

NOTA DE RELATORIA: Mediante auto de fecha 17 de mayo de 2019, suscrito por el Magistrado Alberto Rojas Ríos y la Secretaria General de la Corporación doctora Martha Victoria Sáchica Méndez, se ordenó sustituir en la presente providencia los nombres y los datos de la accionante y de su hija, por los nombres ficticios "Sandra" y "Lucía", respectivamente.

Sentencia T-677/07

NIÑEZ-Protección especial en el contexto jurídico interno y en ámbito internacional

DERECHOS DEL NIÑO-Protección constitucional

DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO-Instrumentos internacionales de protección

DERECHOS DEL NIÑO-Fundamento de la protección reforzada

DERECHO AL SUBSIDIO FAMILIAR DEL NIÑO-Procedencia por tutela

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Características

SUBSIDIO FAMILIAR-Origen y evolución

Referencia: expediente T-1581491

Acción de tutela instaurada por Sandra en representación de su hija menor Lucía contra el Ministerio de Defensa-Ejército Nacional, Sección de Ejecución Presupuestal.

Magistrado Ponente:
HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

Bogotá D.C., treinta (30) de agosto de dos mil siete (2007).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Catalina Botero Marino y Humberto Antonio Sierra Porto, quien la preside, en ejercicio de sus

competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Nacional y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión del fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en segunda instancia, en el trámite de la acción de tutela instaurada por Sandra en representación de su hija, la menor Lucía contra el Ministerio de Defensa -Ejército Nacional, Sección de Ejecución Presupuestal -.

I. ANTECEDENTES

La ciudadana Sandra, quien actúa en nombre de su hija, la menor Lucía, interpuso acción de tutela en contra del Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, Sección de Ejecución Presupuestal - con el fin de que se amparen los derechos constitucionales fundamentales de la menor de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44 superior.

Hechos

1.- La actora afirma que la menor Lucía nació como resultado de la relación sentimental sostenida entre ella y el señor Carlos Fidel Colmenares Jurado, Oficial Mayor del Ejército Nacional y asevera que la niña fue reconocida por éste como hija extramatrimonial (Expediente, cuaderno 1 a folio 1).

2.- Expresa que ante la negativa del señor Colmenares Jurado a reconocer los alimentos suficientes para cubrir los gastos de la menor así como en vista de su resistencia a solicitar ante su empleador los beneficios a que tiene derecho la niña por concepto de subsidio familiar, inició proceso de alimentos que cursó en el Juzgado Sexto de Familia de Bogotá (Expediente, cuaderno 1 a folio 1).

3.-Aduce, de otra parte, que dadas las manifestaciones del señor Colmenares Jurado en el sentido de que la solicitud del subsidio familiar a favor de la niña lo afectaría en su carrera profesional, por ser la niña hija extramatrimonial, elevó un derecho de petición ante la Dirección de Personal del Ejército solicitando el subsidio familiar del 4%, al tratarse de “un derecho de la menor y además necesita[r] con urgencia el mismo para

los gastos que demanda su manutención” (Expediente, cuaderno 1 a folio 1).

4.- Indica que la Dirección de Personal del Ejército Nacional le respondió el derecho de petición diciendo que la menor tenía, en efecto, derecho a recibir como subsidio familiar un 4% por tratarse de la segunda hija del señor Colmenares Jurado y aclarando que este beneficio favorece tanto a las hijas y a los hijos habidos dentro del matrimonio como a las hijas y a los hijos extramatrimoniales. Señala, no obstante, que la entidad se negó a conceder el subsidio bajo el argumento según el cual se puede solicitar el subsidio únicamente por intermedio del empleado mismo o por orden de autoridad judicial. (Expediente, cuaderno 1 a folio 1).

5.-Manifiesta que el día 3 de agosto de 2006 se llevó a cabo en el Juzgado Sexto de Familia la primera sección de diligencia de conciliación en el proceso por alimentos en la que no se llegó a acuerdo alguno. Añade que ese mismo día el señor Colmenares - aprovechando que se encontraba en Bogotá, por cuanto en la actualidad trabaja en Montería, Córdoba -, le solicitó copia auténtica del registro de nacimiento de la niña y una fotocopia de la cédula de ciudadanía pues reconoció que lo del subsidio “era un derecho que no tenía (sic) ningún tipo de discusión, aceptando entonces que lo iba a solicitar” por lo que ella, a continuación entregó los documentos (Expediente, cuaderno 1 a folio 2).

6.- Señala que el día 22 de agosto de 2006 culminó la diligencia de conciliación en la que finalmente se llegó a un acuerdo. Sostiene que para arribar a tal acuerdo fue engañada por el señor Colmenares por cuanto ella admitió que la cuota por alimentos se redujera y pasara de un 25% a un 20%. Aclara que ella consintió esta reducción teniendo en cuenta que el padre de la niña solicitaría ese mismo día el subsidio que ascendía a un 4%. Explica que en el texto de la providencia por medio de la cual se aprueba la conciliación se determinó que la solicitud del subsidio se encontraba en trámite y que a partir del momento en que fuera determinado sería consignado también en la misma cuenta prevista para la consignación de la cuota alimentaria. Lo anterior, con la advertencia del juez orientada a precisar que “de seguir el proceso continuaría la medida provisional hasta el fallo en un 25%.” (Expediente, cuaderno 1 a folio 2).

7.- Insiste la peticionaria en que fue engañada por el señor Colmenares por cuanto no fue cierto que él haya elevado la solicitud para que se le confiriera el subsidio a la niña y sí, más bien, resultó una estrategia para llevarla a conciliar respecto de la reducción del porcentaje de la cuota alimentaria. Asevera que por razón de lo anterior elevó un segundo derecho de petición ante la Dirección de Personal del Ejército Nacional

solicitando la entrega del subsidio y agrega que en comunicación telefónica sostenida con encargadas de adoptar la decisión al respecto le fue dicho que esa solicitud sólo la podía efectuar el oficial. (Expediente, cuaderno 1 a folio 2).

8.- Alega, finalmente, que en un caso como el presente la Dirección de Personal del Ejército Nacional no puede efectuar una interpretación exegética de los preceptos legales que se abstenga de tener en cuenta lo dispuesto por la Constitución en el artículo 44 así como no considere la jurisprudencia que para fijar el sentido y alcance de dicha disposición ha sentado la Corte Constitucional. Cita, a renglón seguido, apartes de distintas sentencias emitidas por la Corte Constitucional. (Sentencia C-508 de 1997; T-223 de 1998; T-732 de 2003). Por último, pone de manifiesto la peticionaria que el dinero del subsidio resulta imprescindible para sufragar gastos conectados con la manutención de la niña y, en tal sentido, para garantizar sus derechos constitucionales fundamentales según lo dispuesto por el artículo 44 superior.

Solicitud de tutela

9- La actora solicita que se tutelen los derechos invocados y, en consecuencia, se ordene a la entidad demandada otorgarle el subsidio del 4% del salario del señor Mayor Carlos Fidel Colmenares Jurado a su segunda hija, Lucía. Esta suma debe pagarse desde el 28 de julio de 2006, fecha en la que la actora elevó el primer derecho de petición para que la Dirección de Personal del Ejército Nacional – Sección de Ejecución Presupuestal – concediera el subsidio.

Pruebas relevantes que obran en el expediente

10.- En el expediente obran las siguientes pruebas:

-Respuesta al derecho de petición elevado por la ciudadana Sandra emitida por la Jefatura de desarrollo Humano – Dirección de Personal – del Ejército Nacional en la que consta lo siguiente:

“De acuerdo con lo preceptuado en el Artículo 79 del Decreto Ley 1211 de 1990 que a su letra reza ‘A partir de la vigencia del presente decreto los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, tendrán derecho al pago de un subsidio familiar que se liquidará mensualmente sobre su sueldo básico así:

a).....

b)....

c) Por le primer hijo el cinco por ciento (5%) y un cuatro por ciento (4%) por cada uno de los demás, sin que se sobrepase por este concepto del diecisiete por ciento (17%) (Subrayado por la entidad demandada)

Como se puede observar en la precitada norma no se hace distinción alguna si son hijos concebidos dentro o fuera del matrimonio, aunado ello al mandato constitucional el derecho a la IGUALDAD, derecho fundamental enmarcado en el Artículo 13 de la Carta Magna, el cual señala que ‘todas las personas nacen libres e iguales ante la Ley ...’, al igual obliga su protección por parte de las autoridades, es por ello que lo manifestado por el señor oficial va en contravía de este precepto constitucional, mientras que la administración siempre va en pro del respeto y garantía de los derechos fundamentales, en especial los de los niños.

