

**Sentencia T-942/14**

Referencia: Expediente T- 4.476.237

Acción de tutela instaurada por Edgar Daza Vega contra Comfenalco Santander

Magistrado Ponente:  
LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Bogotá, DC., tres (3) de Diciembre de dos mil catorce (2014)

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Luis Guillermo Guerrero Pérez, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

**SENTENCIA**

Dentro del trámite de revisión del fallo dictado en primera instancia, el cinco de mayo de 2014, por el Juzgado Diecisiete Civil Municipal de Menor Cuantía, de Bucaramanga Santander, en el asunto de la referencia.

**I. ANTECEDENTES**

**De los hechos y la demanda**

El señor Edgar Daza Vega, en nombre y representación de su nieto Abdiel Samuel Santiago Daza Castiblanco, presentó acción de tutela contra Comfenalco Santander, con base en los siguientes

**1. Hechos**

- 1.1. El señor Edgar Daza Vega, desde el primero de octubre de 2010, se encuentra afiliado a la Caja de Compensación Familiar Comfenalco Santander.
- 1.2. Sostiene que el día 10 de febrero de 2014, mediante acta No. 0019 de la Comisaría de Familia de Bucaramanga, a él y a su esposa Nancy Edith Castiblanco Rodríguez, les fue entregada la custodia provisional de su nieto Abdiel Samuel Santiago Daza Castiblanco, hijo de Natalia Daza Castiblanco.
- 1.3. Por lo anterior, le solicitó a Comfenalco Santander la afiliación del menor Abdiel Samuel Santiago, en calidad de beneficiario suyo a dicha

caja de compensación, sin embargo, según relata, tal petición fue rechazada de manera “*abrupta*” el día cuatro de marzo de 2014, con la respuesta de que “[*n*]o se afilián nietos”.

- 1.4. Expone que Comfenalco Santander, al no permitir la afiliación de su nieto en calidad de su beneficiario, trasgrede los derechos de protección especial a la niñez contemplados en el artículo 44 de la Constitución; el derecho a la igualdad; el derecho al mínimo vital en concordancia con los derechos a la dignidad humana, a la solidaridad, a la vida y a la integridad personal; y los derechos contenidos en el parágrafo 1° del artículo 3° de la Ley 789 de 2003; que están en cabeza del menor Abdiel Samuel Santiago Daza Castiblanco.
- 1.5. El accionante, cita algunos artículos de la Ley 21 de 1982 “*Por la cual se modifica el régimen del Subsidio Familiar y se dictan otras disposiciones*”. Relata que si bien dicha norma no incluye como beneficiarios del subsidio a los nietos, en todo caso, al señalar que los beneficiarios de éste serán aquellas personas que estén a cargo del trabajador, por cuanto el objetivo fundamental de tal figura es aliviar las cargas que representa el sostenimiento de la familia; es razonable que a su nieto se le permita acceder al citado beneficio, por cuanto el menor depende de él de manera absoluta y necesita del referido auxilio económico para solventar los gastos de su hogar.

## 2. Pretensiones

Solicita que en el fallo que ponga fin a la solicitud de amparo, se resuelva lo siguiente:

- 2.1. Que se tutelen los derechos fundamentales al mínimo vital en concordancia con los derechos a la dignidad humana, a la solidaridad, a la vida, a la integridad personal, a la igualdad y el derecho a la especial protección de la niñez, que le asisten al menor Abdiel Samuel Santiago Daza Castiblanco.
- 2.2. Que como consecuencia de lo anterior, se ordene a Comfenalco Santander afiliarse de manera inmediata al menor Abdiel Samuel Santiago Daza Castiblanco, en calidad de beneficiario suyo, para que aquel pueda disfrutar de los beneficios del subsidio familiar, en la susodicha caja de compensación.
- 2.3. Que se requiera a la accionada para que no vuelva a incurrir en los hechos que dieron origen a la presente acción de amparo.

## II. Actuaciones judiciales sujetas a Revisión

2.1. La acción de tutela fue admitida por el Juzgado Diecisiete Civil Municipal de Bucaramanga, mediante providencia del 21 de abril de 2014, en la que dispuso notificar a la accionada y oír en declaración al accionante.

2.2. En cumplimiento de dichas órdenes, el día 23 de abril de 2014, bajo la gravedad del juramento, se recibió la declaración del señor Edgar Daza Vega. En la misma, expuso lo siguiente:

2.2.1. Manifestó residir en Floridablanca Santander, tener 51 años de edad, ser empleado de una empresa metalmecánica, estar a cargo de su nieto que fue fruto del acceso carnal del que fue víctima su hija Natalia Edith Daza Castiblanco, de 23 años de edad, quien no labora y gracias a un préstamo pagado por él, cursa el tercer semestre de criminalística. Al preguntársele sobre la entidad financiera que le otorgó dicho crédito y el monto del mismo, manifestó: *“La entidad es COOPFUTURO, el préstamo es de \$1.200.000 no recuerdo muy bien, el crédito está a seis meses inici[ó] en febrero y culmina en agosto, pero hay que renovarlo para el siguiente semestre, ella figura como titular del crédito pero yo soy el que cancela el crédito, la cuota son como 242.000 no estoy completamente seguro del monto”*<sup>1</sup>.

2.2.2. Relató que su núcleo familiar está compuesto por ocho personas, así: *“son 5 hijos EDGAR SEBASTIAN DAZA CASTIBLANCO de 25 años de edad, él trabaja en la empresa TORNOPARTES, NATALIA EDITH DAZA CASTIBLANCO, 23 años de edad y estudia, DANIEL SANTIAGO DAZA CASTIBLANCO, de 21 años estudia en UDI diseño gráfico y está en 4 semestre. LINA MELISA DAZA CASTIBLANCO 11 años estudia en el colegio DIVINO SALVADOR y está en 5 grado de primaria. MANUEL ALEJANDRO DAZA CASTIBLANCO, tiene 8 años y está en grado tercero y estudia en el DIVINO SALVADOR. Mi esposa NANCY EDITH CASTIBLANCO RODRIGUEZ, de 46 años cumplidos, ella es ama de casa pero ella es licenciada pero no labora, mi nieto ABDIEL SAMUEL SANTIAGO DAZA CASTIBLANCO tiene 2 años y medio y está en la casa con la abuela”*<sup>2</sup>.

2.2.3. Informó que los gastos de su hogar ascienden a \$1.700.000 mensuales y son asumidos por él y por su hijo Edgar Sebastián, con \$1.800.000 que mensualmente logran reunir entre los dos. Declaró vivir en arriendo, no tener bienes muebles ni inmuebles, salvo un lote en Sogamoso que recibió como herencia la señora Nancy Edith Castiblanco Rodríguez, su esposa.

---

<sup>1</sup> Folio 31, cuaderno 1. En adelante, siempre que se indique un folio, se entenderá que el mismo hace parte del cuaderno no. 1, salvo que se señale otra cosa.

<sup>2</sup> *Ibíd.*

2.2.4. Sobre las deudas contraídas por él y su núcleo familiar expuso: *“En el [B]anco [S]ocial tengo un préstamo la cuota son \$62.000 y me quedan 2 años para pagar, en el Banco P[ichincha] pago [\$]85.000, en el [É]xito tengo una deuda de \$700.000 la tarjeta está a nombre de mi esposa, de arriendo pagamos \$778.000 pesos mensuales, mensualmente alimentación y artículos de aseo se van \$450.000, mi esposa está pagando un préstamo en el [B]anco [C]aja Social la cuota está en \$102.000 mensuales, en la entidad COOPFUTURO pago \$242.000, los gastos de mi nieto, la cuota de la EPS SALUDCOOP son \$60.000 y los gastos de aseo y alimentación por hay (sic) unos \$120.000”<sup>3</sup>.*

2.2.5. Indicó que está afiliado a Comfenalco desde el primero de octubre de 2010, afiliación que estuvo suspendida en diciembre de 2010 y fue reactivada el 27 de enero de 2011, sin otra novedad. Expuso que en el año 2013 solicitó la afiliación del menor ABDIEL SAMUEL SANTIAGO DAZA CASTIBLANCO ante Comfenalco, para lo cual llenó el formulario y adjuntó una declaración extrajuicio en la que manifestaba que aquel dependía económicamente de él. Sin embargo, la petición le fue negada por no tener la custodia del menor y porque no se afiliaban a los nietos. Reprocha el hecho de que para el año 2014, teniendo la custodia de su nieto, la petición volviera a ser negada bajo el argumento ya conocido. Por lo anterior, según declaró: acude al juez constitucional, a efectos de que el menor pueda tener *“los beneficios económicos como los que tiene[n] mis hijos menores, esto se refiere al subsidio y el derecho al ingreso de los diferentes centros recreacionales, y otros que tiene la CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR para los afiliados cotizantes y con este subsidio aliviaría los gastos del hogar y en (sic) sostenimiento de mi nieto”*<sup>4</sup>. Expone que, además, el otorgamiento del subsidio que entrega la caja de compensación tutelada le permitiría alivianar los gastos que están en cabeza suya, pues por cada hijo menor de edad recibe \$25.000 mensuales.

