fuertes vínculos de afecto, respeto y protección. Sobre el particular afirmó:

“Las pruebas que obran en el expediente demuestran los vínculos afectivos que nacieron entre Daniec Julieth y su padre de crianza, quien convive con ella desde que tenía 7 años, cuando decidió conformar una familia con su progenitora, y que las relaciones entre ellos son de padre e hija. Así lo refiere el informe de la vista realizada por el Trabajador social del Centro Zonal La Floresta del ICBF, regional Santander, cuando señala:

“En la intervención con la adolescente es enfática en afirmar que es tratada de manera respetuosa, afectiva y considera como su progenitor al Señor Gerardo Emiro Quiroga Torres, de quien afirma que ha desempeñado el rol de padre de manera asertiva, sin discriminación y que el vínculo afectivo es de padre e hija... Las condiciones familiares, afectivas, ambientales, emocionales y económicas del grupo familiar de Ana María Portillo Monsalve y Gerardo Emiro Quiroga Torres, favorecen el bienestar íntegro de la adolescente Daniec Julieth, tomando en cuenta que ha vivido en este grupo familiar en los últimos siete años y que el señor Gerardo Emiro, viene desempeñando el rol de padre, en forma satisfactoria, con responsabilidad, compromiso y siendo garante de los derechos de la adolescente y Daniec Julieth, identifica a Gerardo Emiro lo acepta como su padre, que ha asumido con responsabilidad, compromiso su deber de “progenitor (sic)”.

61. La sentencia T-942 de 2014, se ocupó de la solicitud de una persona que pidió al juez constitucional que le ordenara a la Caja de Compensación Familiar Comfenalco Santander, que aceptara como beneficiario del subsidio familiar a su nieto de quien tenía la custodia provisional, ya que la madre del menor tenía 23 años y se encontraba estudiando en la universidad. La accionada negó dicha solicitud con el argumento de que las leyes que regulaban la materia no establecían que los nietos pudieran ser beneficiarios del subsidio familiar del afiliado a dicha caja.

En esta oportunidad la Corte extendió los beneficios derivados del subsidio familiar al nieto y ordenó que el menor sea considerado por la accionada como hijo de crianza del actor y, correlativamente, debe tener los mismos derechos que sus otros hijos. La anterior decisión se basó, entre otras consideraciones, en las siguientes:

“Así, se tiene que el menor Abdiel Samuel Santiago tiene un núcleo familiar compuesto por su mamá Natalia, sus abuelos, Edgar y Nancy Edith, quienes tienen a cargo su custodia, y sus tíos, Edgar Sebastián, Daniel Santiago, Lina Melisa y Manuel Alejandro, de 25, 21, 11 y

ocho años.

Entonces, al tener los señores Edgar Daza y Nancy Edith Castiblanco, la custodia provisional de su nieto Abdiel Samuel Santiago, tienen el deber legal de garantizarle su pleno y armónico desarrollo, para que aquel crezca en el seno de una familia y de la comunidad, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Por ende, demostrado que el menor vive constantemente con sus abuelos y tíos maternos, que son su única familia, que sus gastos son asumidos por sus abuelos maternos quienes detentan su custodia, y desempeñan afectiva y económicamente el papel de padres, debería entenderse, en este caso concreto, que Abdiel Samuel Santiago está en una situación idéntica a la de sus tíos menores de edad y que nada justifica que reciba un trato disímil en el núcleo familiar al que pertenece”.

62. En la sentencia T-070 de 2015, se examinó el caso de una empresa que se abstuvo de reconocerle al actor el auxilio educativo contemplado en la convención colectiva, por cuanto el menor no era su hijo biológico, ni adoptivo, sino su hijastro. Por su parte, la empresa afirmó que el menor no era hijo del accionante, por lo que no procedía otorgarle el auxilio educativo solicitado.

En este caso, la Sala Octava de Revisión aseveró “que existe una relación familiar entre el señor Carlos Arturo Cabra Salinas y el menor Santiago Andrés Gamboa Martínez, pues del escrito de tutela y de las pruebas allegadas al expediente se evidencia que el menor de edad ha convivido desde hace más de cinco (5) años con su madre biológica y el accionante, compañero permanente de ella, el cual ha asumido el rol de padre, afiliándolo como beneficiario en el Sistema de Seguridad Social en Salud, e inscribiéndolo al colegio.”

El amparo solicitado se concedió con fundamento en el material probatorio que daba cuenta de la relación existente entre el menor y su padre de crianza. La existencia de dicha relación se basaba en vínculos de afecto, solidaridad, ayuda y comunicación, lo que se demostró con la afiliación, por parte del padre de crianza, al menor como su beneficiario en salud y su inscripción al colegio.

63. La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, en la sentencia T-074 de 2016 estudió el caso de un señor que padecía una discapacidad que le impidió obtener un trabajo estable que le proporcionara un salario o pensión que le permitiera tener una vida

en condiciones dignas. Aunado a lo anterior, tenía un hijo menor de edad que sufría de autismo, esquizofrenia y retardo mental. El abuelo del menor era acreedor de una pensión vitalicia de jubilación y era quien sufragaba los gastos médicos, alimenticios y demás necesidades personales del niño. Tras el fallecimiento del abuelo, el actor solicitó al FONCEP el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes para el menor en calidad de hijo de crianza, pero la entidad negó la pretensión argumentando que éste era nieto y no hijo de crianza del causante.

En este caso la Sala de Revisión sostuvo lo siguiente:

“Asimismo, esta protección se debe extender a las familias ampliadas, es decir, aquellas familias de crianza por asunción solidaria de la paternidad, casos en los cuales si bien no existe un reemplazo de los vínculos con los ascendientes de un menor, una persona de la familia, en virtud de los lazos de afecto, respeto, solidaridad, protección y comprensión, asume las responsabilidades económicas actuando en concordancia con el principio de solidaridad.

La Corte concedió el amparo deprecado aseverando que después de valorar las pruebas, se pudo establecer que el menor era hijo de crianza por asunción solidaria de la paternidad, del causante.

64. En la sentencia T- 292 de 2016, se analizaron dos casos en los que los tutelantes aseguraban que las empresas accionadas impidieron a sus hijastros el acceso a beneficios convencionales que fueron otorgados a los hijos biológicos y adoptivos de sus trabajadores, alegando que tienen la condición de hijos aportados.

En el primero de los casos estudiados, la Corte consideró que los señores Juan José Montenegro y Juana María Guerrero convivían en unión marital de hecho. Ella era la madre de los menores William Villamizar Guerrero y Juliana Pérez Guerrero. Respecto de William Villamizar Guerrero se estableció que reconocía al señor Juan José Montenegro como su figura paterna “a pesar de que el tutelante en la demanda señaló que el padre de los niños aportaba económicamente de forma ocasional, haciendo entender que los padres biológicos de los dos representados se encontraban con vida, lo cierto es que, de acuerdo con el informe reportado por el ICBF Regional Valle, el padre biológico de William Villamizar Guerrero falleció antes de su nacimiento, su abuelo paterno lo reconoció al momento de

realizar su registro civil de nacimiento y no tiene ningún contacto con su familia biológica paterna”.

