

LA CORTE REITERÓ QUE NO ES COMPETENTE PARA CONOCER DE DEMANDAS DE INCONSTITUCIONALIDAD CUANDO EXISTE UNA OMISIÓN ABSOLUTA DEL LEGISLADOR, COMO OCURRE CON LA FIGURA DE LOS HIJOS DE CRIANZA PARA EFECTOS DE ACCEDER AL BENEFICIO DEL SUBSIDIO FAMILIAR EN DINERO

I. EXPEDIENTE D-12987 - SENTENCIA C-289/19 (junio 26)
M.P. Carlos Bernal Pulido

1. Norma acusada

LEY 789 DE 2002

(diciembre 27)

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

ARTÍCULO 3o. RÉGIMEN DEL SUBSIDIO FAMILIAR EN DINERO. Tienen derecho al subsidio familiar en dinero los trabajadores cuya remuneración mensual, fija o variable no sobrepase los cuatro (4) salarios mínimos legales mensuales vigentes, smlmv, siempre y cuando laboren al menos 96 horas al mes; y que sumados sus ingresos con los de su cónyuge o compañero (a), no sobrepasen seis (6) salarios mínimos legales mensuales vigentes, smlmv. Cuando el trabajador preste sus servicios a más de un empleador, se tendrá en cuenta para efectos del cómputo anterior el tiempo laborado para todos ellos y lo pagará la Caja de Compensación Familiar a la que está afiliado el empleador de quien el trabajador reciba mayor remuneración mensual. Si las remuneraciones fueren iguales, el trabajador tendrá la opción de escoger la Caja de Compensación. En todo caso el trabajador no podrá recibir doble subsidio.

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

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

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

[...]

2. Decisión

Declararse **INHIBIDA** para pronunciarse sobre la constitucionalidad del numeral primero del parágrafo primero del artículo 3 (parcial) de la Ley 789 de 2002, "*Por la cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo de Trabajo*", por ineptitud sustantiva de la demanda.

3. Síntesis de los fundamentos

La Corte debía resolver en esta oportunidad si la norma demandada, al no incluir a los hijos de crianza como beneficiarios del subsidio familiar en dinero para trabajadores cuya remuneración mensual no sobrepase los 4 smmlv, desconoce el derecho fundamental a la igualdad, la garantía constitucional de la familia como núcleo fundamental de la sociedad y los derechos prevalentes de los niños.

La Sala Plena encontró que no era viable adelantar un examen de fondo de la disposición acusada. Sostuvo que, como quiera que el Legislador no ha regulado la figura de la familia de crianza, los demandantes no solicitan la subsanación de una omisión legislativa relativa sino la de una omisión legislativa absoluta. Dado que no existe un deber constitucional explícito de que el Legislador otorgue a los hijos de crianza el beneficio del subsidio de salud, la Corte

carece de competencia para pronunciarse sobre la omisión legislativa absoluta *sub examine*. En tal virtud, la Corte señaló que es el Congreso, de conformidad con el artículo 150 de la Constitución, la autoridad competente para legislar sobre la materia. Esta misma posición fue sostenida en reciente jurisprudencia, concerniente a la adición del grupo familiar de crianza dentro de los beneficiarios del sistema pensional (C-359 de 2017), del orden sucesoral (C-085 de 2019) y del sistema de salud (C-188 de 2019).

Con todo, la Corte destacó que ello no excluye la posibilidad de que, en un caso concreto, si existe vulneración de derechos fundamentales, los menores de edad que formen parte de una familia de crianza soliciten el beneficio atinente al subsidio familiar en dinero. Así, recordó que, en varias ocasiones, la jurisprudencia constitucional ha reconocido y protegido derechos fundamentales de miembros de familias de crianza en este sentido (T-354 de 2016, T-070 de 2015, T-606 de 2013 y T-586 de 1999).

4. Salvamento y aclaración de voto

El Magistrado **Alberto Rojas Ríos**, al no obtener la mayoría reglamentaria para su ponencia, se separó de la decisión mayoritaria al considerar que la demanda de inconstitucionalidad contra la expresión “1. Los hijos que no sobrepasen la edad de 18 años, legítimos, naturales, adoptivos y los hijastros” del numeral 1 (parcial) del párrafo 1º del artículo 3º de la Ley 789 de 2002, en materia de la prestación social del subsidio familiar en dinero para los hijos de crianza, recaía sobre el análisis de la existencia de una omisión legislativa relativa y no de una absoluta que dio lugar a una decisión inhibitoria.