2.2.6. Para finalizar, puso de presente lo siguiente: *“[M]e veo obligado a interponer la acción de tutela en contra de la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COMFENALCO SANTANDER por cuanto considero que mi nieto tiene los mismos derechos que mis hijos menores ya que tanto él como su mamá depende[n] económicamente de mí aunque NATALIA es mayor de edad está recuperándose del trauma sufrido por el abuso y acoplándose y encariñándose con ABDIEL SAMUEL y por eso está recibiendo el apoyo de (sic) mío y de mi esposa para que mi hija NATALIA pueda estudiar y así en el futuro pueda sostenerse y sostener a su hijo, esto mismo motivó para que me*

---

<sup>3</sup> Folio 32.

<sup>4</sup> *Ibíd.*

*dieran la custodia provisional de mi nieto y le ruego al juzgado que me tengan en cuenta al juzgado (sic) y como digo es una menor cuantía que alivia los gastos de mi nieto”<sup>5</sup>.*

### **2.3. Respuesta de la entidad demandada**

Por su parte, Comfenalco Santander, manifestó que no ha vulnerado los derechos fundamentales del menor Abdiel Samuel Santiago Daza Castiblanco. Expuso que, con base en el artículo 27 de la Ley 21 de 1982 *“Por la cual se modifica el régimen del Subsidio Familiar y se dictan otras disposiciones”*, y el artículo 3° 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”*, no puede admitir como beneficiario del subsidio familiar al nieto del señor Edgar Daza Vega, pues dichas leyes, que regulan la materia, no lo permiten.

Finalmente, solicita que la tutela interpuesta sea declarada improcedente por cuanto no es el medio judicial idóneo para obtener la afiliación a una caja de compensación familiar y, porque el accionante no acreditó un perjuicio irremediable.

### **2.4. Sentencia de Primera Instancia**

Mediante providencia del cinco de mayo de 2014, el Juzgado Diecisiete Civil Municipal de menor Cuantía de Bucaramanga Santander, resolvió negar por improcedente la acción de tutela instaurada por el señor Edgar Daza Vega, en representación del menor Abdiel Samuel Santiago Daza Castiblanco.

El *a quo*, a pesar de haber considerado que en efecto el accionante tenía la custodia de su nieto, expuso que no es posible, por ese solo hecho, considerar que la pasiva vulnera sus derechos fundamentales, al no tenerlo como su beneficiario del subsidio familiar, ya que con base en la normatividad vigente aquello no es posible.

Según el despacho:

*“[...] [S]i no se ha considerado dentro de la legislación, a los nietos como posibles beneficiarios del subsidio, mal puede este despacho, entrar a desconocer el régimen aplicable al efecto, si no se advierte con ello, la afectación del mínimo vital, pues la familia cuenta con ingresos que le permiten atender sus necesidades básicas y además no se percibe la causación de un perjuicio irremediable. Cabe advertir que el menor cuenta con la atención en salud, pues se halla afiliado a la EPS, y sus*

---

<sup>5</sup> *Ibíd.*

*abuelos y tío colaboran con los gastos del menor. De otro lado, se debe tener en cuenta, que en el presente caso no podemos hablar de vulneración del derecho a la igualdad, por cuanto no es posible hablar de igualdad entre desiguales, pues, los hijos menores del tutelante, reciben el subsidio, precisamente porque así está establecido en las disposiciones que rigen la materia, no ocurriendo lo propio frente a los nietos.*

*Corolario de lo anterior, deberá negarse el amparo impetrado, como quiera que el actor no demostró, que la falta de pago del subsidio familiar vulnera derechos fundamentales, puesto que el derecho a la seguridad social que contiene el derecho al pago de la prestación económica, no es por si solo fundamental. Por ende, deberá acudir a la jurisdicción ordinaria para proteger sus derechos de rango legal”<sup>6</sup>.*

## **2.5. Pruebas relevantes que obran en el expediente**

2.5.1. Copias de la cédula de ciudadanía del señor Edgar Daza Vega y del registro civil de nacimiento del menor Abdiel Samuel Santiago<sup>7</sup>.

2.5.2. Copia del acta de conciliación no. 0019, del 10 de febrero de 2014, de la Comisaría de Familia de Bucaramanga, en la cual consta que la señora Natalia Edith Daza Castiblanco, entrega la custodia provisional de su menor hijo Abdiel Samuel Santiago Daza Castiblanco, a sus padres Nancy Edith Castiblanco Rodríguez y Edgar Daza Vega, *“quienes deberán responder por su cuidado personal, moral y cultural”<sup>8</sup>.*

2.5.3. Copias de los formularios de inscripción ante Comfenalco, del primero de octubre de 2010, 27 de enero de 2011 y del cuatro de marzo 2014<sup>9</sup>.

## **III. Consideraciones**

### **3.1. Competencia**

Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para proferir sentencia dentro de la acción de tutela de la referencia, que fue escogida para revisión por medio de Auto del 22 de agosto de 2014, de la Sala de Selección Número Ocho, con fundamento en lo prescrito por el inciso 2º del artículo 86, y el numeral 9º del artículo 241, ambos de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

---

<sup>6</sup> Folio 52.

<sup>7</sup> Folios 1 y 2.

<sup>8</sup> Folio 3.

<sup>9</sup> Folios 4, 5 y 6.

### 3.2. Problema Jurídico

Le corresponde a la Sala de Revisión establecer si los derechos fundamentales al mínimo vital en concordancia con los derechos a la dignidad humana, a la solidaridad, a la vida, a la integridad personal, a la igualdad y el derecho constitucional de protección especial de la niñez, que le asisten al menor Abdiel Samuel Santiago Daza Castiblanco, están siendo vulnerados por Comfenalco Santander, al negarle la condición de beneficiario del subsidio familiar del que es titular su abuelo materno.

Para efectos de dar solución al problema jurídico planteado, la Sala deberá reiterar la jurisprudencia constitucional relacionada con (i) la procedencia de la acción de tutela para solicitar el pago del subsidio familiar, (ii) la institución del subsidio familiar, (iii) el marco constitucional de la protección a los diferentes tipos de familia, (iv) la figura de la custodia provisional, (v) la crianza como un hecho a partir del cual surge el parentesco y, (vi) el derecho a la igualdad entre los hijos integrantes del núcleo familiar. A partir de las consideraciones anteriores, procederá a resolver el caso concreto.

### 3.3. Procedencia de la acción de tutela para solicitar el pago del subsidio familiar

3.3.1. Ha señalado este Tribunal Constitucional que el subsidio familiar es una prestación económica derivada del derecho a la seguridad social<sup>10</sup> y, está previsto como un *“mecanismo de redistribución del ingreso, en especial si se atiende a que el subsidio en dinero se reconoce al trabajador en razón de su carga familiar y de unos niveles de ingreso precarios, que le impiden atender en forma satisfactoria las necesidades más apremiantes en alimentación, vestuario, educación y alojamiento”*<sup>11</sup>. Su pago, se encuentra a cargo de la caja de compensación que lo administra, pues al empleador, sólo le corresponde efectuar el aporte respectivo.

3.3.2. Dado que el mismo, como se dijo, deriva del derecho a la seguridad social, por regla general, no es considerado un derecho fundamental<sup>12</sup>. Por esta razón, en principio, el reconocimiento y pago del subsidio familiar no es susceptible de protección por vía de tutela, salvo que se demuestre que el no pago de éste vulnera otros derechos fundamentales que permitan deducir su conexidad con el derecho a la seguridad social.

3.3.3. Sin embargo, la jurisprudencia sentada por esta Corporación<sup>13</sup>, con fundamento en el mandato previsto en el artículo 44 de la Carta, ha señalado que *“el derecho a recibir el subsidio familiar, que ha sido reconocido como*

<sup>10</sup> Sentencias C-508 de 1997, T-980 de 1999, T-753 de 1999, T-1034 de 2000.

<sup>11</sup> Sentencia C-508 de 1997.