En cuanto a Juliana Pérez Guerrero se demostró que tenía fuertes lazos de amor, respeto y solidaridad, así como de dependencia económica hacia el actor. Sin embargo, la menor era consciente de su vínculo familiar paterno con su padre consanguíneo, de hecho, hacía manifestaciones de afecto frente a él y también le reconocía autoridad.

En el segundo caso, se demostró que el accionante tenía una familia integrada por él, su compañera permanente, un hijo común biológico de 4 años y por el niño Nicolás Peláez Martínez, aportado por la compañera. La convivencia entre el accionante y su compañera venía desarrollándose desde hace nueve años.

El informe realizado por el ICBF, indicaba:

“Se encuentra una familia recompuesta, con fuerte vínculo afectivo, relaciones adecuadas, buenos canales de comunicación, la pareja quiere mucho a los hijos, Andrés Felipe trata a Nicolás como un hijo, es un grupo familiar consolidado en el que se identifican sentimientos y valores positivos que permiten a la familia una buena convivencia y la construcción de una familia estable y garante.”

“Es importante resaltar que no obstante lo anterior, Nicolás tiene buena relación con su padre biológico Juan Carlos Peláez, quien responde económicamente por él (aporta una cuota mensual de \$1'180.000), lo visita cada quince días y comparte temporadas vacacionales, y hay permanente contacto telefónico entre padre e hijo existe fuerte y positivo vínculo afectivo, la relación paterno filial se mantiene a nivel afectivo y de responsabilidades legales” [sic].

En ambos casos, la Corte tuteló los derechos fundamentales a la igualdad y a la familia, fundamentándose principalmente en la siguiente consideración:

“A juicio de la Corte las razones en las que se funda la negativa del Banco de la República para impedir el acceso a los beneficios convencionales pretendidos devienen en discriminatorias, pues no es posible brindar un trato diferente a los hijos de un núcleo familiar en razón de su forma de vinculación al mismo. Bajo esta perspectiva los derechos

de los hijos, cualquiera sea su condición, deben prodigarse en condiciones de igualdad. Vistas así las cosas, resulta inadmisibles la posición aludida por la entidad demandada en el sentido de que solo pueden acceder a los beneficios convencionales los hijos biológicos y adoptivos. Menos aun cuando se trate de menores de edad, quienes son sujetos de especial protección constitucional”.

Adicionalmente, se aseveró que en el caso en el que los padres biológicos cumplían con sus obligaciones económicas y afectivas lo que se pretendía garantizar era un máximo de derechos a los menores. Al respecto manifestó que “en virtud del interés superior del menor, se debe propender, no por garantizar un mínimo de derechos a los niños, sino un máximo y de manera progresista.

65. La sentencia T-325 de 2016, estudió el caso contra una EPS que se negó afiliar a un menor de edad como beneficiario de su madre de crianza en el Régimen Contributivo del Sistema General de Salud, pese a que el ICBF le otorgó la custodia del menor de manera provisional desde cuando tenía 6 meses.

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional sostuvo lo siguiente:

“Para la Sala, es necesario acudir a una interpretación finalista y sistemática del artículo 218 de la Ley 1753 de 2015 en el presente caso, ya que la aplicada por la EPS accionada llevó a denegar la inclusión de un menor de edad al régimen contributivo del Sistema General de Salud como beneficiario de su madre de crianza, quien ejerce desde hace seis años su custodia legal. En otras palabras, el juez constitucional debe acudir a los principios constitucionales pues de otra manera se vulnerarían el derecho fundamental a la salud y la cláusula de interés superior del menor de edad por dos razones, a saber: (i) impide que se garantice el principio de accesibilidad toda vez que, aunque el cubrimiento está garantizado a través del gasto público destinado al sistema subsidiado de salud, somete al niño a un estado de incertidumbre ya que la misma depende del vínculo con su madre biológica de quién fue separado por haberlo abandonado, cuando existe la posibilidad de otorgarle, acceso al régimen contributivo del sistema de seguridad social en salud; y (ii) impone una barrera para ejercer sus deberes de garantía de derechos sobre quien ha establecido una relación permanente de afecto, cuidado y cariño con un menor de edad. Esto limita sustancialmente la capacidad de esta persona para observar y cumplir con el

deber de cuidado propio del ejercicio de la maternidad responsable y desconoce el vínculo real que tiene el niño, como parte de esta familia, ya que ha visto a la tutelante como su madre y le imposibilita gozar de un beneficio derivado del deber de cuidado y la responsabilidad paternal”.

La Corte protegió los derechos fundamentales del menor a la salud y a tener una familia y ordenó a la accionada que, mientras se resolvía de manera definitiva el proceso de revocatoria de patria potestad o se modificaba sustancialmente el régimen de custodia vigente, procediera a vincular al niño al régimen de seguridad social en salud en calidad de beneficiario de la accionante, sin que dicho procedimiento le generara a ella el desembolso de la Unidad de Pago por Capitación Adicional.

66. Del recuento jurisprudencial realizado, se encuentra que no existe una definición precisa de hijo de crianza que haya sido establecida y usada de manera sistemática por la jurisprudencia. Sin embargo, si resulta posible identificar algunas reglas que la Corte ha usado al momento de resolver este tipo de casos.

(a) Se evidencia la existencia de una serie de casos en donde los menores no tienen relación con sus padres biológicos y en el evento de existir, la misma es prácticamente inexistente o nula. En las sentencias analizadas se demostró que la familia de crianza ha acogido a los menores como si fueran sus hijos, derivándose entre los niños y los miembros de la familia de crianza relaciones con fuertes lazos de solidaridad, afecto y respeto, además de asumir la totalidad de los gastos de los menores. Este es el caso de las sentencias T-278 de 1994, T-495 de 1997, T-292 de 2004 y T-497 de 2005.

(b) Se constata que en las sentencias T-278 de 1994, T-495 de 1997, T-497 de 2005, T-292 de 2016 y T-325 de 2016 la Corte exige la presencia de material probatorio suficiente que de cuenta de la existencia de los elementos que definen la categoría “hijos de crianza”. Entre el material relevante para estos efectos se han considerado, por ejemplo, declaraciones de los menores y de otros familiares o personas cercanas, el otorgamiento de la custodia de manera provisional, conceptos psicológicos, partida de bautismo en la que se indica que los padres son de crianza, informes del ICBF, entre otros.

(c) Cuando del material probatorio no es posible establecer la relación que le solicitan al juez que declare, la Corte ha optado por negar el reconocimiento de la pretensión, tal fue el

caso de la sentencia T-592 de 1997.