No obstante lo anterior, es de aclarar que la administración sólo reconoce el subsidio familiar con previa solicitud del funcionario con sus respectivos requisitos como son: la solicitud de reconocimiento siguiendo el respectivo conducto regular, indicando que no recibe subsidio familiar de otra entidad oficial y anexando el registro civil de nacimiento de la menor en original o copia autenticada, o en su defecto por orden judicial.

Por último la asignación del subsidio familiar al ser prestación social adicional al salario, desde el momento del reconocimiento hace parte de los haberes que devenga mensualmente el oficial y la misma puede cederse a terceros salvo lo ordene una autoridad judicial.” (Expediente cuaderno 1 a folio 5).

- Copia de la diligencia de Audiencia Pública dentro del Proceso de Alimentos de Sandra contra Carlos Fidel Colmenares Jurado. Etapa de conciliación celebrada ante el Juzgado Sexto de Familia de Bogotá el día 22 de agosto de 2006. A continuación se transcribe los términos en que se concilió así como la parte resolutive de la providencia:

Continuando con la etapa de conciliación iniciada el tres de agosto del año en curso el señor juez indaga a la partes sobre los resultados de las conversiones y es así que las partes manifiesta que no ha sido posible llegar a un acuerdo. El juzgado hace la siguiente propuesta, el 19% para el niño mayor el 17% para el que sigue y el 14% para el bebe que está por nacer en este estado en traslado lo anterior propuesto la parte actora manifiesta: “Nuestra propuesta es que sea el 20% de los ingresos hasta cuando nazca el hijo que está por nacer

del demandado y a partir de este que sea del 16.66%. En este estado la demandante en uso de la palabra nuevamente manifiesta: “Después de dialogar con el demandado hemos llegado a una nueva propuesta en la cual la cuota alimentaria mensual para la menor LUCIA sea del 20% de lo que legalmente compone el salario mensual de CARLOS FIDEL COLMENARES, luego de las deducciones de ley y a partir del nacimiento del bebe que está por nacer y del que es padre CARLOS FIDEL COLMENARES, que se reduzca al 16.6%. Así mismo hemos pactado dos cuotas extraordinarias el año correspondiente al 10% de la prima de servicios a mitad de año y el 10% de la prima de navidad al final del año, así como también se compromete a visitar a la niña cuando se encuentre en la ciudad de Bogotá el tiempo que le sea posible según su trabajo. Respecto de los dineros que autorice el ejército nacional para que sea descontado de su nómina y consignados en una cuenta Bancaria que tengo en el Banco Bancafé No. 030-539878 sucursal Cr. 10 de la ciudad de Bogotá. Por último lo correspondiente al subsidio familiar del 4% que él ha señalado que se encuentra en trámite a partir del momento que sea otorgado que sea también consignado en la misma cuenta señalada. Igualmente solicito se levanten los embargos que pesan sobre el vehículo de placas BOC 074 Cheevrolet Stem, de las cesantías y de la provisión de salida del país.” En traslado al demandante este manifiesta: “Estoy de acuerdo en (sic) la propuesta hecha por la demandante y la coadyuvo en el mismo sentido como conciliación que hemos logrado en esta audiencia.”

Como quiera que las partes han conciliado sus diferencias este Despacho accederá a lo pactado y contenido en el acuerdo que antecede y se procede a dictar sentencia de plano como sigue:

(...)

PRIMERO: APROBAR en todas sus partes el acuerdo a que han llegado las partes en esta audiencia, el cual se considera incorporación como parte integral de este fallo

SEGUNDO: En consecuencia la cuota alimentaria que el señor CARLOS FIDEL COLMENARES JURADO suministrará a su hija LUCIA, será la acordada en esta audiencia por las partes.

TERCERO: En consecuencia OFICIAR al PAGADOR DEL EJERCITO NACIONAL dejándole claro que no se trata de embargo sino de descuentos por nomina acordado por las partes de mutuo

consentimiento y con fundamento en el art. 153 del Código del Menor QUEDANDO MUY EN CLARO LA CIRCUNSTANCIA ACORDADA POR LAS PARTES DE HASTA CUANDO OPERA UNA CUOTA Y CUANDO LA OTRA. Así como los demás puntos expresamente indicados y en la forma señalados por las partes.

CUARTO: Por el acuerdo de las partes se ordena LEVANTAR todas las medidas cautelares por ellas indicadas y referidas que se hubieren tomado en este proceso. LIBRENSE LOS OFICIOS A TODAS LAS DEPENDENCIAS RESPECTIVAS.

QUINTO: La cuota alimentaria así como el régimen de visitas pactadas presta mérito ejecutivo que la ley otorga no hace tránsito a cosa juzgada por ser materia de revisión.” (Expediente, cuaderno 1 a folios 6-9)

- Copia del derecho de petición elevado por la señora Sandra ante la Dirección de Personal del Ejército Nacional mediante el cual la ciudadana Sandra informa que en el acta de conciliación que se firmó en desarrollo del proceso por alimentos contra el Mayor Colmenares Jurado, este último había autorizado que se consignara en la cuenta en la que se debía depositar la cuota alimentaria también el 4% correspondiente al subsidio familiar. (Expediente, cuaderno 1 a folios 10-11).

- Copia del Registro Civil de Nacimiento de la niña Lucía. (Expediente, cuaderno 1 a folio 12).

- Copia de la cédula de ciudadanía de la peticionaria Sandra (Expediente, cuaderno 1 a folio 12).

Respuesta de la entidad demandada

11.- Mediante escrito dirigido al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal, el Director de Personal del Ejército Nacional informa que “el trámite idóneo para el reconocimiento por parte de la administración del subsidio familiar otorgado a los miembros de la Institución, se predica de previa solicitud por escrito del funcionario anexando los respectivos documentos tales como: solicitud de reconocimiento siguiendo el correspondiente conducto regular, acompañado de acta de registro civil de nacimiento o copia autenticada y declaración indicándose que no se percibe subsidio familiar por otra entidad oficial.” No considera la entidad demandada que en el caso *sub examine* se esté desconociendo ningún derecho constitucional fundamental de la menor. Al respecto aduce lo siguiente:

“Es así señora Magistrada que la vulneración y la amenaza de los derechos fundamentales son dos causales claramente distinguibles: la primera requiere de una verificación objetiva que corresponde efectuar a los jueces de tutela, mediante la estimación de su ocurrencia empírica y su repercusión jurídico-constitucional; y la segunda, en cambio, incorpora criterios tanto subjetivos como objetivos, configurándose no tanto por la intención de la autoridad pública o el particular, cuando sea del caso, sino por el resultado de su acción o abstención pueda tener sobre el ánimo de la persona presuntamente afectada. Siendo en esta medida la esfera racional el criterio constitucional para evaluar la existencia de amenazas a los derechos fundamentales.

Debe entonces apreciarse las circunstancias del caso en su temporalidad e historicidad concretas para concluir si la acción de la autoridad podría racionalmente percibirse como amenazante para una persona colocada en condiciones similares, en donde claramente en nuestro caso de marras, no existe tal vulneración trasgresiente de la condición humana y digna de la menor, en el sentido de determinar y concebir su actual situación reflejada en los medios legítimamente adquiridos a través de la Jurisdicción de Familia, traducida en la cuota alimentaria decretada a su favor. Si bien es cierto señora Magistrada, no desconocemos puede existir tácita renuencia por parte del interesado legitimado para el reconocimiento del subsidio familiar, situación que tiene su oportuna alegación jurídica ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo a los recursos jurídicos existentes y actualmente exigibles traducidos en un acuerdo conciliatorio incumplido celebrado ante autoridad competente.”

II. SENTENCIA OBJETO DE REVISIÓN

Primera Instancia

12.- Mediante providencia emitida el día 16 de enero de 2007, la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá resolvió negar la tutela invocada por la ciudadana Sandra en nombre de su menor hija en contra de la Dirección de Personal del Ejército Nacional. El Tribunal invocó las siguientes razones en sustento de su decisión.

La pretensión alegada por la actora en nombre de la menor no puede ser acogida por la Sala pues, de admitirse su procedencia, se estaría desconociendo el carácter subsidiario de la acción de tutela “la cual no puede

ser empleada indiscriminadamente como medio supletorio de las vías ordinarias que tienen las personas para buscar la solución a sus conflictos y, mucho menos, como medio hábil para pretermitir los requisitos legales que deben cumplirse para que a Lucía se le asigne subsidio familiar por parte del Ejército Nacional, correspondiente al 4% del salario del Mayor Carlos Fidel Colmenares Jurado.”

Insiste la Sala Penal del Tribunal en que la acción de tutela no resulta ser el mecanismo judicial idóneo para “reconocer derechos inciertos, como el alegado subsidio familiar, o controvertir la legalidad de un acto administrativo – requisitos y procedimiento para su obtención, ni tampoco se puede por esta vía excepcional, pretender revocar, suspender o reformar dichos actos, pues esa facultad corresponde de manera exclusiva y excluyente al juez ordinario dentro de los términos y las facultades legales; función que es indelegable, y que por ningún motivo puede abrogarse el juez constitucional, al carecer de competencia para ello.”