<sup>12</sup> Sentencias T-202 de 1997 y T-586 de 1999.

<sup>13</sup> Sentencias T-753 de 1999, SU-043 de 1995, T-001 de 1995, T-703 de 1996, T-202 de 1997, T-858 de 1999, T-586 de 1999, T-1034 de 2000.

*una derivación prestacional del derecho a la seguridad social, puede ser reclamado por vía de tutela cuando el afectado es un menor de edad, pues la Constitución lo eleva en estos casos a la categoría de derecho fundamental*<sup>14</sup>. Igualmente, el derecho a recibir el pago del subsidio familiar, adquiere el rango de fundamental, cuando sus beneficiarios son ancianos que se encuentran en estado de debilidad manifiesta, puesto que *“es obvio que si no se recibe el subsidio familiar, destinado a esos ancianos sin trabajo y sin recursos, ello significa una trasgresión que afecta no solo la dignidad sino el mínimo vital”*<sup>15</sup>.

3.3.4. Por lo anterior, la reclamación que por vía de tutela se haga para exigir el pago del subsidio familiar, entendido éste como una especie dentro del género de la seguridad social<sup>16</sup>, en principio, no resultaría viable por este mecanismo excepcional, no obstante, salvo en los casos en que el subsidio familiar es reclamado por menores de edad o por personas de la tercera edad que se encuentren en estado de debilidad manifiesta, adquiere la condición de derecho fundamental y por ende la acción de tutela surge como la vía judicial apropiada para exigir su pago.

3.3.5. Así las cosas, en el caso bajo estudio, tiene la Sala que el señor Edgar Daza Vega, interpone la acción de tutela en nombre y representación de su nieto Abdiel Samuel Santiago, de quien detenta la custodia provisional y a quien la Caja de Compensación Comfenalco Santander se niega a tener como beneficiario suyo por ser su nieto.

3.3.6. Entonces, dado que la petición principal de la acción de amparo de la referencia es que la accionada reconozca y pague el subsidio familiar en favor de un menor de edad, la misma, como lo ha establecido la jurisprudencia de esta Corporación, se perfila como procedente y la Sala debe entrar a hacer un estudio de fondo sobre ésta, con el fin de establecer si, como lo afirma el actor, la decisión adoptada por Comfenalco Santander viola los derechos del menor Abdiel Samuel Santiago Daza Castiblanco.

#### **3.4. La institución del subsidio familiar**

3.4.1. La Ley 21 de 1982 *“Por la cual se modifica el régimen del Subsidio Familiar y se dictan otras disposiciones”*, define el subsidio familiar de la siguiente manera:

---

<sup>14</sup> Sentencia T-223 de 1998.

<sup>15</sup> Sentencia T-753 de 1999. En el mismo sentido, puede consultarse la sentencia T-299 de 1997.

<sup>16</sup> Cfr. Corte Constitucional. Sentencias C-149 de 1994 y C-1173 2001. Al respecto, en la primera de las providencias mencionadas se señaló que: *“La seguridad social ostenta a nivel constitucional la doble naturaleza de servicio público mediante el que se realizan los fines esenciales del Estado (CP arts. 2, 48, 365 y 366) y de derecho constitucional garantizado a todos los habitantes (CP art. 48). Su finalidad es asegurar a toda persona, independientemente de su situación laboral, las condiciones necesarias para una existencia digna y la plena realización personal”*.

*“Art. 1º.- El subsidio familiar es una prestación social pagadera en dinero, especie y servicios a los trabajadores de medianos y menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo, y su objetivo fundamental consiste en el alivio de las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia como núcleo básico de la sociedad. (...)”*

3.4.2. Dicha ley, en su artículo 2º, señala que el *“subsidio familiar no es salario, ni se computará como factor del mismo en ningún caso”*.

3.4.3. Por su parte, el artículo 3º 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”*, estableció de manera taxativa quiénes pueden ser beneficiarios del subsidio familiar, así:

*“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. Los hermanos que no sobrepasen la edad de 18 años, huérfanos de padres, que convivan y dependan económicamente del trabajador y que cumplan con el certificado de escolaridad del numeral 1.*

*3. Los padres del trabajador beneficiario mayores de 60 años, siempre y cuando ninguno de los dos reciba salario, renta o pensión alguna. No podrán cobrar simultáneamente este subsidio más de uno de los hijos trabajadores y que dependan económicamente del trabajador. (...)”*

3.4.4. Sobre la regulación legal del subsidio familiar, este Tribunal Constitucional ha señalado que:

*“El subsidio familiar en Colombia ha buscado beneficiar a los sectores más pobres de la población, estableciendo un sistema de compensación entre los salarios bajos y los altos, dentro de un criterio que mira a la satisfacción de las necesidades básicas del grupo familiar. Los medios para la consecución de este objetivo son básicamente el reconocimiento de un subsidio en dinero a los trabajadores cabeza de familia que devengan salarios bajos, subsidio que se paga en atención al número de hijos; y también en el reconocimiento de un subsidio en servicios, a través de programas de salud, educación, mercadeo y recreación.*

*Los principios que lo inspiraron y los objetivos que persigue, han llevado a la ley y a la doctrina a definir el subsidio familiar como una prestación social legal, de carácter laboral. Mirado desde el punto de vista del empleador, es una obligación que la ley le impone, derivada del*

*contrato de trabajo. Así mismo, el subsidio familiar es considerado como una prestación propia del régimen de seguridad social*<sup>17</sup>.

3.4.5. De acuerdo con lo dispuesto por la ley y la jurisprudencia, el subsidio familiar tiene como objetivo principal contribuir a la protección de la familia como núcleo esencial de la sociedad. Conforme con ello, es viable afirmar que el subsidio familiar es una forma de ejecución del mandato consagrado en el artículo 42 de la Constitución Política según el cual, el “*Estado y la sociedad garantizarán la protección integral de la familia*”<sup>18</sup>.

3.4.6. Dicha figura, busca beneficiar a los sectores más pobres de la población, mediante el pago de un subsidio en dinero y el reconocimiento de un subsidio en servicios, para los trabajadores que devenguen salarios bajos. Sin embargo, el mismo solo se ha fijado para los hijos menores de 18 años, los hermanos que no sobrepasen los 18 años huérfanos de padres y que dependan del trabajador, o sin son mayores<sup>19</sup>, siempre que acrediten que se encuentran estudiando y; los padres del trabajador mayores de 60 años que no reciban pensión, ni salario, ni renta.

### **3.5. Marco constitucional de la protección a los diferentes tipos de familia**

3.5.1. De acuerdo con del artículo 42<sup>20</sup> de la Constitución Política, la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y se constituye por vínculos naturales o jurídicos, mediante matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

3.5.2. El mismo artículo, señala que “[l]os hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes.”, proyectando, de esta forma, el principio

---

<sup>17</sup> Sentencia C-508 de 1997.

<sup>18</sup> Sentencia T-303 de 2009.

<sup>19</sup> Artículo 28 de la Ley 21 de 1982.

<sup>20</sup> Artículo 42: “*La 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.*

*El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable. La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables.*

*Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes. Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley.*

*Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progeneración responsable.*

*La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos.*

*Las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo, se rigen por la ley civil.*

*Los matrimonios religiosos tendrán efectos civiles en los términos que establezca la ley.*

*Los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil.*

*También tendrán efectos civiles las sentencias de nulidad de los matrimonios religiosos dictadas por las autoridades de la respectiva religión, en los términos que establezca la ley.*

*La ley determinará lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes”.*

de igualdad en el núcleo familiar. Esta última consideración en relación con los hijos, cobra especial relevancia cuando se trata de analizar familias conformadas por los hijos procreados por la pareja y los habidos fuera del matrimonio o fuera de la unión marital de hecho<sup>21</sup>.

3.5.3. La consagración de la anterior protección constitucional tuvo como fundamento el ordinal 3º del artículo 16<sup>22</sup> de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que le impone a la sociedad y al Estado el deber de proteger a la familia en cualquiera de sus formas.

3.5.4. Por su parte, el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>23</sup> establece que: *“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: 1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges”*.

3.5.5. Con fundamento en la normativa citada, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido consistente en proteger la unidad e integridad del núcleo familiar que surge por diferentes vínculos, bien sean naturales, jurídicos de hecho o de crianza<sup>24</sup>.