(d) La Corte protege a la familia de crianza, incluso por encima de la biológica, cuando se demuestra una ruptura de los vínculos afectivos entre esta última y el menor y que un cambio familiar va en contra del interés superior de este. (Sentencia T-292 de 2004).

(e) En los casos en los que los trabajadores solicitan la inclusión de los hijos de crianza para acceder a beneficios contemplados en convenciones colectivas o empresariales el material probatorio demuestra o permite inferir la existencia de una relación familiar que se fundamenta en vínculos de afecto, respeto y protección entre el menor y el padre de crianza, la cual es apenas natural que exista después de largo tiempo de convivencia familiar. Lo que no implica necesariamente, la total ausencia de lazos familiares con los padres biológicos. (Sentencias T-606 de 2013, T-070 de 2015 y T- 292 de 2016).

#### F. EL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO

67. La Constitución Política en su artículo 29, consagra el derecho fundamental al debido proceso, de conformidad con el cual “toda clase de actuaciones judiciales y administrativas” deben desarrollarse observando las garantías que le son inherentes. El ámbito de aplicación de esta garantía constitucional se extiende a todas las actuaciones, procedimientos y procesos administrativos que impliquen consecuencias para los administrados[46].

68. Esta garantía se traduce en el derecho que tienen todas las personas de acceder a procesos justos y adecuados. También debe estar presente en las actuaciones en las que se pretende imponer a los individuos castigos, cargas, sanciones o prerrogativas. En esa dirección ha dicho la Corte que “[s]i bien la preservación de los intereses de la administración y el cumplimiento de los fines propios de la actuación estatal son un mandato imperativo de todos los procedimientos que se surtan a este nivel, en cada caso concreto debe llevarse a cabo una ponderación que armonice estas prerrogativas con los derechos fundamentales de los asociados”[47].

70. De acuerdo con lo expuesto, la sentencia T-119 de 2016 manifestó:

“[l]as actuaciones administrativas deben adelantarse conforme a las reglas previstas en la

ley o reglamentos, garantizándose el debido proceso, obviamente, a quien dentro de lo reglado de una u otra forma se ha hecho partícipe en la actuación, o que queriéndolo hacer en debida forma, la administración no se lo permita injustificadamente. Por tanto, a quien no se le adelanta un proceso ni se hace parte de él o sus resultados no lo involucran, le resulta impropio concluir que se le puede violentar el derecho consagrado en el artículo 29 de la Constitución”.

A su vez, la garantía al debido proceso comprende un deber de motivación por parte de la autoridad administrativa, ello con el fin de evitar abusos o arbitrariedades y de asegurar que el administrado cuenta con garantías sustanciales y procesales para ejercer la defensa de sus derechos fundamentales.

Al respecto la sentencia T-707 de 2015, aseveró

El derecho al debido proceso garantiza, entre otras cosas, que las decisiones que definen la suerte de los derechos fundamentales sean motivadas. Este deber cumple, al menos, dos fines constitucionalmente relevantes. Por una parte, tiene como propósito evitar posibles arbitrariedades o abusos de autoridad de la entidad que los profiere, en tanto le impone la obligación de resolver situaciones jurídicas con base en argumentos racionales y razonables. De otra parte, asegura que cuando está en discusión la disposición de un derecho, el afectado cuente con todas las condiciones sustanciales y procesales para la defensa de sus intereses, en el evento que requiera controvertir la decisión.

71. En suma, el debido proceso es una garantía constitucional de la que gozan todos los ciudadanos. Esto le impone a las autoridades administrativas atender a las solicitudes de las personas teniendo en cuenta los procedimientos dispuestos para ello, las normas aplicables y la jurisprudencia aplicable al caso concreto.

## G. SOLUCIÓN DEL CASO CONCRETO

72. De acuerdo con lo expuesto en los antecedentes de esta providencia, es posible concluir en el caso No. 1, que el ciudadano Efrén Rodríguez Pantoja quien es afiliado a la USE, contrajo matrimonio con Jhovanna Carolina Martínez Reyes, siendo ella madre de los menores Jhoan Sebastián Solís Martínez y Alisson Valentierra Martínez.

En respuesta al auto de pruebas, el señor Efrén Rodríguez Pantoja informó que su esposa se dedica a las labores del hogar, que depende económicamente de él y está afiliada a salud como beneficiaria suya. En cuanto a los gastos de la niña Alisson Valentierra Martínez envió acta de conciliación del 12 de abril de 2016, en la que se evidencia que entre los señores Jhovanna Carolina Martínez Reyes y Neyser Valentierra Cifuentes no llegaron a un acuerdo respecto de la cuota alimentaria, la custodia, el cuidado personal y las visitas, no obstante, se observa que la Comisaria Octava de Familia de Villanueva resolvió:

“ARTÍCULO PRIMERO: declárese que las partes no han llegado a una Conciliación Administrativa Obligatoria Preprocesal en Derecho de Familia entre los [señores] JHO[V]AN[N]A CAROLINA MARTÍNEZ REYES, como madre y citante y el señor NE[Y]SER VALENTIERRA CIFUENTES, como padre y citado en beneficio de la niña ALISSON VALENTIERRA MARTÍNEZ de cinco años (05) de edad RESPECTO DE LA CUOTA ALIMENTARIA, LAS VISITAS Y LA CUSTODIA Y CUIDADO PERSONAL.

1.1. SE DEJA EN LIBERTAD A LAS PARTES DE ACUDIR A OTRA AUTORIDAD COMPETENTE A RESOLVER SUS DERECHOS.

1.2. Cuota alimentaría: El señor NE[Y]SER VALENTIERRA CIFUENTES, en su calidad de padre y citado, deberá aportar la suma de doscientos mil pesos (\$200.000) mensuales, iniciando el día (05) de mayo del año 2016, este dinero se entregara de manera personal a la señora JHO[V]AN[N]A CAROLINA MARTÍNEZ REYES, la cual deberá firmar el respectivo recibo que de fe de esta entrega, las cuotas alimentarias se incrementaran cada año con base al I.P.C., y las cuotas extras de junio y diciembre serán el doble de la cuota alimentaria mensual pactada, además los gastos de salud, recreación, educación y gastos extras serán compartidos por partes iguales hasta que otra autoridad defina lo contrario.

2. Visitas: El señor NE[Y]SER VALENTIERRA CIFUENTES, podrá compartir con su hija un fin de semana cada quince días, la podrá recoger los días viernes a las cuatro (04) PM y la deberá regresar el día [d]omingo o [l]unes si es festivo a las siete (07) PM, recogerá a la niña en el lugar de su residencia.