Por los motivos expresados, resuelve negar la tutela instaurada.

Impugnación

13.- En el escrito de impugnación, la ciudadana Sandra quien actúa en nombre de su hija, la menor Lucía, recuerda que los derechos constitucionales fundamentales de la niñez tienen en virtud de lo dispuesto por el artículo 44 constitucional una más amplia protección. Indica que esta protección ha sido puesta de relieve por la jurisprudencia constitucional en varias ocasiones y más recientemente por la sentencia T-227 de 2006 en la cual se afirmó sobre la prevalencia de los derechos de los niños que “en caso en que un derecho de un menor enfrente al de otra persona, si no es posible conciliarlos, aquel deberá prevalecer sobre éste.”

Subraya que de conformidad con el desarrollo jurisprudencial efectuado por la Corte Constitucional en relación con el tema subsidio familiar, “en ningún momento la Corte ha condicionado para proteger a través de la acción de tutela la falta de medios congruos y necesarios de la subsistencia digna del menor, requisito inventado por la demandada. Para apoyar su aserto cita un aparte de la sentencia T-588 de 2004 en la cual se afirma que “cuando los beneficiarios del subsidio familiar son niños, esa prestación adquiere el carácter de fundamental por ese sólo hecho.”

Más adelante añade que tampoco en estos casos es indispensable demostrar un perjuicio irremediable como razón adicional para que proceda la tutela. A propósito de lo anterior menciona un pasaje de la sentencia T-588 de 2004 en la cual se establece que cuando la tutela se encamina a “proteger, entre

otros, los derechos a la seguridad social y a la salud de los menores, proceden sin necesidad de demostrar la relación causal entre la vulneración del derecho prestacional y el perjuicio del derecho fundamental. Esto porque, entre otras cosas, según el artículo 42 numeral 9, del Decreto 2591 de 1991 se presume la indefensión de los niños en cuyo favor se interpone la acción de tutela.”

Afirma finalmente, que el derecho al subsidio familiar no es, como lo asevera la entidad demandada, un derecho incierto sino un derecho fundamental y recuerda que en tal sentido se ha expresado la jurisprudencia constitucional. Cita a continuación pasajes contenidos en dos sentencias proferidas por la Corporación (T-223 de 1998; T-588 de 2004) en los cuales se establece lo siguiente: “el derecho a recibir subsidio familiar que ha sido reconocido como una derivación 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.”
Agrega a continuación:

“Considero humildemente que mi hija tiene derecho a recibir el subsidio familiar, tal y como lo recibe su hermano (derecho a la igualdad) por (sic) quien si lo solicitó el Mayor Colmenares Jurado desde hace muchos años, incluso la crianza de Lucía demanda más gastos que la de su hermano, ya que el padre tiene vivienda y carro propio para compartir con su hijo, en cambio la niña no tiene estos beneficios al lado mío, nosotras pagamos arriendo y no tenemos vehículo, cuando ella se enferma como recientemente sucedió, me veo en la obligación de tomar taxi para procurar su bienestar, de comprar medicamentos que el Hospital Militar tiene agotados, de pedir prestado dinero, porque lamentablemente desde el primero de enero estoy sin empleo y coincidentalmente la cuota alimentaria disminuyó al ser trasladado el oficial a la ciudad de Bogotá el mes pasado, sobra decir que su presencia en la ciudad no beneficia a la niña, no se hizo presente en el hospital en su reciente enfermedad, no colabora con gastos adicionales, no le brindó un detalle de navidad, y ni siquiera una llamada, y para completar no solicita el subsidio a pesar de trabajar en el mismo edificio donde se debe realizar el trámite.”

Por último solicita que de prosperar la acción se tenga en cuenta el pago de los subsidios atrasados tal como lo consideró la Corte Constitucional en la sentencia T-223 de 1998.

Segunda instancia

14.- Mediante sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, el día primero de marzo de 2007, esa Corporación resuelve denegar la tutela invocada y en tal sentido confirmar el fallo del *a quo*. Aduce los siguientes motivos en apoyo de su decisión.

Luego de admitir la importancia que la Constitución le confiere a los derechos fundamentales de los niños y de reconocer el desarrollo que la Corte Constitucional ha efectuado en relación con el principio de interés supremo del menor y de la trascendencia que adquiere el cumplimiento de las obligaciones alimentarias en ese contexto, hasta el punto en que tal obligación ha de ser cumplida tanto por las autoridades públicas como por los particulares y el amparo de los derechos de los niños por la vía de tutela se torna procedente por cuanto resultaría en extremo gravoso para las niñas y los niños someterlas (os) al proceso judicial ordinario, expresa la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, que en el caso de la niñez en tanto sujetos especial protección “la tutela procede como mecanismo transitorio siempre que se acredite la existencia de un perjuicio irremediable.”

Admite la Corporación, a continuación, que ese perjuicio deberá ser interpretado por el juez constitucional de una manera amplia “teniendo en cuenta las características del grupo del cual se predica un tratamiento diferencial positivo, las particularidades de la persona que solicita el amparo y el grado de certeza de la situación jurídica invocada.” Añade que confrontado lo anterior con las circunstancias del caso *sub judice*

“se tiene que, los elementos de convicción relacionados permiten advertir que en la actualidad la señora SANDRA percibe mensualmente la suma de dinero pactada en el proceso de alimentos que iniciara la prenombrada en contra de CARLOS FIDEL COLMENARES JURADO, quien se desempeña como mayor del Ejército Nacional, lo que a primera vista es indicativo de que la menor cuenta con los medios para atender sus necesidades básicas.

Ello es así pues según se infiere del contenido de la diligencia de conciliación adelantada al interior del proceso de alimentos y concretamente de los términos sobre los cuales versó la misma, de observa que el porcentaje del salario del demandado que es descontado para tales efectos, se disminuyó en un 4%, valor equivalente a la cuantía del subsidio familiar que presuntamente estaba tramitando en aquel momento el señor CARLOS FIDEL COLMENARES y que ahora reclama la accionante, luego, es claro que el porcentaje dejado de percibir por tal concepto es mínimo, por lo que, al no contar con elemento de juicio alguno que haga evidente el perjuicio irremediable

que a partir de la reseñada situación se irroga a la menor, la intervención del juez de tutela no deviene forzosa, ello, sin perjuicio de los medios de defensa judicial que en torno al cumplimiento de las obligaciones contenidas en la conciliación le asisten a la peticionaria frente al señor CARLOS FIDEL COLMENARES JURADO, conforme le advirtiera el Tribunal.”

Con fundamento en las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, resolvió confirmar la decisión del *a quo*.

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia

1.- Esta Corte es competente para revisar el presente fallo de tutela de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Política, el Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones pertinentes.

Presentación del caso y problema jurídico objeto de estudio

2.- La actora, Sandra, quien obra en nombre de su hija, la niña Lucía, solicita que se amparen los derechos constitucionales fundamentales de la niña que considera han sido desconocidos al impedírsele a la menor disfrutar de los beneficios a que tiene derecho por concepto de subsidio familiar del 4% que la favorece por ser la segunda hija del Mayor del Ejército Oficial Carlos Fidel Colmenares Jurado. Alega la peticionaria que el padre de la menor, - quien es hija extramatrimonial -, se ha negado a presentar la solicitud del subsidio y asevera que el señor Colmenares Jurado la indujo, incluso, a que en el trámite del proceso por alimentos - iniciado en vista de la resistencia del padre a cumplir con sus obligaciones para con la menor - ella accediera a rebajar la cuota alimentaria de un 25% a un 20% por cuanto él le aseguró que elevaría cuanto antes la solicitud de subsidio ante el Ejército Nacional asunto que hasta el día de hoy no se ha verificado, desconociéndose, de este modo, los derechos constitucionales fundamentales de la menor de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44 superior.

La entidad demandada se niega a reconocer el subsidio esgrimiendo como argumento que existe normatividad encaminada a regular la materia y tal regulación exige que sea el mismo oficial quien eleve la solicitud a nombre de sus hijos e hijas y cumpla con los demás trámites previstos.

Los jueces de instancia reconocen la protección especial que le confiere el ordenamiento constitucional a las niñas y a los niños pero enfatizan que en

el caso *sub examine* no se desconocen los derechos constitucionales fundamentales de la menor. Añaden que si bien es cierto la menor tiene derecho al subsidio, la falta del mismo no le genera ningún perjuicio irremediable motivo por el cual la madre de la niña puede acudir a la jurisdicción ordinaria para solicitar por esta vía que se le otorgue el subsidio familiar a la menor. Sostienen que la tutela es un mecanismo subsidiario y el juez constitucional no puede suplantar al juez ordinario.