3.5.6. Así, desde sus primeras decisiones, esta Corporación ha advertido que: *“para proteger a la institución familiar, la Carta Fundamental de 1991 ha elevado a canon constitucional su unidad como principio esencial. Esta consagración trasciende luego en el derecho prevalente de los niños a tener una familia y no ser separados de ella, ya que constituye el ambiente natural para su desarrollo armónico y el pleno ejercicio de sus derechos”*<sup>25</sup>.

3.5.7. Sobre el alcance de la protección del núcleo familiar y los deberes y obligaciones de quienes lo conforman, este Tribunal ha expresado lo siguiente:

*“La familia, como unidad fundamental de la sociedad, merece los principales esfuerzos del Estado con el fin de garantizar su protección integral y el respeto a su dignidad, honra e intimidad intrínsecas. [...] [L]a Constitución también ofrece la garantía de seguridad a las familias*

---

<sup>21</sup> Sentencia T-606 de 2013.

<sup>22</sup> Artículo 16: *“1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.*

*2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.*

*3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”*.

<sup>23</sup> Adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, el 16 de diciembre de 1966, y en el derecho interno mediante la Ley 74 de 1968.

<sup>24</sup> Sentencia T-606 de 2013.

<sup>25</sup> Sentencia T-278 de 1994, y en el mismo sentido la Sentencia T-523 de 1992.

*conformadas a partir de la decisión voluntaria de un hombre y una mujer de convivir juntos. Pero los integrantes del núcleo familiar tienen sus respectivas responsabilidades en relación con los demás participantes de la vida en común: los padres para con sus hijos y éstos frente a aquéllos; todos juntos deben propugnar, en la medida de sus capacidades, por alcanzar una armonía que redunde en beneficio del crecimiento de la totalidad de ese núcleo, además del respeto que se deben los unos a los otros, tanto por la dignidad que cada uno merece en su calidad de persona, como por la que le corresponde como miembro de una misma familia”<sup>26</sup>.*

3.5.8. Por su parte, en la Sentencia T-887 de 2009, la Corte reiteró que:

*“La jurisprudencia constitucional se ha referido en varias ocasiones a la importancia del vínculo familiar y ha hecho énfasis en que desconocer la protección de la familia significa de modo simultáneo amenazar seriamente los derechos constitucionales fundamentales de la niñez”. En el mismo fallo, recordó lo siguiente: “**enfatisa la jurisprudencia constitucional que los padres o miembros de familia que ocupen ese lugar –abuelos, parientes, **padres de crianza**– son titulares de obligaciones muy importantes en relación con el mantenimiento de los lazos familiares y deben velar, en especial, porque sus hijos e hijas gocen de un ambiente apropiado para el ejercicio de sus derechos y puedan contar con los cuidados y atenciones que su desarrollo integral exige”.** (Negrita fuera de texto).*

3.5.9. Este Tribunal, en el desarrollo de su línea jurisprudencial sobre el presente asunto, ha señalado que está proscrito cualquier tipo de discriminación de los miembros de la familia, en razón del vínculo que los una a ésta:

*“La jurisprudencia ha reconocido que, a la luz de la axiología constitucional, son igualmente dignas de respeto y protección las familias originadas en el matrimonio y las conformadas por fuera de éste, y que esta igualdad proscribida toda forma de discriminación basada en el origen familiar, ya sea ejercida contra los hijos o contra descendientes de cualquier grado... Si el constituyente quiso equiparar la familia que procede del matrimonio con la familia que surge de la unión de hecho, y a los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio, **forzoso es concluir que proscribida cualquier tipo de discriminación procedente de la clase de vínculo que da origen a la familia.** Por lo tanto, establecer que son “hijastros” los hijos que aporta uno de los cónyuges al matrimonio, pero que no lo son los que aporta el compañero*

---

<sup>26</sup> Sentencia T-199 de 1996.

*a una unión de hecho, se erige en un trato discriminatorio que el orden jurídico no puede tolerar*<sup>27</sup>. (negrita fuera de texto).

3.5.10. En el mismo sentido, ha señalado que: “[e]l concepto de familia no puede ser entendido de manera aislada, sino en concordancia con el principio del pluralismo. De tal suerte que, en una sociedad plural, no puede existir un concepto único y excluyente de familia [...]”<sup>28</sup>. Precisamente, sobre la heterogeneidad de los modelos familiares, este Tribunal ha expuesto:

*“La doctrina ha puesto de relieve que “la idea de la heterogeneidad de los modelos familiares permite pasar de una percepción estática a una percepción dinámica y longitudinal de la familia, donde el individuo, a lo largo de su vida, puede integrar distintas configuraciones con funcionamientos propios. ...El “carácter maleable de la familia” se corresponde con un Estado multicultural y pluriétnico que justifica el derecho de las personas a establecer una familia “de acuerdo a sus propias opciones de vida, siempre y cuando respeten los derechos fundamentales”, pues, en razón de la variedad, “la familia puede tomar diversas formas según los grupos culturalmente diferenciados”, por lo que “no es constitucionalmente admisible el reproche y mucho menos el rechazo de las opciones que libremente configuren las personas para establecer una familia”*<sup>29</sup>.

3.5.11. En la misma sentencia, en relación con los hijos en las distintas estructuras familiares, se dispuso:

*“[...] [E]n materia de filiación rige un principio absoluto de igualdad, porque, en relación con los hijos, “no cabe aceptar ningún tipo de distinción, diferenciación o discriminación, en razón de su origen matrimonial o no matrimonial”, igualdad absoluta que no existe “en la protección de las diferentes uniones convivenciales”*<sup>30</sup>.

*En este sentido la Corte ha explicado que “el derecho de los niños a tener una familia se puede materializar en el seno de cualquiera de los tipos de familia que protege la Carta Política”*<sup>31</sup>, habida cuenta de que “el primer espacio al cual el infante tiene derecho a pertenecer es su núcleo familiar, en el cual ha de encontrar las condiciones personales y afectivas más adecuadas para que su proceso de educación moral y formación ciudadana sea llevado a cabo cabalmente”<sup>32</sup>.

---

<sup>27</sup> Sentencia T- 586 de 1999. Criterio Jurisprudencial que fue reiterado en posteriores pronunciamientos como las sentencias T-1502 de 2000 y T-1199 de 2001.

<sup>28</sup> Sentencia T-572 de 2009.

<sup>29</sup> Sentencia C-577 de 2011.

<sup>30</sup> Cfr. GRACIELA MEDINA, *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*, Buenos Aires, Rubinzal - Culzoni 2001... Pág. 261.

<sup>31</sup> Cfr. Sentencia T-292 de 2004.

<sup>32</sup> Cfr. Sentencia C-857 de 2008.

3.5.12. En los términos expuestos, siguiendo la hermenéutica Constitucional, de las consideraciones precedentes puede concluirse que la protección de la familia y de los miembros que hacen parte de ella, no se *“restringe a aquellas conformadas en virtud de vínculos jurídicos o de consanguinidad exclusivamente, sino también a las que surgen de facto o llamadas familias de crianza, atendiendo a un concepto sustancial y no formal de familia, en donde la convivencia continua, el afecto, la protección, el auxilio y respeto mutuos van consolidando núcleos familiares de hecho, que el derecho no puede desconocer ni discriminar cuando se trata del reconocimiento de derechos y prerrogativas”*<sup>33</sup> de quienes las integran. (Negrita fuera de texto).

### **3.6. La figura de la custodia**

3.6.1. Tal y como lo ha sostenido esta Corporación<sup>34</sup>, los niños, niñas y adolescentes, son sujetos de especial protección. Con ello se busca *“garantizarles un tratamiento preferencial y asegurarles un proceso de formación y desarrollo en condiciones óptimas y adecuadas, acorde con el papel relevante y trascendental que están llamados a cumplir en la sociedad”*<sup>35</sup>.

3.6.2. El reconocimiento de un estándar especial de protección en favor de los menores, encuentra plena justificación, en palabras de la Corte, en *“su falta de madurez física y mental, en la consiguiente vulnerabilidad e indefensión en que se encuentran frente a todo tipo de riesgos, en la necesidad que por consiguiente se deriva, de proveerlos de las condiciones que se requieran para convertirlos en miembros libres, autónomos y partícipes de la sociedad democrática y del orden en ella establecido”*<sup>36</sup>.

3.6.3. La protección especial de que son titulares los niños, niñas y adolescentes, es reconocida directamente por la Constitución Política, por diversos tratados internacionales de derechos humanos y, concretamente, por La Ley 1098 de 2006 *“Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”*, en adelante CIA.