3. Custodia y cuidado personal: la custodia y cuidado personal de la niña ALISSON VALENTIERRA MARTÍNEZ de cinco años (05) de edad queda de manera provisional en cabeza de la madre la señora JHO[V]AN[N]A CAROLINA MARTÍNEZ REYES.

ARTÍCULO SEGUNDO: El acta suscrita con el acuerdo ante este despacho con respecto a la CUOTA ALIMENTARIA, presta merito ejecutivo”[49].

En cuanto a los gastos de Jhoan Sebastián Solís Martínez, guardó silencio.

73. En el caso No. 2, está probado que el señor Oscar Hernán Osorio Agudelo, también es afiliado a la USE, convive en unión marital de hecho con Lucero Vargas Ramírez quien tiene una hija llamada Katherine Mosquera Vargas. A su vez, en la respuesta a la solicitud de pruebas manifestó que su compañera es ama de casa, depende económicamente de él y está afiliada a salud como su beneficiaria.

En cuanto a los gastos de la menor, aseveró que por parte de la familia del papá recibe \$150.000 cada dos o tres meses, dinero que es insuficiente para suplir los gastos básicos, razón por la cual Oscar Hernán es quien cubre las necesidades básicas de Katherine Mosquera Vargas.

74. En ambos casos, tanto en el de Efrén Rodríguez Pantoja como en el de Oscar Hernán Osorio Agudelo le solicitan al juez constitucional, a través de la USE, que se le ordene a la accionada extender los beneficios educativos contemplados en el artículo 52 de la convención colectiva que dispone:

“ARTÍCULO 52. AUXILIOS EDUCATIVOS PARA PREESCOLAR, PRIMARIA BACHILLERATO, PREGRADO, POSTGRADO Y EDUCACIÓN PARA EL TRABAJO Y EL DESARROLLO HUMANO. EMCALI destinará, a partir del 1 de enero de 2016, la suma de seis mil millones de pesos (\$6.000.000.000) anuales, con destino al reconocimiento de estudios para los trabajadores que sean beneficiarios de la presente convención colectiva de trabajo, para sus hijos, hijos adoptivos, cónyuge y/o compañero(a) permanente.

PARÁGRAFO PRIMERO: Los auxilios para estudio de pregrado se asignaran mínimo dos (2) por grupo familiar. Para postgrado uno (1) por grupo familiar, el trabajador le indicara a la empresa quien será su beneficiario. El trabajador podrá beneficiarse con más de un posgrado durante su vigencia.

PARÁGRAFO SEGUNDO: AUXILIOS EDUCATIVOS PREESCOLAR, PRIMARIA Y BACHILLERATO. EMCALI reconocerá anualmente, a partir de la suscripción de la presente convención

colectiva de trabajo, a los hijos de los trabajadores oficiales que sean beneficiarios de la presente convención colectiva de trabajo, un auxilio educativo por cada hijo para estudios de primaria y bachillerato consistente en dos salarios mínimos mensuales legales vigentes y por un año para estudios de preescolar por un valor de salario mínimo legal mensual vigente.

PARÁGRAFO TERCERO: EMCALI, otorgará un beneficio educativo para la educación especial de los hijos de los trabajadores, consistente mensualmente hasta en un (1) SMLMV Salario Mínimo Legal Mensual Vigente.

PARÁGRAFO CUARTO: En la modalidad de Educación para el Trabajo y el Desarrollo Humanos, las partes acuerdan efectuar el reconocimiento y pago de beneficios educativos, para los hijos (as) y cónyuges o compañeros (as) permanentes, en las siguientes modalidades de formación:

Enfermería y/o Auxilios de Enfermería

Criminalística

Chef de Cocina

Azafatas o Auxiliares de Vuelo.

PARÁGRAFO QUINTO: Para los hijos de los afiliados y beneficiarios que estudien en el exterior, se les adjudicará un auxilio por el valor del semestre hasta Siete Millones de Pesos (\$7.000.000). Este valor se incrementará anualmente conforme al IPC a partir del año 2016.

PARÁGRAFO SEXTO: Para los hijos de los afiliados y beneficiarios que estudien en las escuelas de formación militar para oficiales, se les adjudicará por el valor del semestre hasta Siete Millones de Pesos (\$7.000.000). Este valor se incrementará anualmente conforme al IPC a partir del año 2016.

PARÁGRAFO SÉPTIMO: EMCALI reglamentará estos auxilios y USE le hará un seguimiento a la correcta inversión de estos por parte de los trabajadores beneficiados.

PARÁGRAFO OCTAVO: Emcali aplicará la siguiente fórmula, para incrementar los beneficios educativos de este artículo así:

$$F(\text{Base del Valor del artículo 52 en Dinero, Dividido por el Número de beneficiarios actuales})$$
  
multiplicado por el Número de Beneficiarios incrementado en la Base de Beneficiarios Actuales.

Descripción de la Fórmula:

Base del Valor del artículo 52 6.000.000.000 Seis Mil Millones de Pesos.

Beneficiarios actuales 752

Incremento de Beneficiarios en la Base de datos Actuales K 15

Para la aplicación de esta fórmula, las partes se reunirán cada dos meses siempre y cuando se cumpla con el crecimiento de quince beneficiarios nuevos”.

En los casos objeto de estudio, se evidencia que los señores Efrén Rodríguez Pantoja y Jhovanna Carolina Martínez Reyes y Oscar Hernán Osorio Agudelo y Lucero Vargas Ramírez, están unidos a través de matrimonio y de unión marital de hecho, respectivamente.

75. Cada una de dichas uniones, conformó una familia que está compuesta por la pareja y los hijos que ella trajo consigo, fruto de relaciones anteriores. De acuerdo con lo visto en la sección E de esta providencia, se constata que la filiación puede ser extramatrimonial, matrimonial y adoptiva y que el parentesco se establece a través vínculos de consanguinidad, civil y afinidad.

76. La Sala constata que la petición, ahora nuevamente planteada en el escrito de tutela, fue elevada por los accionantes de manera previa ante EMCALI. Sin embargo, la respuesta se limitó hacer referencia al texto de la convención colectiva sin verificar si en los casos de los trabajadores Efrén Rodríguez Pantoja y Oscar Hernán Osorio Agudelo se cumplían o no las condiciones para que fueran considerados como hijos de crianza y por ende acceder a los beneficios del artículo 52 de la convención colectiva.

Esta ligereza en la respuesta afecta el debido proceso de los accionantes, pues a la

administración (EMCALI EICE) le corresponde estudiar las circunstancias planteadas por los ciudadanos y en este caso particular por sus trabajadores, con el fin de dar una respuesta acorde con la realidad. Este deber se acentúa cuando de por medio están en juego otros derechos fundamentales, como por ejemplo, la igualdad. En el caso concreto, este derecho podría verse afectado, si la empresa llegaba a constatar que los hijastros de los accionantes tenían la condición de hijos de crianza y aun así les daba un trato diferente al conferido a los hijos adoptivos o biológicos.