En ese sentido, señaló que en aplicación de las sentencias C-359 de 2017, C-085 y C-188 de 2019, la Sala Plena abordó esta específica materia concerniente a la seguridad social, como si no existiera regulación alguna sobre el subsidio familiar, institución que está ampliamente regulada y que es objeto de la demanda por ausencia de apenas un elemento relativo a su titularidad. Lo anterior, no sólo evidenció una falencia en el enfoque del análisis efectuado, puesto que sí existe tal normatividad y, por lo tanto, no se trata de una omisión legislativa absoluta como erradamente se decidió, sino que, adicionalmente, todas las providencias invocadas por la Sala Plena para eludir una decisión de mérito fueron inhibitorias y, como es lógico, éstas no configuran precedente judicial a seguir, toda vez que no comportan un pronunciamiento de mérito. Adicionalmente, sostuvo que el control concreto y abstracto no son dimensiones enteramente separadas del control de constitucionalidad, sino que se complementan y, en sentido, los pronunciamientos que en sede de control concreto han salvaguardado los derechos de las familias de crianza por vía de tutela (T-586 de 1999, T-606 de 2013, T-070 de 2015, T-074 de 2016, T-354 de 2016, T-525 de 2016, T-107 de 2017, T-495 de 2017 y T-281 de 2018) demuestran que se trata de una omisión legislativa relativa, ya que si fuera absoluta, la Corte no habría podido impartir protección.

A partir de lo anterior, el magistrado disidente indicó que el problema jurídico en el caso objeto de salvamento se circunscribía a determinar si la exclusión de los hijos de crianza del subsidio familiar en dinero para trabajadores cuya remuneración mensual no sobrepase los cuatro salarios mínimos legales mensuales vigentes, desconoce las garantías constitucionales a la igualdad (art. 13 C.P.), a la familia (art. 42 C.P.) y a los derechos prevalentes de los niños (art. 44 C.P.).

Sobre dicho problema jurídico, sostuvo que en el presente caso, a partir de una interpretación sistemática en la que se armonizara el deber de protección en un Estado Social y Democrático de Derecho (art. 1 C.P.) en el que todas las formas de familias (art. 42 C.P.) tienen cabida y merecen un trato igual (art. 13 C.P.), se debió reconocer en sede de control abstracto de constitucionalidad un déficit de protección, como en efecto se hizo previamente en la sentencia C-026 de 2016 -la cual sí comporta un precedente aplicable a la materia- cuando se declaró exequible la expresión “*primer grado de consanguinidad o primero civil*”, contenida en el artículo 112A de la Ley 65 de 1993, bajo el entendido de que las personas privadas de la libertad también podrán recibir visitas de niños, niñas o adolescentes que demuestren tener un vínculo estrecho de familiaridad con la persona privada de la libertad, surgido a partir de la existencia de lazos de convivencia, afecto, respeto, solidaridad, protección y asistencia. De tal manera que a partir de dicha interpretación constitucional, la familia es un fenómeno sociológico que se integra cuando dentro de un grupo de personas se acreditan lazos de amor, respeto mutuo y unidad de vida común, conformada ya sea por la relación de pareja,

la existencia de vínculos filiales o la decisión libre de conformar esa unidad familiar y que no concierne necesariamente a la estructura tradicional de naturaleza parental, ni menos a la existencia de una pareja, sino que debe verificarse la presencia de algunas circunstancias fácticas que permiten acreditar el acto voluntario de conformación de la misma, así como la construcción de vínculos y lazos de solidaridad.

Tal interpretación surge del mandato constitucional de protección a las diversas modalidades de familia, determinadas a partir de este criterio circunstancial y que se sustenta, a su vez, en cuatro pilares de índole constitucional, a saber: (i) el derecho a la igualdad, la autonomía y el libre desarrollo de la personalidad; (ii) el derecho a la intimidad; (iii) la obligación de tratamiento jurídico paritario entre los hijos; y, (iv) el pluralismo. Y algo más: como lo reiteraba el Magistrado **Ciro Angarita**, “la familia está donde están los afectos”.

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

Desde esa perspectiva, el Magistrado **Rojas Ríos** consideró que en la expresión demandada se materializa una omisión legislativa relativa que establece un trato diferente entre los menores familiares de los trabajadores, el cual resulta discriminatorio respecto de aquellos niños, niñas y adolescentes que, no obstante mantener una relación afectiva y de familiaridad con el trabajador, no se encuentran en el supuesto previsto en la norma acusada. Lo anterior se verifica en tanto, conforme lo ha sistematizado la jurisprudencia constitucional, en el presente caso: (i) existe una norma sobre la cual se predica el cargo, esto es, el numeral 1 (parcial) del parágrafo 1º del artículo 3º de la Ley 789 de 2002; (ii) la misma excluye de sus consecuencias jurídicas a los hijos de crianza, quienes por ser asimilables, deben ser incorporados en el texto normativo cuestionado; (iii) la exclusión de los hijos de crianza carece de un principio de razón suficiente; (iv) la falta de inclusión genera para los hijos de crianza una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma, como en efecto lo es que no reciben una prestación social destinada al alivio de las cargas económicas; y, (v) la omisión es el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador, quien en un Estado Social Democrático y plural de Derecho está obligado al establecimiento de normas que se amolden a la realidad sociológica de las relaciones humanas.

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

Con fundamento en lo anterior, y para garantizar un mayor nivel de protección de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, el Magistrado **Rojas Ríos** señaló que la Corte debió declarar exequible el segmento demandado, pero en el entendido que los hijos de crianza a cargo de los trabajadores beneficiarios del subsidio familiar en dinero, darán derecho a reclamar dicha prestación social.

La Magistrada **Gloria Stella Ortiz Delgado** aclaró su voto en relación con algunas de las consideraciones y fundamentos de la decisión inhibitoria anterior.