3.6.4. A nivel constitucional, dicha protección especial encuentra fundamento directo en el artículo 44 de la Carta, (i) al reconocer el alcance *ius fundamental* de todos sus derechos; (ii) darle a aquellos carácter prevalente frente a los derechos de los demás; (iii) e imponerle, no sólo a la familia, sino a la sociedad y al Estado, la obligación de asistirlos y protegerlos, con la finalidad de permitir el pleno ejercicio y la eficacia de las prerrogativas que les asisten<sup>37</sup>, para garantizar su desarrollo integral.

---

<sup>33</sup> Sentencia T-606 de 2013.

<sup>34</sup> Sentencias C-576 de 2008 y T-887 de 2009.

<sup>35</sup> Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-507 de 2004. Reiterada en la Sentencia C-543 de 2010.

<sup>36</sup> Sentencia C-055 de 2010. Ver, igualmente, las Sentencias T-397 de 2004, T-466 de 2006, C-507 de 2005, C-684 de 2009.

<sup>37</sup> Sentencias T-429 de 1992 (protege el derecho al acceso a la educación normal frente a la educación especial); sentencias T-523 de 1992; T-217 de 1994; T-278 de 1994; T-339 de 1994 (protegen el derecho de los niños a tener una familia y no ser separado de ella); sentencia T-524 de 1992 (protege el derecho de los

3.6.5. En el campo del derecho internacional, la protección especial a la niñez es reconocida por diversos tratados de derechos humanos que obligan a Colombia<sup>38</sup>. Es el caso de la Declaración de las Naciones Unidas Sobre los Derechos del Niño, cuyo principio segundo, dispone que la niñez “gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios (...) para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad”<sup>39</sup>.

3.6.6. En similar sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por el Congreso de la República mediante la Ley 12 de 1991, destaca las obligaciones que tienen los padres respecto de sus hijos y enfatiza que le corresponde al Estado prestar apoyo a los padres para cumplir con su obligación de velar por el bienestar de aquellos, cuando no estén en condiciones de asumir por sí mismos dicha tarea. De la misma manera, enfatiza en que los Estados Partes deben poner el máximo empeño en garantizar que ambos padres tengan obligaciones comunes en lo relacionado con la crianza y el desarrollo del niño<sup>40</sup> y, finalmente, reconoce el derecho de

---

niños al libre desarrollo de su personalidad); sentencias T-067 y T-068 de 1994 (protegen el derecho de los niños a la igualdad de oportunidad en colegios bilingües; sentencias T-378 de 1994, T-068 de 1994, T-204 de 1994 (protegen el derecho de los niños a la vida y a la salud; sentencia T-466 de 1992 (protege el derecho de los niños a la recreación).

<sup>38</sup> Como lo recordó la Sala Quinta de Revisión de esta Corte en la sentencia T-319 de 2011, “el derecho de los menores a recibir protección es reconocido por varios tratados internacionales ratificados por Colombia, que hacen parte del bloque de constitucionalidad al tenor del artículo 93 de la Carta de 1991, como la Convención sobre Derechos de los Niños, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Declaración sobre los Principios Sociales y Jurídicos relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños, en los que se trata a los menores como sujetos activos, prestos a recibir protección y a exigir cuidado, amor, educación y recreación, en fin velar y actuar como actores de su propio desarrollo”.

<sup>39</sup> En la sentencia T-887 de 2009 se manifestó: “Resulta clave mencionar la protección que se deriva para la niñez tanto a partir de lo consignado en el Pacto de Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos, como el Pacto de Naciones Unidas sobre Derechos Sociales, Económicos y Culturales. La Convención Interamericana de Derechos Humanos, se pronuncia respecto de la necesidad de ampara derechos específicos de la niñez. El artículo 19 de la Convención establece: “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.” Acá adquiere especial importancia la Convención sobre los Derechos del niño, ello no sólo por el número de países que han ratificado este documento internacional –dicha Convención ha sido ratificada por 191 países-. El único país desarrollado que no ha ratificado la Convención es Estados Unidos. Colombia aprobó la Convención mediante la Ley 12 de 1991. Esta Convención es el primer documento jurídicamente vinculante en donde confluye “toda la gama completa de derechos humanos: derechos civiles y políticos así como derechos económicos, sociales y culturales.” Se tiene entonces que los derechos consignados en ese Tratado internacional no constituyen una opción y tampoco están sujetos a una interpretación libre y arbitraria. No son derechos neutrales. “Estos derechos representan valores muy claros y (...) exigen un compromiso: el de lograr que den resultados; el de actuar y promover medidas que aseguren su realización; el de proclamar cualquier tipo de preocupación, expresar críticas y fomentar cambios cuando los derechos se niegan o no se aplican como debieran. Consultar en: [www.unicef.org/spanish/crc.htm](http://www.unicef.org/spanish/crc.htm). Otros documentos importantes que contienen derechos de los niños son el Convenio Internacional sobre aspectos civiles del Secuestro de Niños, aprobado por la Ley 173 de 1994; el Convenio 138 de la OIT sobre la edad mínima para la admisión al empleo, aprobado por la Ley 515 de 1999; la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, aprobada por la Ley 620 de 2000; el Convenio 182 de la Organización Internacional del Trabajo aprobado por la Ley 704 de 2001; el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, aprobado por la Ley 765 de 2002”.

<sup>40</sup> Art. 18 de la Convención sobre los derechos del niño.

todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social<sup>41</sup>.

3.6.7. Por su parte, el CIA, recoge a nivel interno los parámetros axiológicos sobre la protección especial de los menores previstos en la Constitución Política y en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En ese contexto, el artículo 1º dispone que la citada normativa tiene como finalidad *“garantizar a los niños, a las niñas y a los adolescentes su pleno y armonioso desarrollo para que crezcan en el seno de la familia y de la comunidad, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Prevalecerá el reconocimiento a la igualdad y la dignidad humana, sin discriminación alguna”*. En la misma dirección, el artículo 2º fija como objeto de ese Código *“establecer normas sustantivas y procesales para la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes, garantizar el ejercicio de sus derechos y libertades consagrados en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, en la Constitución Política y en las leyes, así como su restablecimiento. Dicha garantía y protección será obligación de la familia, la sociedad y el Estado”*.

3.6.8. Cabe destacar que las disposiciones constitucionales y de derecho internacional, así como las normas del Código de la Infancia y la Adolescencia citadas, subrayan la importante necesidad de que sea la familia, como núcleo esencial de la sociedad, la principal responsable de brindar la protección adecuada al menor, para que éste alcance su desarrollo integral y armónico. Ello, por cuanto, la familia es la primera llamada a cumplir con la obligación de custodia y cuidado de los niños, niñas y adolescentes.

3.6.9. Desde esa óptica, la intervención estatal en el núcleo familiar, está autorizada de manera marginal y subsidiaria, por lo que únicamente aquella tiene lugar si se presentan razones suficientes que así lo ameriten<sup>42</sup>. Es decir, el Estado solamente debe intervenir en aquellos casos en que ni la familia ni la sociedad estén en condiciones de brindar la protección adecuada y que requieren los niños, niñas y adolescentes.

3.6.10. También ha sostenido la Corte, que un niño o una niña sin familia, se ven privados de crecer en un ambiente de cariño, afecto, solidaridad y alimentación equilibrada. Por esto, sus padres o miembros de familia que ocupen ese lugar –**abuelos, parientes, padres de crianza**–, son los encargados de que crezcan en un escenario apropiado para el ejercicio de sus derechos y de que puedan contar con los cuidados y la atención requerida.

3.6.11. En concordancia con dicha finalidad y con el artículo 44 constitucional, así como con los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, el CIA, establece a favor de los niños el derecho a tener una familia y a no ser separados de ella. Señala así, que los menores

---

<sup>41</sup> Art. 27 *ibídem*.

<sup>42</sup> Sentencias T-752 de 1998 y T-887 de 2009.

tienen derecho a crecer en el seno de una familia, a ser acogidos y no ser expulsados de ésta. No obstante, en armonía con el artículo 44 de la Norma Superior, dicho Código admite una excepción a dicha regla, al establecer que un niño podrá ser separado de su familia cuando la misma no garantice las condiciones para la realización y el goce efectivo de sus derechos, sin que la condición económica pueda dar lugar a la separación (art. 22)<sup>43</sup>.

3.6.12. De igual manera, el CIA dispone que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a que sus padres asuman su custodia, para el favorecimiento de su desarrollo integral. Añade que la obligación de cuidado personal se extiende también a quienes convivan con ellos en el ámbito familiar, social o institucional, así como a sus representantes legales (art. 23)<sup>44</sup>.