77. De otra parte, la Sala evidencia que los señores Efrén Rodríguez Pantoja y Oscar Hernán Osorio Agudelo no tienen ningún vínculo legal con sus hijastros, sino que su relación parecería derivarse de la convivencia diaria y familiar, la cual podría generar lazos de afecto, respeto, solidaridad, etc, que se fortalecen con el transcurrir del tiempo, como resulta apenas obvio y natural.

78. Ahora, los señores Efrén Rodríguez Pantoja y Oscar Hernán Osorio Agudelo aseguran ser los padres de crianza de sus hijastros, y por dicha razón piden que se le ordene a EMCALI el reconocimiento de los beneficios educativos contemplados en el artículo 52 de la convención colectiva.

79. El examen de la jurisprudencia relativa a los “hijos de crianza”, permite concluir que en un grupo de decisiones de la Corte, al otorgar la protección solicitada, constata que los menores no tienen una relación con sus padres biológicos y en el evento de existir, que la misma sea prácticamente inexistente o nula o que vaya en contra del interés superior del menor.

80. Al respecto, la Sala estima necesario precisar las siguientes reglas que se derivan de la mayoría de las sentencias analizadas:

(a) Para calificar a un menor como hijo de crianza es necesario demostrar la estrecha relación familiar con los presuntos padres de crianza y una deteriorada o ausente relación de lazos familiares con los padres biológicos. El primero de los elementos supone la existencia real, efectiva y permanente de una convivencia que implique vínculos de afecto, solidaridad, ayuda y comunicación. El segundo de los elementos supone una desvinculación con el padre o madre biológicos según el caso, que evidencie una fractura de los vínculos afectivos y económicos. Ello se puede constatar en aquellos casos en los cuales existe un

desinterés por parte de los padres para fortalecer sus lazos paterno-filiales y por proveer económicamente lo suficiente para suplir las necesidades básicas de sus hijos.

(b) De la declaratoria de hijo de crianza, se pueden derivar derechos y obligaciones[50]. Teniendo en cuenta que los asuntos relativos al estado civil de las personas y a la filiación son materia exclusiva del legislador, cuando se establezca la existencia de un hijo de crianza, madre o padre de crianza debe existir certidumbre acerca de dicha condición de acuerdo con el material probatorio que obre en el expediente.

81. Conforme a lo expuesto, dada la relevancia que reviste la declaratoria de hijo de crianza y de la jurisprudencia citada en la sección E de esta providencia, la Sala considera que en este tipo de casos es necesario contar con el pleno convencimiento de los fuertes lazos familiares existentes entre los menores y su padre de crianza, así como la constatación de una ausencia de vínculo o muy deteriorada relación entre el menor y su padre biológico.

82. Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala considera que en los casos objeto de estudio, el material probatorio es insuficiente para declarar a los menores Jhoan Sebastián Solís Martínez y Alisson Valentierra Martínez como hijos de crianza de Efrén Rodríguez Pantoja y a Katherine Mosquera Vargas como hija de crianza de Oscar Hernán Osorio Agudelo, por cuanto en ninguno de los casos fue posible establecer una ausencia de vínculo entre los menores y sus padres biológicos. Igualmente, no fue posible contar con información suficiente acerca de los vínculos de afecto existentes entre los menores y quienes afirman ser sus padres de crianza.

Por el contrario, en el caso de Alisson Valentierra Martínez pareciera que existe una conciliación en la que se impuso una cuota de alimentos y se estableció un régimen de visitas entre éste y Neyser Valentierra Cifuentes y en el caso de Katherine Mosquera Vargas la familia paterna da \$150.000 cada dos o tres meses para los gastos de la menor, lo que aparentemente indica que los vínculos entre los menores y sus padres biológicos no han desaparecido.

83. Tanto en el caso No. 1 como en el caso No. 2, la Corte ordenó al ICBF Regional Valle del Cauca para que requiriera al Defensor de Familia del centro zonal más cercano al lugar de residencia de los menores para que elaborará un informe en que (i) se

caracterizara la relación existentes entre los menores y los padres de crianza, (ii) se suministrara una explicación acerca de la identificación de la figura paterna por parte de los menores y las razones que la explican y (iii) se precisara el tipo de relación que existe entre los menores y los padres biológicos. El informe nunca fue allegado a esta Corporación.

84. Teniendo en cuenta los principios de la acción de tutela (procedimiento sumario y preferente, celeridad, eficiencia y eficacia), la necesidad de resolver los casos e impartir justicia y advirtiendo la carencia de pruebas que le permitan llegar a la Sala al convencimiento sobre el tipo de relación que existe entre los menores y sus padres biológicos y sus “padres de crianza” además de lo expuesto a lo largo de esta providencia, se le ordenará al Director del ICBF Regional Valle del Cauca o a quien haga sus veces, para que en cumplimiento de sus funciones legales y constitucionales y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 86 del Código de la Infancia y la Adolescencia elabore un informe dirigido a establecer si los menores Jhoan Sebastián Solís Martínez, Alisson Valentierra Martínez y Katherine Mosquera Vargas cumplen las condiciones para ser considerados hijos de crianza según lo establecido en el fundamento jurídico 74 de esta sentencia. Para el efecto, deberá constituirse un equipo interdisciplinario integrado por un psicólogo, un trabajador social, un abogado y el Director Regional del ICBF. La conclusión del informe deberá encontrar fundamento, como mínimo, en los siguientes elementos:

(a) La caracterización de las relaciones existentes entre los menores Jhoan Sebastián Solís Martínez y Alisson Valentierra Martínez y el señor Efrén Rodríguez Pantoja y, entre Katherine Mosquera Vargas y Oscar Hernán Osorio Agudelo.

(b) Una explicación acerca de la identificación de la figura paterna por parte de los menores Jhoan Sebastián Solís Martínez, Alisson Valentierra Martínez y Katherine Mosquera Vargas, así como las razones que la explican.

(c) El tipo de relación que existe o puede constatarse entre el menor Jhoan Sebastián Solís Martínez y su padre el señor Emilio Solís, entre la niña Alisson Valentierra Martínez y su padre el señor Neyser Valentierra Cifuentes y entre la menor Katherine Mosquera Vargas y su padre Gelber Julio Mosquera Ortiz.

Una vez, el informe esté realizado la Sala le ordenará al ICBF que lo remita de manera inmediata a la USE y a EMCALI, con el fin que se adopte la decisión pertinente.

85. Por último, la Sala le remitirá copia de la presente sentencia a la Procuraduría General de la Nación, para que (i) acompañe al defensor de familia en la realización del informe mencionado en el numeral 78 de esta providencia e, (ii) investigue la actitud omisiva por parte del ICBF respecto de la solicitud de pruebas realizada por esta Sala de Revisión.