3.- En atención a lo expuesto, corresponde a esta Sala establecer si el Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, Sección de Ejecución Presupuestal – desconoce los derechos constitucionales fundamentales (artículo 44 superior) de una menor al negarse a entregarle el subsidio familiar del 4% que la favorece por ser la segunda hija –extramatrimonial - de un oficial que trabaja para esa institución esgrimiendo como excusa que el oficial mismo no ha elevado la solicitud y, en tal sentido, no ha cumplido con la reglamentación adoptada para tales fines.

4.- Para resolver los anteriores aspectos constitucionalmente relevantes, esta Sala de Revisión se pronunciará, en primer lugar, sobre (i) la protección de la niñez en el orden jurídico interno y en el ámbito internacional así como acerca de (ii) los desarrollos que ha efectuado la Corte Constitucional en relación con la protección de los derechos fundamentales de las niñas y de los niños. Luego, repasará la jurisprudencia constitucional en relación con (iii) la procedencia de la acción de tutela para reclamar el pago del subsidio familiar cuando tales subsidios favorecen a la niñez. Por último, examinará (iv) el caso concreto para efectos de lo cual analizará, de una parte, hasta qué punto una entidad estatal puede negarse a conceder un subsidio destinado a beneficiar a una menor alegando para no reconocerlo no haberse tramitado la solicitud de conformidad con el reglamento existente (conducto regular), esto es, si resulta constitucionalmente válido para la entidad pública, - en el caso concreto el Ministerio de Defensa, Ejército Nacional -, excusarse en la existencia de una regulación administrativa para desconocer un derecho que no está bajo discusión y cuya falta de reconocimiento podría vulnerar los derechos de la niñez consignados en el artículo 44 superior.

Protección a la niñez en el orden jurídico interno y en el ámbito internacional

5.- Las niñas y los niños gozan de una especial protección tanto en el contexto jurídico interno como en el ámbito internacional. La garantía que el orden jurídico constitucional les otorga es extensa. Se encuentra

consignada en distintos preceptos constitucionales¹ y, en especial, en el artículo 44 superior. Esta disposición contiene de manera enumerativa, aun cuando no excluyente, todo un conjunto de derechos fundamentales orientados a proteger los intereses superiores de la niñez: el derecho a que su vida e integridad física sean debidamente protegidas; el derecho a la salud y a la seguridad social; el derecho a gozar de una alimentación equilibrada; el derecho al nombre y a la nacionalidad. Dentro de los derechos mencionados en el artículo 44 se encuentra también “el derecho a tener una familia y a no ser separados de ella”, así como el derecho de los niños a gozar del cuidado, del amor, de la cultura y de la libre expresión de su opinión. De acuerdo con lo establecido en el artículo 44 de la Constitución Nacional, los niños “[s]erán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia”.

En el párrafo segundo del artículo 44 se establece que tanto la familia como la sociedad y el Estado están obligados a velar por la asistencia y protección de la niñez así como a garantizar “su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos” y se determina que cualquier persona está facultada para exigir el cumplimiento de tales derechos por parte de la autoridad competente y para solicitar la sanción de los infractores. El párrafo tercero del artículo 44 agrega que “los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.”

6.- La especial protección que la Constitución ordena brindarle a las niñas y a los niños refleja de manera clara la necesidad de la sociedad colombiana de proporcionarles las condiciones adecuadas para su desarrollo integral. Una sociedad que no repara en la importancia de garantizar que sus niñas y niños crezcan en un ambiente propicio para ejercer de modo pleno sus derechos, libres de carencias, de maltratos, de abandonos y de abusos, no sólo pone en duda su presente sino que siembra serias incertidumbres sobre lo que habrá de ser su futuro. Justamente por esa razón la Constitución compromete de manera solidaria a la familia, a

¹ Como lo ha señalado la Corte Constitucional. “Si bien el artículo 44 es la principal referencia normativa, no es la única. Por ejemplo, el artículo 50 de la Carta fija una protección especialísima para los niños menores de un año en materia de seguridad social: si no están cubiertos por algún tipo de protección o de seguridad social, tendrán derecho a recibir gratuitamente atención en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado. Por otra parte, el artículo 67, que regula el derecho a la educación, indica que los menores tienen el derecho y el deber de recibir educación entre los 5 y los 15 años de edad, precisando que ese tiempo comprende un año de preescolar y nueve de educación básica.” Sentencia C-157 de 2002.

la sociedad y al Estado para que, de consuno, colaboren con la debida realización de los derechos fundamentales de los las niñas y de los niños.

7.- La Constitución ordena la protección de los derechos de la niñez que se consignan en la Norma Fundamental y, por virtud de lo dispuesto en el artículo 93 superior, de aquellos derechos que han sido consignados a favor de las niñas y de los niños en los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos aprobados por el Congreso de la República y ratificados por el Gobierno. Así, en la línea de lo dispuesto por la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 cuyo principio 2º establece que “[e]l niño [la niña] 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”, tanto el Pacto de Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos², como el Pacto de Naciones Unidas sobre Derechos Sociales, Económicos y Culturales - aprobados ambos por el Congreso de la República mediante la Ley 74 de 1968 -, incluyen disposiciones dedicadas de manera expresa a los derechos de las niñas y de los niños.

La Convención Interamericana de Derechos Humanos, a su turno, también indica que las niñas y los niños tienen derechos de protección específicos³. Particular relevancia tiene, entretanto, la Convención sobre los Derechos del Niño. La importancia de esta Convención no solo se deduce de la cantidad de países que la han ratificado⁴ sino del alcance e importancia de los preceptos en ella establecidos con miras a proteger y a asegurar los derechos de las niñas y de los niños. Es factible afirmar que la Convención sobre los Derechos del Niño 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 culturales⁵.”

La relación que existe entre la totalidad de los derechos, tanto los civiles, y políticos como los derechos económicos, sociales y culturales es estrecha y se conecta con la posibilidad de garantizar a la niñez una vida digna y de calidad. Estos derechos no constituyen una opción y tampoco están sujetos a una interpretación libre y arbitraria. No son derechos neutrales. “Estos

² Artículo 24: Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna (...) a las medidas de protección que su condición de menor requiere.”

³ 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.”

⁴ 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.

⁵ Consultar en: www.unicef.org/spanish/crc.htm.

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 debieran⁶.”

8.- A partir de la lectura de la Convención sobre los Derechos del Niño resulta patente que: (i) con independencia de su lugar de nacimiento, de su raza, de su género, de su cultura o condición social, todos los niños y niñas, sin excepción, gozan de derechos humanos; (ii) estos derechos no son el producto de una concesión, favor o donativo; (iii) se aplican por igual a las niñas y a los niños pertenecientes a distintas edades y no aparecen tan sólo cuando opera el tránsito de la adolescencia a la edad adulta; (iv) todos los derechos contenidos en la Convención tanto los derechos civiles y políticos como los derechos sociales, económicos y culturales se relacionan estrechamente y se orientan de manera indivisible a buscar el desarrollo integral de las niñas y de los niños; (v) dado el número de países que han aprobado y ratificado la Convención se establece por primera vez en un documento con precisos alcances jurídicos, la necesidad de asegurar el bienestar y el desarrollo de la niñez como *conditio sine qua non* para el respeto de su dignidad humana.

Desarrollos efectuados por la Corte Constitucional en relación con la protección de los derechos fundamentales de las niñas y de los niños

9.- En sucesivas oportunidades, la Corte Constitucional ha tenido la ocasión de resaltar la importancia de los derechos fundamentales de las niñas y de los niños y no pocas veces ha protegido tales derechos⁷ subrayando, de paso, la múltiple categorización que la Norma Superior realiza de las garantías contempladas para las niñas y de los niños⁸. La Corte Constitucional se pronunció sobre los derechos fundamentales de la niñez en la sentencia T-292 de 2004⁹. En relación con el asunto que ocupa

⁶ Consultar en: www.unicef.org/spanish/crc.htm.

⁷ Corte Constitucional. Sentencia 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 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.

⁸ Consultar, entre otras, las siguientes sentencias: T 402 de 1992 ; la sentencia SU-043 de 1995 y la sentencia C-157 de 2002.