3.6.13. En los términos del mismo Código, (i) la custodia y el cuidado personal del niño deben ser asumidos, en forma permanente y solidaria y de manera directa y oportuna por ambos padres (art. 23); (ii) en principio la decisión sobre la custodia corresponde a los padres, que pueden conciliar sobre esta materia y someter esta conciliación a la aprobación del Defensor de Familia (art. 82.9); (iii) en caso de no haber acuerdo, la decisión provisional sobre la custodia y cuidado personal le corresponde al Comisario de Familia (art. 86.5); (iv) esta decisión debe remitirse al juez de familia para homologar el fallo (art. 100).

3.6.14. Con base en lo anterior, en principio, la custodia de los niños, niñas y adolescentes, está a cargo de sus padres, sin embargo, si por alguna razón, ellos están en incapacidad de asumirla, ésta, según lo designe la autoridad competente, puede estar a cargo de otra persona, especialmente de un miembro de su familia, quien conforme lo dispone la Ley de Infancia, tiene bajo su responsabilidad su cuidado, pues es quien convive con él diariamente y quien está a cargo de velar por su crecimiento y desarrollo integral<sup>45</sup>.

### **3.7. La crianza como un hecho a partir del cual surge el parentesco**

3.7.1. Este Tribunal Constitucional ya ha tenido oportunidad de considerar que *“[l]a protección constitucional de la familia también se proyecta a las conformadas por padres e hijos de crianza, esto es, las que surgen no por*

---

<sup>43</sup> El texto literal del artículo 22 del Código de la Infancia y la Adolescencia es el siguiente: “*Artículo 22. DERECHO A TENER UNA FAMILIA Y A NO SER SEPARADO DE ELLA. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a tener y crecer en el seno de la familia, a ser acogidos y no ser expulsados de ella. // Los niños, las niñas y los adolescentes sólo podrán ser separados de la familia cuando esta no garantice las condiciones para la realización y el ejercicio de sus derechos conforme a lo previsto en este código. En ningún caso la condición económica de la familia podrá dar lugar a la separación*”.

<sup>44</sup> El artículo 23 del Código de la Infancia y la Adolescencia preceptúa: “*Artículo 23. CUSTODIA Y CUIDADO PERSONAL. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a que sus padres en forma permanente y solidaria asuman directa y oportunamente su custodia para su desarrollo integral. La obligación de cuidado personal se extiende además a quienes convivan con ellos en los ámbitos familiar, social o institucional, o a sus representantes legales*”.

<sup>45</sup> Sentencia C-239 de 2014.

**lazos de consanguinidad o vínculos jurídicos, sino por relaciones de afecto, respeto, solidaridad, comprensión y protección**”<sup>46</sup>. (Negrita fuera de texto).

3.7.2. En la Sentencia T-495 de 1997, la Corte al pronunciarse sobre una acción de tutela, reconoció el derecho de los padres de crianza, a recibir el pago de la indemnización por la muerte de un soldado. Sobre la relación familiar existente entre los padres de crianza y el soldado fallecido se dijo lo siguiente:

**“Surgió así de esa relación, una familia que para propios y extraños no era diferente a la surgida de la adopción o, incluso, a la originada por vínculos de consanguinidad, en la que la solidaridad afianzó los lazos de afecto, respeto y asistencia entre los tres miembros, realidad material de la que dan fe los testimonios de las personas que les conocieron.**

*De esta manera, si el trato, el afecto y la asistencia mutua que se presentaron en el seno del círculo integrado por los peticionarios y el soldado fallecido, eran similares a las que se predicaban de cualquier familia formalmente constituida, la muerte de Juan Guillermo mientras se hallaba en servicio activo debió generar para sus "padres de crianza", las mismas consecuencias jurídicas que la muerte de otro soldado para sus padres formalmente reconocidos; porque no hay duda de que el comportamiento mutuo de padres e hijo ("de crianza") revelaba una voluntad inequívoca de conformar una familia, y el artículo 228 de la Carta Política establece que prevalecerá el derecho sustantivo”*<sup>47</sup>. (Negrita fuera de texto).

3.7.3. De igual forma, en las Sentencias T-893 de 2000 y T-497 de 2005<sup>48</sup>, en las que se **“examinó la permanencia de los menores de edad en hogares sustitutos que con el tiempo se convirtieron en verdaderas familias para el niño, la Corte consideró que desconocer las relaciones que surgen entre padres e hijos de crianza por razón del vínculo de afecto, respeto, solidaridad y protección, vulnera la unidad familiar y el desarrollo integral y armónico de los menores de edad**”<sup>49</sup>. (Negrita fuera de texto).

3.7.4. Sobre este mismo tema, resulta importante resaltar lo expresado por la Corte en la Sentencia T-292 de 2004, en relación con la importancia de tener

---

<sup>46</sup> Sentencia T-606 de 2013.

<sup>47</sup> Jurisprudencia reiterada en la Sentencia T-592 de 1997, en donde no haber prueba que acreditara que la relación entre la accionante y el occiso era de madre de crianza se negó el amparo.

<sup>48</sup> En ésta ocasión, dijo la Corte: *“De acuerdo con este criterio, cuando un menor ha sido separado de su familia biológica y puesto al cuidado de una familia distinta durante un lapso lo suficientemente largo como para que se hayan formado vínculos afectivos entre el menor y esa familia de crianza, la separación del menor de esa familia, lo afecta psicológica y emocionalmente y perturba la promoción del interés superior del menor, razón por la cual, el ámbito de protección del derecho del menor a tener una familia y no ser separado de ella se traslada, preferiblemente, hacia su grupo familiar de crianza”*.

<sup>49</sup> Sentencia T-606 de 2013.

en cuenta el fuerte vínculo que se crea entre los niños y la familia de crianza. Se dijo en esa oportunidad lo siguiente:

*“El derecho de los niños a tener una familia y no ser separados de ella tiene una especial importancia para los menores de edad, puesto que por medio de su ejercicio se materializan numerosos derechos constitucionales diferentes, que por lo tanto dependen de él para su efectividad: es a través de la familia que los niños pueden tener acceso al cuidado, el amor, la educación y las condiciones materiales mínimas para desarrollarse en forma apta....**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**”.* (Negrita fuera de texto).

3.7.5. Por su parte, la Jurisdicción Contencioso Administrativa también ha reconocido derechos a los distintos integrantes del núcleo familiar, a pesar de que entre ellos no exista un vínculo de consanguinidad o jurídico, sino una relación familiar de hecho o de crianza. Así, el Consejo de Estado, en sentencia del dos de septiembre de 2009<sup>50</sup>, al reconocer el derecho a recibir indemnización por la muerte del hijo de crianza, sostuvo:

*“[L]a Sala debe reiterar su línea jurisprudencial referida a que la familia no sólo se constituye por vínculos jurídicos o de consanguinidad, sino que puede tener un sustrato natural o social, a partir de la constatación de una serie de relaciones de afecto, de convivencia, de amor, de apoyo y solidaridad, que son configurativas de un núcleo en el que rigen los principios de igualdad de derechos y deberes para una pareja, y el respeto recíproco de los derechos y libertades de todos los integrantes. En esa perspectiva, es posible hacer referencia a las acepciones de “padres (papá o mamá) de crianza”, “hijos de crianza”, e inclusive de “abuelos de crianza”, toda vez que en muchos eventos las relaciones de solidaridad, afecto y apoyo son más fuertes con quien no se tiene vínculo de consanguinidad, sin que esto suponga la inexistencia de los lazos familiares, como quiera que la familia no se configura sólo a partir de un nombre y un apellido, y menos de la constatación de un parámetro o código genético, sino que el concepto se fundamenta, se itera, en ese conjunto de relaciones e interacciones humanas que se desarrollan con el día a día, y que se refieren a ese lugar metafísico que tiene como ingredientes principales el amor, el afecto, la solidaridad y la protección de sus miembros entre sí, e indudablemente también a factores sociológicos y culturales”.*

---

<sup>50</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, expediente: 17997, M.P. Enrique Gil Botero. Línea Jurisprudencial reiterada en sentencia del 11 de julio de 2013, expediente: 19001-23-31-000-2001-00757-01, radicación interna: 31.252, en la cual reconoció el derecho al pago de indemnización al padre de crianza.

(Negrita fuera de texto).