#### H. SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

86. La USE y EMCALI firmaron una convención colectiva en la que establecieron en el artículo 52 beneficios educativos para los hijos de los afiliados al sindicato. Los señores Efrén Rodríguez Pantoja y Oscar Hernán Osorio Agudelo quienes están afiliados a la USE piden que se les reconozca dichas prerrogativas a los hijos de su esposa y compañera permanente, respectivamente, debido a que los consideran sus hijos de crianza.

87. Teniendo en cuenta lo anterior, le corresponde a la Sala determinar si como resultado de las sub-reglas jurisprudenciales analizadas en la parte motiva de esta providencia el accionante tiene derecho a lo pretendido en la demanda de tutela. Al aplicar las sub-reglas determinó lo siguiente:

(a) La familia es una realidad social de todos los tiempos, que goza de una amplia regulación a nivel interno e internacional que busca garantizar bienestar y velar por la supervivencia, conservación e integridad. La familia puede ser conformada por vínculos naturales o jurídicos y varía según sea su composición familiar.

(c) Los asuntos relativos a la filiación y al estado civil de las personas son de orden público y de competencia exclusiva del legislador con fundamento en el artículo 42 de la Constitución Política y tal como lo ha reconocido la jurisprudencia en la sentencia C-258 de 2015. Es así como el legislador en la Ley 29 de 1982, en el Código Civil, específicamente en los Títulos X, XI, XII y XIV, y en el Código de la Infancia y la Adolescencia, al aludir de hijos se refiere de manera exclusiva a los hijos matrimoniales, extramatrimoniales y adoptivos, distinción que sólo es válida para efectos de filiación, puesto que gozan de los mismos derechos y obligaciones. A su vez, únicamente es posible establecer parentesco por consanguinidad, afinidad o civil.

(d) La categoría “hijos de crianza” es de creación jurisprudencial; por lo tanto, el juez al

momento de declarar la existencia de dicho vínculo debe hacerlo con base en un sólido y consistente material probatorio del que derive unos fuertes lazos familiares existentes entre los menores y su padre de crianza, así como la constatación de una ausencia de vínculo o muy deteriorada relación entre el menor y su padre biológico. Por cuanto de dicha declaratoria más adelante se pueden derivar otro tipo de consecuencias jurídicas.

(e) El debido proceso es una garantía constitucional de la que gozan todos los ciudadanos. Esto le impone a las autoridades administrativas atender a las solicitudes de las personas presentando una adecuada motivación, teniendo en cuenta los procedimientos dispuestos para ello, las normas aplicables y la jurisprudencia aplicable al caso concreto.

(f) En los casos estudiados, la Sala no pudo establecer el tipo de relación existente entre los menores y los padres de crianza, cual es la persona que identifican como su figura paterna y el tipo de relación que existe entre los menores y los padres biológicos.

88. En consecuencia, la Sala procederá a revocar las decisiones de instancia en las que se declaró improcedente el amparo solicitado y le ordenará al Director del ICBF Regional Valle del Cauca, que en el término máximo de un (1) mes, contados a partir de la notificación de la presente sentencia, realice el informe mencionado en el numeral 84 de esta providencia.

A su vez, le remitirá copia de la presente sentencia a la Procuraduría General de la Nación, para que (i) acompañe al defensor de familia en la realización del informe mencionado en el numeral 84 de esta providencia e, (ii) investigue la actitud omisiva por parte del ICBF respecto de la solicitud de pruebas realizada por esta Sala de Revisión.

### III. DECISIÓN

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

#### RESUELVE

PRIMERO. REVOCAR el fallo del 5 de mayo de 2016, proferido por el Juzgado 23 Penal del Circuito de Cali, Valle del Cauca, que a su vez, confirmó la providencia del 2 de marzo de 2016, del Juzgado 15 Penal Municipal de Cali, Valle del Cauca, que declaró improcedente el

amparo solicitado por la USE en representación de los trabajadores Efrén Rodríguez Pantoja y Oscar Hernán Osorio Agudelo.

SEGUNDO. ORDENAR al Director del ICBF Regional Valle del Cauca o a quien haga sus veces, para que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 86 del Código de la Infancia y la Adolescencia proceda a la elaboración de un informe dirigido a establecer si los menores Jhoan Sebastián Solís Martínez, Alisson Valentierra Martínez y Katherine Mosquera Vargas cumplen las condiciones para ser considerados hijos de crianza según lo establecido en el fundamento jurídico 84 de esta sentencia. Para el efecto, deberá constituirse un equipo interdisciplinario integrado por un psicólogo, un trabajador social, un abogado y el Director Regional del ICBF. La conclusión del informe deberá encontrar fundamento, como mínimo, en los siguientes elementos:

(a) La caracterización de las relaciones existentes entre los menores Jhoan Sebastián Solís Martínez y Alisson Valentierra Martínez y el señor Efrén Rodríguez Pantoja y, entre Katherine Mosquera Vargas y Oscar Hernán Osorio Agudelo.

(b) Una explicación acerca de la identificación de la figura paterna por parte de los menores Jhoan Sebastián Solís Martínez, Alisson Valentierra Martínez y Katherine Mosquera Vargas, así como las razones que la explican.

(c) El tipo de relación que existe o puede constatarse entre el menor Jhoan Sebastián Solís Martínez y su padre el señor Emilio Solís, entre la niña Alisson Valentierra Martínez y su padre el señor Neyser Valentierra Cifuentes y entre la menor Katherine Mosquera Vargas y su padre Gelber Julio Mosquera Ortiz.

El informe se debe realizar en un término máximo de un (1) mes, contado a partir de la notificación de la presente sentencia. Una vez realizado el informe, el ICBF lo deberá remitir de manera inmediata a la USE y a EMCALI, para que dentro de las 48 horas siguientes, adopten la decisión pertinente respecto de la extensión del beneficio educativo contemplado en el artículo 52 de la convención colectiva.

TERCERO. ORDENAR a la Procuraduría General de la Nación que: (i) acompañe al funcionario del ICBF en la realización del informe mencionado en el numeral segundo del resuelve de esta providencia e, (ii) investigue la actitud omisiva por parte del ICBF respecto

de la solicitud de pruebas realizada por esta Sala de Revisión.