⁹ En aquella oportunidad le correspondió a la Corte Constitucional decidir si los derechos fundamentales de una menor y, en particular, el derecho a tener una familia habían sido infringidos por la decisión de la Defensora de Familia de retirarla del hogar de quienes habían

la atención de la Corte en la presente ocasión, son relevantes sus consideraciones al respecto de las siguientes cuestiones: (i) el interés superior y prevaleciente del menor es un concepto relacional. Debe interpretarse siempre teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto y los posibles conflictos que puedan surgir entre los intereses del niño y los intereses de otras personas. “En otras palabras”, aseguró la Corte, “afirmar que los derechos e intereses de los menores de edad son prevalecientes no significa que sean excluyentes o absolutos¹⁰.” (ii) Los derechos de los niños y de las niñas pueden entrar en conflicto con otros derechos y como consecuencia de ello es imprescindible realizar un juicio de ponderación. Este juicio, desde luego, debe ser guiado siempre bajo el criterio de la protección integral y de la promoción del bienestar del niño o de la niña involucrados, tanto más cuanto por lo general la niñez se encuentra en una posición de evidente indefensión o se ve ubicada en una situación irregular de abandono o de peligro. (Subrayas añadidas por la Sala).

10.- Tenemos, entonces, que en aquellos eventos en que se hace imprescindible restringir los derechos fundamentales de las niñas y de los niños, estas limitaciones han de obedecer a motivos plenamente justificados. Las razones deben, pues, contribuir a la obtención de un fin legítimo desde el punto de vista constitucional y guardar un tipo de relación fáctica con el propósito que con ellas se busca obtener. Así las cosas, tales restricciones deben ser, además, necesarias para proteger los derechos fundamentales de otras personas cuyos intereses juegan en el sentido contrario al de los derechos fundamentales de la niñez. En este orden, no puede existir ninguna otra medida con al menos la misma idoneidad para obtener el fin propuesto y que restrinja de modo menos gravoso los derechos fundamentales de las niñas y de los niños. Por último, es preciso realizar un juicio de proporcionalidad en sentido estricto¹¹, esto es, un juicio comparativo entre los beneficios obtenidos con la medida adoptada – y restrictiva del derecho fundamental - y el grado de afectación

sido durante un largo tiempo – por voluntad de la propia madre de la niña - sus padres sustitutos y ubicarla, también a solicitud de su propia madre, en un hogar sustituto. Se preguntó la Corte en aquella ocasión si con la decisión adoptada por la Defensora de Familia realmente se habían protegido los intereses superiores de la menor . Luego de una serie de reflexiones y con fundamento en conceptos e informes realizados por psicólogos y profesionales especializados así como sobre la base de un análisis cuidadoso de las circunstancias que rodearon el caso concreto, decidió la Corte que los vínculos familiares no se conforman solamente en virtud de los lazos de parentesco sino que ellos pueden surgir, de modo más fuerte y profundo, con personas con las que no existe vínculos de sangre.

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-292 de 2004.

¹¹ Sobre el juicio de proporcionalidad como límite a los límites de los derechos fundamentales se han pronunciado varias sentencias de la Corte Constitucional: Sentencia T- 015 de 1994; SU-642 de 1998; T-741 de 1999; T-417 de 2000; entre muchas otras.

al que se ve expuesto el derecho fundamental. De esta forma, es factible constatar si existe o no un equilibrio, esto es, si el grado de afectación del derecho fundamental no es excesivo cuando se compara con los beneficios que se obtienen con su restricción. De lo contrario, la medida no superaría el test de proporcionalidad en sentido estricto.

Justamente en este punto juega un papel de enorme importancia lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia T-292 de 2004: en circunstancias de evidente indefensión o cuando las niñas o los niños se ven ubicados en una situación irregular de abandono o de peligro, el criterio guía para examinar si es factible hallar un balance entre la idónea y necesaria restricción de derechos fundamentales de las o de las niñas o de los niños y los perjuicios a ellas (ellos) ocasionados como consecuencia de tal restricción, no puede ser otro que el que se desprende de lo dispuesto en el artículo 44 superior, hasta el punto en que, en caso de no ser posible alcanzar un equilibrio de los intereses o derechos fundamentales en juego, existe un argumento poderoso a favor de privilegiar los intereses y derechos fundamentales de la niñez¹². La anterior, considera la Sala, es una buena forma de acercar dos posiciones aparentemente irreconciliables y antagónicas: de un lado, que como lo ha afirmado la Corte en innumerables oportunidades, en el ordenamiento jurídico colombiano no existen derechos absolutos o excluyentes y, de otro, lo dispuesto por el artículo 44 superior cuando se pronuncia a favor del interés superior y prevaleciente del menor.

11. De otra parte, en la sentencia C-507 de 2004¹³, La Corte estimó la necesidad de subrayar que los derechos fundamentales de las niñas y de

¹² “[E]l criterio guía del interés prevaleciente y superior del menor no puede ser tomado a la ligera, ni debe subordinarse a la consideración de los demás derechos e intereses en juego; por el contrario, debe ser el principal parámetro de juicio y evaluación de la situación respecto de la cual se ha de decidir, hasta el punto de que los derechos de las demás personas implicadas deben armonizarse, en lo posible, con él, y en caso de conflicto, ceder ante su expresa primacía constitucional.”

¹³ En aquella ocasión le correspondió a la Corte pronunciarse sobre la constitucionalidad de inexecutable parcial de los artículos 34 y 140, del Código Civil. El artículo 34 del Código Civil realiza una distinción en relación con la edad a partir de la cual el varón y la mujer pueden ser considerados impúberes. En este orden de ideas, la mujer puede ser considerada impúber cuando ha cumplido doce años de edad, mientras que el varón solo puede serlo cuando ha cumplido catorce años. En este mismo sentido, el artículo 140 del Código Civil marca una distinción respecto de la segunda causal cuya presencia puede generar vicio de nulidad en el matrimonio, a saber, cuando se ha contraído “entre un varón menor de catorce años, y una mujer menor de doce.”

A la Corte Constitucional le correspondió decidir si los preceptos acusados desconocían el texto constitucional. Con el fin de establecer una respuesta, aplicó la Corte la metodología de la ponderación de los derechos en conflicto: “De una parte se encuentra (1) el derecho de las mujeres adolescentes (“niñas” constitucionalmente) a que se garantice su desarrollo libre, armónico e integral, así como el pleno ejercicio de sus derechos (art. 44, CP); (2) su derecho a

los niños se caracterizan por ser derechos de protección. Como tales, implican la necesidad de que se adopte un grupo de medidas de carácter fáctico y de orden normativo a fin de garantizar su efectividad. Dentro las medidas de carácter fáctico, dijo la Corte, se encuentran aquellas acciones de la administración que suponen la movilización de recursos, tanto materiales como humanos, para impedir que los derechos de la niñez sean vulnerados. Dentro de las medidas de orden normativo, existe todo un conjunto de mandatos dirigidos a establecer normas especiales de protección, como aquellas orientadas a limitar la edad a partir de la cual los niños pueden realizar actividades de índole laboral. Así, dijo la Corte, concebir los derechos de los niños como derechos de protección no significa

“tan solo una garantía objetiva sino la expresión de un derecho subjetivo fundamental a recibir protección. Este derecho a la protección es correlativo al deber del Estado de adoptar normas jurídicas que protejan al menor, habida cuenta de su vulnerabilidad, de sus condiciones reales de vida a medida que evoluciona la sociedad y su entorno inmediato, y de su exposición a soportar las consecuencias de las decisiones que adopten los mayores sin considerar el interés superior del menor. Constitucionalmente, el Legislador tiene la obligación de adecuar las normas existentes, de forma tal que (a) no desconozcan o violen los derechos fundamentales de los niños y (b) no dejen de contener las medidas adecuadas de protección que sean indispensables para garantizar su desarrollo libre, armónico e integral. Además, el Legislador debe

ser protegidas adoptando las medidas adecuadas y necesarias para garantizar tales derechos (art. 44, CP), y (3) el derecho a que esta protección sea igual, sin discriminación por razones de género (art. 13 y 43, CP). De otra parte se encuentra (4) la libertad de conformar una familia (art. 42 CP), (5) la autonomía de los menores (art. 44, CP), y (6) el amplio margen de configuración que la Constitución reconoce al legislador para regular el derecho fundamental a contraer matrimonio, en desarrollo del principio democrático (art. 42, CP)”. Luego de un extenso análisis de los preceptos constitucionales en conflicto así como de los derechos de las niñas adolescentes – tanto de los que se desprenden del mismo texto constitucional como de aquellos consignados en Tratados y Convenios Internacionales aprobados por el Congreso de la República y ratificados por el Gobierno Nacional – llegó la Corte a la siguiente conclusión: “A la luz de la Constitución Política es inconstitucional fijar la edad mínima a las 12 años de edad para que las mujeres contraigan matrimonio, cuando ésta es de 14 años para los varones. La regla supone afectar en alto grado (1) el derecho al desarrollo libre armónico e integral de las menores y el pleno ejercicio de sus derechos (2) el derecho a que el Estado adopte las medidas de protección adecuadas y necesarias para garantizar tales derechos, y (3) el derecho a la igualdad de protección de los niños y las niñas. Impedir el matrimonio de las mujeres a los 12 años afecta levemente, por el contrario, (4) derecho a conformar una familia, y (5) el derecho a la autonomía, y (6) no desconoce el margen de configuración del legislador en materia de matrimonio. Por lo tanto, pesan mucho más los argumentos a favor de asegurar la igual protección de niñas y niños”.

incluir aquellas otras normas que sean necesarias para asegurar el goce efectivo de todos los derechos reconocidos tanto en la Constitución como en los convenios y tratados [internacionales aprobados y ratificados por Colombia]. Si bien el legislador dispone de un margen de apreciación de las circunstancias y de configuración en el diseño de las normas de protección de los menores, los medios que escoja deben ser efectivamente conducentes para alcanzar los fines específicos de protección y no excluir las medidas necesarias e indispensables para lograr tales fines. La Constitución exige que en cualquier circunstancia el Estado adopte las normas que aseguren unos mínimos de protección¹⁴.”