3.7.6. Entonces, según lo ha dejado sentado este Tribunal, la dinámica de las relaciones humanas en la actualidad hace imperioso reconocer que existen distintos núcleos familiares, que no se componen solamente por los vínculos naturales o jurídicos, sino también, por situaciones de hecho, surgidas a partir de la convivencia y en virtud del afecto, la solidaridad, el respeto, la ayuda mutua, la protección, la asistencia y demás relaciones análogas, en las que pueden identificarse a los padres de crianza como aquellos cuidadores que a lo largo de la vida del menor ejercieron la autoridad paterna. Esas relaciones familiares de crianza, también son destinatarias de las medidas de protección de la familia, previstas en la Constitución y en la ley.

### **3.8. Derecho a la igualdad entre los hijos integrantes del núcleo familiar**

3.8.1. La jurisprudencia de este Tribunal ha reconocido la igualdad formal y material en la ley y ante la ley, según el artículo 42 de la Constitución, de los integrantes de la familia, bien porque lo sean gracias a vínculos jurídicos, naturales o de hecho. Ello es así, por cuanto, *“aquellas medidas que atenten contra la estabilidad y unidad familiar o que promueven la discriminación desde el seno familiar, tienen proyección en el desarrollo futuro de las relaciones sociales de quienes crecieron carentes de lazos afectivos estables y en un ambiente que no promueve el respeto, la solidaridad y la tolerancia entre sus integrantes”*<sup>51</sup>.

3.8.2. Sobre este particular, la Sentencia T-606 de 2013, señaló lo siguiente:

*“Cuando el artículo 44 de la Constitución señala que los menores de dieciocho años edad “Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia”, declara que ellos tienen, entre otros derechos, el de igualdad, contenido en el artículo 13 de la Carta Política, en cuyo texto se lee: “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica” (resaltado fuera del texto), e impone el deber de proteger a las personas que se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta.*

*Este deber ya se advertía en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 que, en su artículo 25-2, establece que “todos los niños, nacidos del matrimonio o fuera del matrimonio, tienen derecho a igual protección social.”, y en el Principio X de la Declaración de los*

---

<sup>51</sup> Sentencia T-606 de 2013.

*Derechos del Niño*<sup>52</sup>, según el cual: “El niño debe ser protegido contra las prácticas que puedan fomentar la discriminación racial, religiosa o de cualquier otra índole”.

*En cumplimiento del deber de guardar la supremacía de la Constitución, esta Corporación, ha puntualizado que “...toda norma que establezca una discriminación basada en el origen familiar, es contraria a la Constitución.”*<sup>53</sup> ya se trate de una disposición de carácter legal, convencional o reglamentario. Consideración a partir de la cual, en sentencia T-403 de 2011, se estimó vulnerado el derecho a la igualdad de las hijas de la pareja de un miembro de la Fuerza pública (o hijastras como allí se les denomina), a quien se le negaban prerrogativas de acceso a la educación por carecer de filiación con el compañero de su progenitora. Partiendo de los precedentes que en ésta decisión se han citado, dijo la Corte:

*“[L]a interpretación de la norma constitucional contenida en el artículo 42 Superior, lleva a concluir que la familia se protege en la medida en que se extienden derechos a la seguridad social y al subsidio familiar a los hijastros en igualdad de condiciones que a los hijos de la pareja, en consideración a que todos los miembros de las distintas formas de constituir familia son iguales ante el ordenamiento superior, en lo que respecta a estos derechos”*

*En igual sentido, en uno de los apartes de la sentencia C-577 de 2011*<sup>54</sup> *esta Corporación sostuvo: “tratándose de los hijos, no procede aplicar el mismo régimen al que están sometidas las relaciones de pareja, ya que en materia de filiación rige un principio absoluto de igualdad, porque, en relación con los hijos, ‘no cabe aceptar ningún tipo de distinción, diferenciación o discriminación, en razón de su origen matrimonial o no matrimonial.*

*Esta protección igualitaria ha sido desarrollada por el legislador en la regulación de los derechos y deberes de hijos e hijastros que hacen parte del mismo núcleo familiar*<sup>55</sup>. *Es así como para efectos del subsidio familiar se consideran personas a cargo y dan lugar al pago de subsidio, los hijos y los hijastros, cuando convivan y dependan económicamente*

---

<sup>52</sup> Proclamada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 20 de Noviembre de 1959.

<sup>53</sup> Sentencia C-105 de 1994, que declaró inexecutable la palabra “legítimos” incluida en numerosas disposiciones del Código Civil para referirse a la forma de parentesco por ascendencia o descendencia.

<sup>54</sup> Mediante la cual la Corte declaró la exequibilidad del artículo 113 del Código Civil que define el matrimonio y exhorta al Congreso de la República a legislar de manera sistemática y organizada sobre los derechos de las parejas del mismo sexo.

<sup>55</sup> Ley 1361 de 2009, o Ley de Protección Integral a la Familia, establece en el artículo 3º, el principio de Equidad, el cual implica “Igualdad de oportunidades para los miembros de la familia sin ningún tipo de discriminación”.

*del trabajador hasta los 18 años, y siendo mayores cuando se empiece o esté haciendo estudios postsecundarios, intermedios o técnicos”<sup>56</sup>.*

3.8.3. Entonces, como se vio, este Tribunal siempre ha sostenido que los miembros de una familia, bien lo sean gracias a vínculos jurídicos, naturales o de hecho, deben estar protegidos en igualdad de condiciones por la Constitución y por la ley, pues establecer un trato distinto entre los miembros de un mismo grupo familiar, es discriminatorio y atenta contra la Carta Superior.

#### **IV. Caso Concreto**

4.1. Como ha quedado señalado, el señor Edgar Daza Vega, formula la presente acción de tutela en nombre y representación de su nieto menor de edad, Abdiel Samuel Santiago Daza Castiblanco, de quien detenta la custodia provisional.

4.2. El actor le solicita al juez constitucional que le ordene a la Caja de Compensación Familiar Comfenalco Santander, que acepte como beneficiario del subsidio familiar al menor antes referido, ya que tal entidad ha negado en dos oportunidades dicha petición<sup>57</sup>, con el argumento de que las leyes que regulan la materia no establecen que los nietos puedan ser beneficiarios del subsidio familiar del afiliado a dicha caja.

4.3. El demandante, insiste en la necesidad de que su nieto pueda ser tenido como su beneficiario, primero, porque considera que Abdiel Samuel Santiago debe tener derecho a disfrutar de los beneficios y servicios ofrecidos por la Caja de Compensación accionada, de los cuales gozan sus otros dos hijos menores de edad que componen el núcleo familiar en el que crece actualmente el accionante. Segundo, porque el subsidio de \$25.000 pesos mensuales que recibiría por Abdiel Samuel Santiago, le ayudarían bastante para solventar los gastos de aquel, que son asumidos por él y por su esposa que es ama de casa.

4.3.1. En relación con el primero de los argumentos, debe detenerse la Sala a analizar el régimen del subsidio familiar y los beneficiarios del mismo, para establecer si, Abdiel Samuel Santiago, con base en las normas que regulan la materia, analizadas a la luz de la Constitución, puede ser también beneficiario del subsidio familiar que recibe el señor Edgar Daza Vega para sus hijos menores de edad, por parte de la Caja de Compensación Familiar Comfenalco Santander.

Así las cosas, la Ley 21 de 1982, establece que el subsidio familiar es una prestación social pagadera en dinero, especie o servicios, para los trabajadores

---

<sup>56</sup> Ley 21 de 1982, artículos 27 y 28, y Ley 789 de 2002, artículo 3°.

<sup>57</sup> Folios 4, 5 y 6.

de medianos y menores ingresos, según el número de personas que dependen del él, con el objetivo de aliviar las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia como núcleo básico de la sociedad.

Por su parte, el artículo 3° de la ley 789 de 2002, establece que los beneficiarios del subsidio familiar son los hijos menores de 18 años, legítimos, naturales, adoptivos o hijastros; los hermanos que no sobrepasen los 18 años, huérfanos de padres y que dependan del trabajador, y, los padres del trabajador, mayores de 60 años, siempre que no reciban ni salario, ni renta, ni pensión.

En efecto, como queda claro de la lectura de las normas citadas, las leyes que regulan la materia no establecen en forma expresa que los nietos del trabajador tienen la calidad de beneficiarios del subsidio familiar.