CUARTO. Por Secretaría, líbrese la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

Con aclaración de voto

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

Con salvamento parcial de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

A LA SENTENCIA T-705/16

ACCION DE TUTELA EN MATERIA DE IGUALDAD ENTRE TODAS LAS FORMAS DE FAMILIA-  
Debió concederse como mecanismo transitorio, a efectos de reconocer beneficios

educativos convencionales solicitados (Aclaración de voto)

Referencia: Expediente 5.712.565

Acción de tutela instaurada Harold Viáfara González y José Roosevelt Lugo Cárdenas contra Emcali EIC ESP

Magistrado Ponente:

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Aun cuando estoy de acuerdo con la decisión de mayoría de revocar el fallo de instancia y ordenar al ICBF que en el marco de sus competencias proceda a caracterizar las relaciones existentes entre los accionantes y sus progenitores, estimo que a efectos de reconocer los beneficios educativos convencionales solicitados, la tutela debió concederse como mecanismo transitorio. Lo anterior, con la finalidad de que las decisiones adoptadas sean ventiladas en la jurisdicción ordinaria laboral para así garantizar el derecho de defensa y brindar un escenario en el que ambas partes puedan controvertir lo dictaminado por el ICBF, de tal manera que, este informe no constituya una orden que modifique la filiación de una persona, decisión, que a mi juicio, debe reconocerse, en principio, por el juez natural y muy excepcionalmente por el juez de tutela, de manera transitoria.

Fecha ut supra,

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DE LA MAGISTRADA

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

A LA SENTENCIA T-705/16

Referencia: Expediente T-5.712.565

Demandante: Efrén Rodríguez Pantoja y Oscar Hernán Osorio Agudelo a través de la Unión Sindical EMCALI.

Demandado: EMCALI EICE ESP.

Magistrado Ponente:

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte Constitucional, presento a continuación las razones que me conducen a salvar parcialmente mi voto a la decisión adoptada por la Sala Tercera de Revisión en sesión del 14 de diciembre de 2016, que por votación mayoritaria profirió la Sentencia T-705 de 2016, de la misma fecha.

En el presente asunto, la Corte estudió la acción de tutela presentada por la Unión Sindical EMCALI-USE, en representación de sus afiliados, para solicitar la protección de los derechos fundamentales a la igualdad, a la educación, a la no discriminación y a la unidad familiar de los hijos de crianza de sus agenciados y en consecuencia, les reconozcan los auxilios educativos consagrados para los hijos de los trabajadores en la Convención Colectiva de Trabajo, celebrada entre el sindicato y la entidad accionada.

La providencia en la que salvo parcialmente mi voto resolvió ordenar al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en adelante ICBF que elaborara un informe para determinar la existencia de vínculos de crianza entre los accionantes y los menores de edad que hacen parte de su núcleo familiar. Realizado el mismo, esa entidad debía remitirlo a la entidad accionada para que resolviera sobre la extensión del beneficio a los niños conforme lo establecido en la convención colectiva de trabajo.

El problema jurídico fue planteado en el sentido de determinar si la entidad accionada vulneró los derechos a la igualdad y al debido proceso de los trabajadores representados al eludir el estudio sobre la condición de hijos de crianza de los menores de edad que conforman su núcleo familiar, con la finalidad de acceder a los auxilios educativos contemplados para los hijos de los afiliados en la convención colectiva de trabajo suscrita entre la empresa y el sindicato que los agencia.

Para dar respuesta al problema jurídico planteado, la sentencia analizó los siguientes

aspectos: i) la familia y las formas de constituirla; ii) los hijos, la filiación, el parentesco y la patria potestad; iii) los hijos de crianza y el tratamiento otorgado por la jurisprudencia, para finalmente estudiar el caso concreto.

Concluyó que no había prueba en el expediente de la calidad de hijos de crianza de los trabajadores representados, por lo que ordenó al ICBF para que adelantara el respectivo estudio que permitiera determinar si entre los menores de edad y los afiliados al sindicato existe una relación parental de crianza.

En esta oportunidad, aunque comparto la decisión final dirigida a averiguar si los accionantes tienen hijos de crianza, me aparto del análisis realizado sobre la garantía del derecho al debido proceso, de la ausencia de concesión expresa del amparo y de la forma en que se profirió la orden al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar-ICBF.

La garantía del derecho fundamental al debido proceso y las órdenes de protección

1. La sentencia de la cual salvo parcialmente mi voto se sustentó en el desconocimiento del derecho al debido proceso, pues existió ligereza en la respuesta que la accionada otorgó a los accionantes, debido a que no constató que los menores de edad tuviesen la condición de hijos de crianza de los trabajadores[51].

El análisis de los casos desde la garantía del debido proceso es interesante en términos de la construcción de subreglas jurisprudenciales que regulen las relaciones entre los trabajadores y sus empleadores en el escenario de las peticiones presentadas para reclamar prestaciones colectivas cuyos beneficiarios sean menores de edad que hacen parte de nuevos modelos de familia, como es la de crianza.

2. En mi criterio, con la consolidación de esa línea jurisprudencial se garantiza la igualdad de derechos entre hijos, especialmente porque no deben tener un trato diferente en virtud de la historia emocional de sus padres y las formas en las que el derecho las califica.

En efecto, el ordenamiento jurídico colombiano denominaba a los hijos extramatrimoniales, “hijos naturales”, al tiempo que les concedía menos derechos que a aquellos hijos nacidos después de que sus padres contrajeran matrimonio. En la actualidad, dicha diferenciación no existe, ni podrá existir mientras la Constitución de 1991 se encuentre vigente. Los lazos

que se construyen alrededor de la familia surgen por las relaciones de apoyo y afecto entre los miembros. De esta manera, la jurisprudencia ha reconocido igualdad de derechos a los miembros de las familias, sin importar la forma en la que sus integrantes hacen parte de ella. No se privilegia una forma de constituirla, ni se considera que exista un modelo a seguir u otros que se desprecia, puesto que la concepción constitucional de familia, se sustenta en la existencia de afectos y convivencia entre personas que deciden apoyarse y quererse mutuamente. Las múltiples formas en que surgen lazos entre las personas únicamente tienen relevancia jurídica para identificar la existencia de una familia, pero no para juzgar su pasado, ni para marcar a sus miembros con los juicios de valor sobre lo normal, lo adecuado, lo ensamblado o lo fracturado.

3. En el presente asunto, tal y como lo identificó la providencia, la vulneración del debido proceso estuvo acreditada en el expediente derivada de la ligereza en la respuesta a la petición y la ausencia de análisis de las circunstancias planteadas por sus trabajadores y amenazó el derecho a la igualdad de los menores de edad que podrían beneficiarse de los programas de asistencia social establecidos para los hijos de los trabajadores en la convención de trabajo.

En el numeral 1º de la parte resolutive de la Sentencia T-705 de 2016, se revocó el fallo proferido por el Juzgado 23 Penal del Circuito de Cali, que había confirmado la providencia dictada por el Juzgado 15 Penal Municipal de Cali, que declaró improcedente el amparo solicitado por la USE en favor de dos de sus afiliados. Sin embargo, no se concedió de forma expresa el amparo del derecho fundamental al debido proceso, con lo cual también se habría conjurado la amenaza a la garantía de igualdad de los menores de edad por parte de EMCALI EICE ESP.