La Corte Constitucional subrayó, de otro lado, la finalidad que deben tener las medidas de asistencia y protección de la niñez. Sostuvo en aquella ocasión, que sólo son aceptables las medidas orientadas a garantizar el desarrollo armónico e integral de las niñas y de los niños, así como el pleno ejercicio de sus derechos.

“El desarrollo de un menor es integral cuando se da en las diversas dimensiones de la persona (intelectual, afectiva, deportiva, social, cultural). El desarrollo de un menor es armónico cuando no se privilegia desproporcionadamente alguno de los diferentes aspectos de la formación del menor, ni cuando se excluye o minimiza en exceso alguno de ellos¹⁵.”

12.- Es evidente, pues, la importancia que la jurisprudencia de la Corte Constitucional le ha conferido al carácter protector que asumen los derechos fundamentales de la niñez. Las obligaciones en cabeza de la familia, la sociedad y el Estado confluyen para garantizar a las niñas y a los niños una vida digna y de calidad, ajena a los abusos, a los maltratos y a las arbitrariedades. Sin dejar de lado la responsabilidad que le cabe a la familia y a la sociedad en la realización de los derechos fundamentales de la niñez, es preciso destacar el papel activo que le corresponde realizar al Estado. El Estado debe apoyar a la familia y a la sociedad en el desempeño de sus tareas. En aquellos casos en que ni la familia ni la sociedad puedan cumplir con la debida protección de los derechos de la niñez, le corresponde al Estado hacerlo. Tal como lo dispone la Convención

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-507 de 2004.

¹⁵ *Ibíd.*

Internacional sobre los Derechos de los Niños, el Estado debe “*asegurar plenamente el derecho de los menores a un nivel de vida adecuado, incluidos el derecho a la vivienda, a la alimentación y al más alto nivel posible de salud*”¹⁶.

De lo anterior se deriva la necesidad de poner en movimiento los recursos económicos y humanos indispensables para que las garantías establecidas en el Texto Constitucional y en los Tratados y Convenios Internacionales no se queden escritas y cobren efectividad. Lugar predominante ocupa la realización del principio de “*la supervivencia y el desarrollo*” contenido, como lo indicamos en párrafos anteriores, en la Convención sobre los Derechos de los Niños. Brindar a las niñas y a los niños los elementos indispensables para su supervivencia y desarrollo, no significa solamente ofrecerles los medios para su pleno desenvolvimiento físico. Es preciso, también, garantizar el despliegue integral de su personalidad incluido el plano intelectual, emocional, espiritual y social. En este sentido, la alimentación, la salud y la educación que recibe la niñez unidos a los nexos de amor y solidaridad que puedan desplegar dentro de su familia juegan un papel decisivo como factores de desarrollo y configuran algunos de los principales retos.

Procedencia de la acción de tutela para reclamar el pago del subsidio familiar que beneficia a la niñez. Reiteración de jurisprudencia.

13.- La Corte Constitucional se ha pronunciado también en múltiples ocasiones en relación con que la acción de tutela resulta procedente para reclamar el pago del subsidio familiar cuando su titularidad radica en cabeza de las niñas y de los niños¹⁷. En la sentencia T-713 de 2004 recordó la Corporación que el derecho al subsidio era uno de los componentes del derecho a la seguridad social¹⁸. Si bien es cierto en aquella ocasión, como en otras tantas, la Corte Constitucional ha dicho que el derecho a la seguridad social no es un derecho fundamental, la línea jurisprudencial ha evolucionado en los últimos tiempos difuminándose cada día más la distinción entre derechos con contenido prestacional – no fundamentales – y derechos fundamentales no prestacionales. Lo anterior, de conformidad con los adelantos que se verifican en el ámbito de protección internacional de los derechos humanos en donde cada vez con mayor insistencia se subraya la estrecha interrelación entre, por un lado, los derechos sociales, económicos y culturales y, por otro, los derechos civiles y políticos¹⁹.

¹⁶www.unicef.org/spanish/crc.htm

¹⁷ 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.

¹⁸ Consultar también, Corte Constitucional. Sentencia C-508 de 1997.

¹⁹ En la sentencia T-468 de 2007 se estableció en torno a dicha temática lo siguiente: [e]sta

En concordancia con lo expresado, en tiempos recientes la sentencia T-468 de 2007 puso énfasis, entre otras, en los aspectos que se mencionarán a renglón seguido:

“En el panorama propio de nuestro ordenamiento jurídico la seguridad social adquiere señalada importancia en la medida en que, como lo ha demostrado la historia reciente del constitucionalismo, su máxima realización posible es una condición ineludible de la posibilidad real de goce del resto de libertades inscritas en el texto constitucional. En tal sentido, la seguridad social es consecuencia necesaria de la consagración del Estado colombiano como Estado Social de Derecho, en la medida en que la adopción de tal modelo supone para la organización estatal el deber de promover el florecimiento de condiciones en las cuales se materialice el principio de la dignidad humana y la primacía de los derechos fundamentales.”

En abundante jurisprudencia esta Corporación se ha ocupado de establecer el alcance de la seguridad social como bien jurídico objeto de protección en nuestro ordenamiento²⁰. Así, en el texto constitucional se observa que la seguridad social ha sido objeto de una configuración compleja: en primer lugar, según lo establece el inciso 1° del artículo 48 superior, constituye un “*servicio público de carácter obligatorio*”. De acuerdo a esta disposición al Estado le corresponde una importante labor en su realización dado que el texto superior le confía las labores de dirección, coordinación y control; actividades que deben ser realizadas con estricta observancia de los

Corporación se ha pronunciado acerca de la distinción ampliamente difundida por la doctrina según la cual es posible reconocer una frontera conceptual que separa a dos tipos de derechos: un primer conjunto cuyo contenido se reduce a establecer deberes de abstención dirigidos al Estado –heredados de la tradición ortodoxa del constitucionalismo, estos derechos han sido conocidos como libertades civiles y políticas- y, en segundo término, una serie de derechos de surgimiento reciente que hacen valer la impronta del Estado Social de Derecho, razón por la cual imponen obligaciones de prestación a la organización estatal. No es necesario volver sobre los argumentos que ponen en evidencia el carácter artificioso de tal diferenciación, por ahora basta señalar que todos los derechos fundamentales imponen deberes de orden positivo –actuación por parte del Estado o de su destinatario específico- y otros de naturaleza negativa –prohibiciones de intervención-. En lo que se refiere al derecho a la seguridad social, como fue señalado por la Sala Plena de la Corte en sentencia C-623 de 2004, su configuración como derecho subjetivo, esto es, la viabilidad de su reclamación efectiva, exige en la mayoría de los casos la expedición de normas presupuestales, procesales y de organización que, en conjunto, permita reconocer con claridad las prestaciones exigibles y los destinatarios de tales obligaciones.

²⁰ Sentencias C-514 de 1992, C-735 de 2000, C-623 de 2004, C-111 de 2006, T-596 de 2006, C-125 de 2000, C-835 de 2003, C-516 de 2004, SU 480 de 1997, entre otras.

principios de universalidad, solidaridad y eficiencia²¹.”

[D]el inciso segundo de la disposición constitucional en comento surge la faceta complementaria del diseño ideado por el constituyente sobre el tema. Dicho segmento normativo establece que la seguridad social, además de ser esencialmente un servicio público, asume la forma de derecho constitucional, lo cual abre las puertas a la posibilidad de demandar del Estado la satisfacción de prestaciones concretas. Textualmente, el inciso 2° consagra el mencionado derecho en los siguientes términos: “*Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social*”.