Sin embargo, en el caso bajo estudio, se advierte que el menor Samuel Abdiel Santiago Daza Castiblanco, no solo es el nieto del señor Edgar Daza Vega. Como ya se ha puesto de presente, Abdiel Samuel Santiago es hijo de Natalia Daza Castiblanco y se desconoce el nombre de su padre, pues Natalia fue puesta en incapacidad de resistir y abusada sexualmente y, como resultado de dicho actuar, quedó en embarazo. Así, sus padres Edgar Daza y Nancy Edith Castiblanco, decidieron acogerla a ella y a su hijo, en el seno de su hogar, para apoyarla y orientarla en la crianza del menor, pues como bien lo dijo su padre *“tanto él [Abdiel Samuel Santiago] como su mamá [Natalia] depende[n] económicamente de mí aunque NATALIA es mayor de edad está recuperándose del trauma sufrido por el abuso y acoplándose y encariñándose con ABDIEL SAMUEL y por eso está recibiendo el apoyo de (sic) mío y de mi esposa para que mi hija NATALIA pueda estudiar y así en un futuro pueda sostenerse y sostener a su hijo, esto mismo motivó para que me dieran la custodia provisional de mi nieto[...]*”.

En consecuencia, como se ve, el señor Edgar Daza, además de ser el abuelo de Abdiel Samuel Santiago, tiene su custodia provisional desde el 10 de febrero del año 2014, la cual ejerce junto con su esposa, la señora Nancy Edith Castiblanco, tal y como figura en el acta de conciliación no. 0019 de la misma fecha, cuyo numeral primero prevé: *“La señora NATALIA EDITH DAZA CASTIBLANCO, entrega la custodia provisional de su hijo ABDIEL SAMUEL SANTIAGO DAZA CASTIBLANCO, a sus abuelos maternos los señores NANCY EDITH CASTIBLANCO RODRIGUEZ y EDGAR DAZA VEGA, para lo cual deberán responder por su cuidado personal, moral y cultural [...]*”<sup>58</sup>.

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

---

<sup>58</sup> Folio 3.

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.

Ello es así, por cuanto, como se ve, los abuelos maternos le dispensan a Abdiel Samuel Santiago el mismo trato que reciben los menores Lina Melisa y Manuel Alejandro, por lo que, es apenas natural, que los abuelos pretendan que Abdiel Samuel tenga los mismos derechos que tienen sus hijos menores de edad, en este caso *“al subsidio y el derecho al ingreso de los diferentes centros recreacionales, y otros que tiene la CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR para los afiliados cotizantes [...]”*<sup>59</sup>.

En efecto, no habría ninguna razón para predicar un trato desigual entre Abdiel Samuel Santiago y los menores Lina Melisa y Manuel Alejandro, pues son los tres integrantes de una misma familia, a quienes sus abuelos maternos y padres respectivos, tratan como hijos, por lo cual, este vínculo jurídico que de hecho ha surgido, debe ser amparado a la luz de la Constitución. Ello es así por cuanto, en el caso concreto, el señor Daza Castiblanco funge como el padre de crianza del menor Abdiel Samuel Santiago Daza Castiblanco y, en consecuencia, el menor debe gozar de los mismos derechos y prerrogativas de las que gozan sus hijos menores de edad.

4.3.2. De otro lado, también como sustento de las pretensiones de la acción de tutela, el accionante solicita se tenga como beneficiario del subsidio familiar a su nieto Abdiel Samuel Santiago, de quien tiene la custodia, por cuanto los \$25.000 pesos mensuales que recibiría por aquel, ayudarían bastante para solventar sus gastos, que son asumidos por él y por su esposa que es ama de casa.

Para validar tal argumento, el señor Edgar Daza Vega, declaró bajo la gravedad del juramento, que su núcleo familiar está compuesto por ocho personas. Él de 51 años de edad y su esposa, Nancy Edith Castiblanco Rodríguez, de 46 años, que es ama de casa. Sus hijos mayores de edad, Edgar Sebastián, de 25 años, que es el único que labora, Natalia Edith de 23 años,

---

<sup>59</sup> *Ibíd.*

madre de Samuel, que solo estudia y, Daniel Santiago, de 21 años, que también es estudiante. Igualmente, por sus hijos menores de edad que son Lina Melisa de 11 años y Alejandro de ocho años, ambos estudiantes y, por su nieto, Samuel Abdiel Santiago, como se dijo, hijo de Natalia y de padre desconocido.

El señor Daza Vega informó que los gastos de su hogar, en el que viven ocho personas, ascienden a \$1.700.000 mensuales, que son asumidos por él y por su hijo Edgar Sebastián, con \$1.800.000 que reúnen entre los dos. Con dicho monto, cubren el pago del arriendo por \$778.000, del mercado de \$450.000, de préstamos en entidades financieras aproximadamente por \$491.000, y, los gastos de salud y alimentación de Abdiel Samuel Santiago, que son aproximadamente de \$180.000.

Así las cosas, además de que Abdiel Samuel Santiago Daza Castiblanco, tiene derecho a contar con las mismas prerrogativas que tienen los menores que conforman el núcleo familiar en el que él vive, a la familia Daza Castiblanco le sería, en principio, de mucha ayuda en materia económica, el subsidio mensual que entrega la Caja de Compensación familiar accionada, Comfenalco Santander, pues la suma de \$25.000, podría alivianar en algo los gastos que en el numeroso hogar son generados por el menor Abdiel Samuel Santiago Daza Vega.

4.3. Por las consideraciones precedentes, en el caso concreto, la Sala Considera que los derechos derivados de la seguridad social se deben extender por igual a los miembros de la misma familia, por lo tanto, Abdiel Samuel Santiago Daza Castiblanco debe ser considerado por la Caja de Compensación Comfenalco Santander, para efectos del subsidio, como hijo de crianza del señor Edgar Daza y, correlativamente, debe tener los mismos derechos que les asisten a Lina Melisa y a Manuel Alejandro, en este caso, a recibir el subsidio familiar y a gozar de todos los beneficios de los que gozan los otros dos menores de edad que componen el núcleo familiar del señor Edgar Daza Vega, siempre que la custodia del menor siga a cargo de aquel, hasta los 18 años, o, siendo mayor, si está haciendo estudios postsecundarios, intermedios o técnicos, y dependa económicamente del trabajador, esto es, en los términos de las leyes vigentes para el efecto.

Lo anterior, por cuanto nada amerita que haya un trato disímil entre los menores de edad que componen la familia Daza Castiblanco, pues sería discriminatorio de los derechos de Abdiel Samuel Santiago y, además, porque su abuelo paterno, quien detenta su custodia, necesita de los \$25.000 pesos mensuales del subsidio que es entregado por la Caja de Compensación Comfenalco Santander, para solventar los gastos en los que incurre el menor accionante.

En ese orden, la Caja de Compensación Familiar Comfenalco Santander, debe tener como beneficiario del subsidio familiar que recibe el señor Edgar Daza Vega, a su nieto, Abdiel Samuel Daza Castiblanco, quien gozará de los mismos derechos de los que gozan los hijos menores de edad del afiliado, en los términos de las leyes que rigen la materia.

De igual forma, como el señor Edgar Daza Vega detenta la custodia provisional de su nieto desde el diez de febrero de 2014, el pago del subsidio familiar correspondiente al menor Abdiel Samuel Santiago, deberá realizarse por Comfenalco Santander desde el mes de marzo de 2014, fecha en la que además el señor Daza Vega radicó ante la accionada solicitud de pago del mismo en favor de su nieto, la cual fue negada.

#### **IV. 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** la sentencia denegatoria de tutela proferida por el Juzgado Diecisiete Civil Municipal de Bucaramanga, por las razones que fueron expuestas en la parte considerativa de esta sentencia.

**Segundo.- ORDENAR** a Comfenalco Santander, mediante su representante legal y/o quien haga sus veces, que en el término de 48 horas siguientes a la notificación de esta sentencia, proceda a tener como beneficiario del subsidio familiar del señor Edgar Daza Vega, al menor Abdiel Samuel Santiago Daza Castiblanco, quien es su nieto y de quien detenta la custodia provisional, hasta que la misma cese, o hasta que tenga 18 años, o, siendo mayor, adelante estudios postsecundarios, intermedios o técnicos, y dependa económicamente del trabajador, esto es, en los términos de las leyes vigentes para el efecto y que rigen la materia.

**Tercero.- ORDENAR** a Comfenalco Santander pagar el subsidio familiar correspondiente al menor Abdiel Samuel Daza Castiblanco, desde el mes de marzo de 2014, con base en las consideraciones hechas en la presente providencia.

**Cuarto.-** Por Secretaría General, **LÍBRESE** la comunicación a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

LUIS GUILLERMO GUERRERO PEREZ  
Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO  
Magistrado  
*Con salvamento parcial de voto*

JORGE IVAN PALACIO PALACIO  
Magistrado

ANDRES MUTIS VANEGAS  
Secretario General (E)