4. De otra parte, la orden dirigida al Instituto Colombiano de Bienestar Familia- ICBF- debió sustentarse en el hecho de que se trata de la autoridad que en atención a sus funciones y competencias legales, puede realizar el estudio tendiente a establecer la existencia o no de una familia de crianza, pero de ninguna manera, como se infiere de la providencia, porque desconoció los derechos fundamentales invocados en la acción de tutela.

5. En suma, aunque comparto parcialmente las órdenes contenidas en la Sentencia T-705 de 2016, específicamente las dirigidas al ICBF, consideró que la parte resolutive omitió

conceder expresamente el amparo por el debido proceso. Adicionalmente, debió aclararse que la orden proferida al ICBF era en calidad de autoridad que, por mandato legal, es la encargada de apoyar y por ende, identificar a las familiar, particularmente, como ocurrió en este caso, a las de crianza y no porque fuera el generador de las vulneraciones invocadas.

Fecha ut supra

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

[1] Partida de matrimonio. (Cuaderno No. 1 fl. 17).

[2] Registro Civil de Nacimiento de Jhoan Sebastian Solis Martínez. (Cuaderno No. 1 fl. 20)

[3] Registro Civil de Nacimiento de Alisson Valentierra Martínez. (Cuaderno No. 1 fl. 22)

[4] Manifestación realizada en los hechos de la demanda de tutela. (Cuaderno No. 1 fl. 1)

[5] Manifestación realizada en los hechos de la demanda de tutela. (Cuaderno No. 1 fl. 2)

[6] Oficio No. 832.1-DGL-0276. (Cuaderno No. 1 fl. 23)

[7] Registro Civil de Nacimiento de Katherine Mosquera Vargas. (Cuaderno No. 1 fl. 32)

[8] Manifestación realizada en los hechos de la demanda de tutela. (Cuaderno No. 1 fl. 2)

[9] Certificación de Comfenalco Valle. (Cuaderno No. 1 fl. 31).

[10] Petición USE-1-076-16. (Cuaderno No. 1 fl. 33)

[11] Según consta en el Auto del 18 de febrero de 2016. (Cuaderno No.1 fl. 43).

[12] Respuesta de EMCALI. (Cuaderno No.1 fl 47).

[13] Respuesta de EMCALI. (Cuaderno No.1 fl 49).

[14] Impugnación. (Cuaderno No. 1 fl. 110)

[15] Afirmación realizada en la sentencia del 5 de mayo de 2016, proferida por el Juzgado Veintitrés Penal del Circuito de Cali, Valle del Cauca. (Cuaderno No. 1 fl. 157)

[16] Oficio del 23 de noviembre de 2016 de la Secretaría General de la Corte Constitucional. (Cuaderno principal, fl. 10)

[17] Respuesta de la USE. (Cuaderno principal, fl. 28)

[18] Oficio suscrito por Harold Viáfara González. (Cuaderno principal, fl. 62)

[19] Respuesta de Oscar Hernán Osorio Agudelo. (Cuaderno principal, fl. 49)

[20] Respuesta de Efrén Rodríguez Pantoja. (Cuaderno principal, fl. 51).

[21] Respuesta de Efrén Rodríguez Pantoja. (Cuaderno principal, fl. 51).

[22] Sin hacer distinción entre una persona jurídica o natural, el inciso primero (1º) del artículo ochenta y seis (86) de la Constitución de mil novecientos noventa y uno (1991) establece lo siguiente: “toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”. Así mismo, el artículo primero (1º) del Decreto 2591 de 1991, que reglamenta el ejercicio de la acción de tutela, establece que: “toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares [...]”. Por último, el artículo décimo (10º) del mencionado Decreto establece que “la acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante”.

[23] Ver Sentencias T-701 de 2003, T-261 de 2012, T-340 de 2012. T- T-063 de 2014 y T-841

de 2014.

[24] Ver sentencias T-708 de 2015, T-790 de 2014 y T-725 de 2011, entre otras.

[25] Ver, entre otras, sentencia T-547 de 2011.

[26] T-070 de 2015.

[27] La sentencia C-577 de 2011 reitera la C-271 de 2003.

[28] La sentencia T-292 de 2016 reitera las sentencias C-371 de 1994, C-577 de 2011, C-241 de 2012, C-026 de 2016 y T-071 de 2016.

[29] Ratificada por Colombia el 28 de mayo de 1973.

[31] Su vinculación no es obligatoria, pero se ha aplicado en virtud de la costumbre internacional, la cual constituye una fuente del derecho internacional según el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, Artículo 38.1, precepto reiterado, entre otras, en la Sentencia T-070 de 2015.

[32] Ratificado por Colombia el 29 de octubre de 1969.

[33] Sentencia T- 292 de 2016.

[34] C-577 de 2011.

[35] C-831 de 2006.

[36] Sentencia T-836 de 2014.

[37] Artículo 214. IMPUGNACION DE LA PTERNIDAD. El hijo que nace después de expirados los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio o a la declaración de la unión marital de hecho, se reputa concebido en el vínculo y tiene por padres a los cónyuges o a los compañeros permanentes, excepto en los siguientes casos:

1. Cuando el Cónyuge o el compañero permanente demuestre por cualquier medio que él no es el padre.

2. Cuando en proceso de impugnación de la paternidad mediante prueba científica se desvirtúa esta presunción, en atención a lo consagrado en la Ley 721 de 2001.

[38] Medina Pabón, Juan Enrique, Derecho Civil. Derecho de Familia. Tercera Edición, Edit. Universidad del Rosario, pág. 380 y ss.

[39] Medina Pabón, Juan Enrique, Derecho Civil. Derecho de Familia. Tercera Edición, Edit. Universidad del Rosario, pág. 459

[40] Título XII. “De los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos legítimos”. (Texto original).

[41] Artículo 252. “Derechos de otros ascendientes. Tienen derecho al mismo socorro todos los demás ascendientes legítimos, en caso de inexistencia o de insuficiencias de los inmediatos descendientes”. (Texto original).

[42] Código Civil, artículo 35.

[43] Medina Pabón, Juan Enrique, Derecho Civil. Derecho de Familia. Tercera Edición, Edit. Universidad del Rosario, pág. 628.

[44] En esta sentencia es en la primera que se habla de “hijo de crianza”.

[45] La sentencia T-497 de 2005, estudio un caso similar al de la T-292 de 2004. Reiteró las consideraciones allí expuestas y adoptó una decisión similar.

[46] Sentencia C-491 de 2016.

[47] Sentencia T-119 de 2016.

[48] Sentencia T-442 de 1992.

[49] Conciliación. (Cuaderno principal, fl. 58)

[50] Por ejemplo, la sentencia T-592 de 1997 reconoció derechos pensionales a los padres de crianza del causante y la sentencia T-292 de 2004 ordenó al ICBF iniciar e incluir a los padres de crianza en el proceso de adopción del menor.

[51] Página 34 de la sentencia.