Tal como lo establece el artículo 93.2 superior, la interpretación de los derechos y obligaciones consagrados en la Constitución –entre los cuales se encuentra el derecho a la seguridad social- desborda las fronteras del texto constitucional, lo cual impone al operador jurídico el deber de acudir a los “*tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia*” con el objetivo de concluir la labor de determinación de su contenido. La importancia de esta disposición consiste en que atribuye al operador un inagotable compromiso de actualización del significado de las cláusulas vertidas en el texto constitucional al pulso del ordenamiento internacional. Los frutos obtenidos de tal mandato hermenéutico son de enorme importancia en la medida en que garantizan la más alta aplicación de las garantías fundamentales, lo cual, a su vez, permite una efectiva realización de la dignidad humana, labor a cuya realización se encuentra orientada la totalidad del ordenamiento jurídico²².”

²¹ Según fue establecido en sentencia C-623 de 2004, la seguridad social, no sólo debido a las disposiciones superiores que así lo precisan sino a su naturaleza conceptual, es un servicio público en la medida en que se ajusta a los linderos que el derecho administrativo y el derecho constitucional han trazado para deducir tal característica de determinadas actividades desarrolladas por el Estado. En tal sentido, la seguridad social se ciñe a los lineamientos que han servido como parámetro *definitivo* de los servicios públicos, tal como se explica a continuación: (i) En primer término, constituye una actividad dirigida a la satisfacción de necesidades de carácter general, la cual se realiza de manera continua y obligatoria; (ii) en segundo lugar, dicha labor se presta de acuerdo a disposiciones de derecho público; (iii) para terminar, es una actividad que corre a cargo del Estado, el cual puede prestar el servicio directamente o por medio de concesionarios, administradores delegados o personas privadas.

²² De manera específica, para determinar la extensión del derecho a la seguridad social, es preciso remitirse a las siguientes disposiciones del orden internacional: artículo 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 16 de la Declaración Americana de los Derechos de la Persona, artículo 9 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; artículo 8 de la Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales del País en

Como ocurre con el resto de disposiciones constitucionales, su entero sentido, esto es, la completud de su significado, sólo se consigue al considerar, al mismo tiempo, las disposiciones restantes que han sido inscritas en el texto constitucional. En tal sentido, al seguir el haz dejado por la consagración del Estado Social de Derecho y al contemplar la unidad de propósito que une los diferentes tratados internacionales en materia de trabajo, se concluye que el reconocimiento de este tipo de prestaciones es un derecho en cabeza de los trabajadores que deriva directamente de la consagración específica del principio de solidaridad y de la obligación constitucional de asegurar el derecho a la seguridad social (artículo 48 superior). Sólo un examen que atienda las dos facetas de la seguridad social –como servicio público y como derecho irrenunciable- permite un entendimiento cabal de sus dimensiones en nuestro ordenamiento y, adicionalmente, del nivel y alcance de las exigencias que resultan oponibles al Estado y a cada uno de los miembros que participan en la estructura del sistema de seguridad social.”

14.- Las características particulares del derecho a la seguridad social cuya estructura normativa de principio - mandato de optimización - tiene una doble indeterminación, normativa y estructural, implica que el contenido de este derecho deba ser precisado por quien tiene a su cargo fijar su sentido y alcances, por ejemplo, mediante la determinación de las prestaciones que lo definen. En este contexto, es preciso tanto racionalizar su prestación satisfactoria a cargo de los recursos que conforman el sistema de seguridad social en Colombia, como determinar en qué casos su protección es viable mediante tutela. En otras palabras, si bien es cierto el derecho fundamental a la seguridad social no resulta procedente *prima facie* por vía de tutela, por causa de la indeterminación normativa que lo caracteriza, la Corte Constitucional “ha matizado tal consideración con el objetivo de destacar hipótesis concretas en las cuales el derecho a la seguridad social, en la misma forma en que ocurre con el resto de derechos que pertenecen a la categoría de los derechos económicos, sociales y culturales, se ciñe al modelo de los derechos subjetivos. En tal sentido, ha precisado tres eventos en los cuales la seguridad social adquiere dicha estructura, bien sea por la transmutación²³, por la conexidad con un

que viven y, finalmente, el artículo 11, numeral 1, literal “e” de la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

²³ Sentencia SU-599 de 1999.

derecho fundamental²⁴ o por la afectación del mínimo vital²⁵, casos en los cuales es posible que se brinde protección por vía de tutela²⁶.”

15.- Ahora bien, en el caso de las niñas y de los niños, en reiteradas ocasiones²⁷ ha recalcado la Corporación que la protección del derecho a la seguridad social y, en particular, el amparo del derecho al subsidio familiar del que son titulares las niñas y de los niños, puede exigirse directamente por vía de acción de tutela. Ha dicho la Corporación en relación con este tópico, que *“el derecho a recibir el subsidio familiar, reconocido como una derivación prestacional del derecho a la seguridad social, puede ser reclamado por vía de tutela cuando el afectado es un menor de edad²⁸.”* Esto concuerda con la exigencia de ofrecer protección a las niñas y a los niños y con la necesidad de emprender acciones encaminadas a mitigar los efectos que se desprendan de una eventual situación de debilidad en la que ellas y ellos puedan verse envueltos. Dentro de esta misma línea de protección, ha destacado la Corte Constitucional que en caso de presentarse un conflicto entre los derechos de las niñas y de los niños, por una parte, y derechos o intereses que puedan jugar en contrario, por otra, si no resulta factible encontrar un equilibrio entre los extremos dilemáticos, habría de dársele aplicación *“al principio de primacía y favorabilidad de los derechos de los niños y de las niñas. Lo anterior, en virtud de la aplicación del principio de prevalencia y amparo especial a la niñez contenido en el artículo 44 de la Constitución Nacional al que se hizo referencia en líneas precedentes.*

16.- Como se indicó más arriba, esta prevalencia y amparo especial de los derechos de la niñez recibe pleno respaldo en lo consignado por los Convenios Internacionales. Así lo rememoró la Corte Constitucional cuando en la sentencia C-223 de 1998 subrayó lo siguiente:

“Es evidente que las obligaciones radicadas en las entidades y organismos, públicos y privados, que tienen a su cargo la seguridad social se intensifican y amplían en la medida en que estén de por medio la salud y la vida de los niños, por lo cual, tratándose de ellos, aumentan de modo considerable las posibilidades de su vulneración por negligencia, descuido o desconocimiento del nivel preferente al que han sido elevados por la propia Constitución.

²⁴ Posición planteada desde la sentencia T-406 de 1992

²⁵ Ver, en particular, las sentencias T-462 de 1992, SU-111 de 1997 y SU-995 de 1999

²⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-468 de 2007.

²⁷ Corte Constitucional. 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.

²⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-508 de 1997.

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

‘Artículo 10. Derecho a la seguridad social para los niños. De conformidad con lo dispuesto en la Ley 12 de 1991, el Estado reconocerá a todos los niños el derecho a beneficiarse de la seguridad social, y adoptará las medidas necesarias para lograr la plena realización de este derecho de conformidad con la legislación vigente’. (Corte Constitucional. Sentencia T-001 de 1995).’

17. En relación con el derecho al subsidio familiar, resulta pertinente recordar que éste apareció como institución jurídica dentro del ordenamiento jurídico colombiano en 1956, con la expedición del Decreto 180 de ese mismo año. En la sentencia T-713 de 2004 trajo a la memoria la Corte Constitucional cómo “[e]n su primera fase, el subsidio familiar fue un instituto prestacional, selectivo y especial del cual quedaba excluida la mayor parte de la población laboral activa. Con la expedición de la Ley 58 de 1963, se amplió el campo de aplicación de esta prestación, pues se incorporó al régimen a los trabajadores del sector público y todos los de las empresas o patronos titulares de un patrimonio neto igual o superior a los \$50.000.”

Más adelante, a raíz de la expedición de la Ley 21 de 1982, se aseguró a todos los trabajadores el acceso a la prestación del subsidio familiar y de este modo se intentó remediar la situación de marginación de un amplio sector de la población laboral. El artículo 1° de la referida ley definió el subsidio familiar como se transcribe a continuación:

“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”.

El artículo 5° de la misma ley en comento señaló que tal prestación se paga a los trabajadores beneficiarios en dinero, especie o servicios. El artículo 20 determinó, a su turno, que tienen derecho al subsidio familiar, en cualquiera de las modalidades referidas, los trabajadores cuya remuneración mensual fija o variable no sobrepase una suma que equivalga a cuatro veces el salario mínimo legal que rija en el lugar donde se realice el pago, si fuere superior al monto indicado. Y más adelante, el artículo 27 señaló:

“Darán derecho al subsidio familiar las personas a cargo de los trabajadores beneficiarios que a continuación se enumeran:

*Los hijos legítimos, los naturales, los adoptivos y los hijastros.
Los hermanos huérfanos de padre.
Los padres del trabajador”.*

18.- El Decreto Ley 1211 de 1990 *“Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares”* establece en su artículo 79 lo siguiente:

ARTÍCULO 79. SUBSIDIO FAMILIAR. A partir de la vigencia del presente Decreto, los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, tendrán derecho al pago de un subsidio familiar que se liquidar mensualmente sobre su sueldo básico, así:

- a. Casados el treinta por ciento (30%), más los porcentajes a que se tenga derecho conforme al literal c. de este artículo.
- b. Viudos, con hijos habidos dentro del matrimonio por los que exista el derecho a devengarlos, el treinta por ciento (30%), más los porcentajes de que trata el literal c. del presente artículo.
- c. Por el primer hijo el cinco por ciento (5%) y **un cuatro por ciento (4%) por cada uno de los demás**, sin que se sobrepase por este concepto del diecisiete por ciento (17%).

PARAGRAFO. El límite establecido en el literal c. de este artículo no afectará a los Oficiales y Suboficiales que por razón de hijos nacidos con anterioridad al 31 de octubre de 1969, estuviesen disfrutando o tuviesen derecho a disfrutar, de porcentajes superiores

al diecisiete por ciento (17%), ya que en esa fecha tales porcentajes fueron congelados sin modificación.

PARAGRAFO 2. La solicitud de reconocimiento o aumento del subsidio familiar, deber hacerse dentro de los noventa (90) días siguientes al hecho que la motive; las que se eleven con posterioridad al plazo antes fijado, tendrán efectos fiscales a partir de la fecha de su presentación.

En la página web del Ejército Nacional (www.ejercito.mil.co) se describe el trámite para la solicitud de reconocimiento o aumento del subsidio familiar:

“Estos trámites deberán hacerse dentro de los noventa (90) días siguientes al hecho que los motive, las que se eleven con posterioridad al plazo antes fijado, tienen efectos fiscales a partir de la fecha de su presentación oficial. / En ningún caso hay lugar a reconocimiento doble de subsidio familiar. Cuando los dos cónyuges presten sus servicios en el Ministerio de Defensa Nacional, se reconoce el subsidio a favor de quién perciba mayor asignación básica. Si ésta fuera igual, recibirá el subsidio quien acredite mayor tiempo de servicio. / El Oficial o Suboficial cuyo cónyuge preste servicio en otra entidad, para tener derecho al subsidio familiar pagado por el Ministerio de Defensa Nacional, deberá acreditar que su cónyuge ha renunciado a dicha prestación en la entidad donde trabaja, mediante certificación expedida por esta última.

(...)

Hijos extramatrimoniales e hijastros

Solicitud al Comandante del Ejército.

Registro civil de nacimiento con parte genérica y específica o fotocopia autenticada.

Cuando se trata de una empleada (mujer), allegar solicitud escrita dirigida al Comandante del Ejército indicando dependencia económica del hijo y la ocupación del padre del menor.

Cuando se trate de un empleado (varón), allegar solicitud escrita dirigida al Comandante del Ejército indicando dependencia económica del hijo y la ocupación de la madre del menor.

Constancia firmada por el Comandante de la Unidad indicando fecha exacta de presentación de la solicitud, día, mes y año.”

19.- Con fundamento en los elementos de juicio presentados en esta providencia, la Sala Séptima de Revisión pasará a determinar si en el presente caso al negarse el Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, Dirección de Personal - a entregar el subsidio familiar del 4% a la hija extramatrimonial del Mayor Carlos Fidel Colmenares, se configura una vulneración de los derechos constitucionales fundamentales de la menor. Debe la Sala, en consecuencia, establecer hasta qué punto la entidad demandada puede negarse a conceder el subsidio destinado a beneficiar a la menor alegando, para abstenerse de otorgarlo, que no se tramitó la solicitud de conformidad con el reglamento existente (conducto regular). En otras palabras: ha de precisar la Sala si resulta constitucionalmente válido excusarse en la existencia de una regulación administrativa para desconocer un derecho que no está bajo discusión y cuya falta de reconocimiento podría vulnerar los derechos de la niña Lucía consignados en el artículo 44 superior.

Caso concreto

20.- En el caso *sub examine* la actora, quien obra en nombre de su menor hija, solicita al Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, Sección de Ejecución Presupuestal – le sea entregado a la niña el subsidio familiar que la beneficia por ser hija de un Oficial del Ejército. La entidad demandada se niega a dar el subsidio aduciendo que para efectos de que proceda el otorgamiento del subsidio éste debe ser solicitado por el padre de la menor quien para tales efectos debe cumplir con el conducto regular. Los jueces de instancia niegan la tutela por considerar que si bien es cierto la Constitución le confiere a la niñez una protección reforzada y la jurisprudencia constitucional ha desarrollado esta protección, en el caso bajo análisis no se configura un perjuicio irremediable así que la madre puede hacer efectivo el derecho en cabeza de la menor por la vía que ofrece la jurisdicción ordinaria sin que el juez constitucional entre a suplantar la competencia de los jueces ordinarios.

21.- A partir de lo expuesto en las consideraciones de la presente sentencia, queda de relieve el sentido y alcance de la protección que a favor de las niñas y de los niños se deriva tanto a partir de lo consignado en el ordenamiento jurídico interno, como de lo establecido en los tratados internacionales sobre derechos de la niñez aprobados por el Estado colombiano. Tal como se indicó, la jurisprudencia constitucional ha precisado los alcances de dicha protección y ha contribuido a destacar que

en aquellos eventos en los cuales los derechos de las niñas y de los niños puedan entrar en conflicto con otros derechos o intereses siempre resulta imprescindible verificar las circunstancias fácticas y normativas del caso en concreto, así que de presentarse una eventual restricción de los derechos de la niñez esta limitación (i) se justifique desde el punto de vista constitucional; (ii) sea necesaria para proteger los derechos fundamentales de otras personas; (iii) no exista ninguna otra medida con al menos el mismo grado de idoneidad para obtener el fin propuesto; (iv) se constate que el grado de afectación del derecho fundamental no resulta excesivo cuando se compara con los beneficios que se obtienen con su restricción.

22.- En el asunto que revisa la Sala en la presente ocasión, se tiene que la menor es la segunda hija extramatrimonial de un Oficial del Ejército quien se niega a seguir el trámite regular para solicitar que se le otorgue a su hija el subsidio familiar del 4% a que tiene derecho la niña por ser su segunda hija. A partir de las pruebas que obran en el expediente, fue factible constatar que la menor requiere de esta suma para su manutención. También se confirmó que en el trámite del proceso por alimentos efectuado ante el Juzgado Sexto de Familia de Bogotá la madre había accedido a reducir el porcentaje de cuota alimentaria de un 25% a un 20%, por cuanto el padre de la niña le había asegurado que elevaría cuanto antes la solicitud ante la comandancia del Ejército para exigir la entrega del subsidio y hasta el día de hoy no lo ha hecho, en detrimento de la efectiva realización de los derechos constitucionales fundamentales de la menor.

23.- Estima la Corporación que si bien es cierto los trámites regulares deben ser respetados y este acatamiento tiene una justificación constitucional, al ser el derecho al subsidio familiar un derecho cierto, que no se encuentra bajo discusión, el conducto regular – esto es que sea el oficial mismo quien eleve la solicitud - se torna en una mera formalidad y se convierte, a su turno, en un obstáculo para que la menor goce de su derecho a recibir el subsidio. En otros términos: hacer depender el otorgamiento del subsidio familiar del hecho de que su pago sea solicitado por el padre de la niña, resulta en el caso bajo examen una medida exagerada que no supera el test de proporcionalidad tal y como este fue descrito en líneas precedentes.

No sería factible afirmar ni siquiera que en el asunto *sub judice* se presente un conflicto entre derechos, pues no podría alegarse, sin incurrir en un error grave de apreciación, que la entidad demandada tiene derecho a que los oficiales que trabajan para ella soliciten, en todos los casos, sin lugar a ninguna excepción, el pago del subsidio familiar para sus hijos o hijas. Aquí resulta imprescindible reparar en la situación que se presenta en el asunto bajo estudio por cuanto el padre de la menor se niega de modo

insistente a elevar la solicitud del subsidio a favor de su hija extramatrimonial ante la comandancia del Ejército y, al hacerlo, se convierte en obstáculo inamovible para que la niña pueda disfrutar de su derecho fundamental al subsidio familiar. Por demás, cuando se lee la legislación que regula la materia, es fácil constatar que no se presenta una exigencia particular en lo referente a quién debe presentar la solicitud y, si se ha fijado esta obligación, ha sido por vía reglamentaria.

24.- En repetidas ocasiones la Corte Constitucional ha dicho, en efecto, que *prima facie* no cabe tutela contra actos de carácter general. No obstante, también ha sostenido la Corporación que cuando se trata de actos vulneratorios de los derechos constitucionales fundamentales es factible aplicar la excepción de constitucionalidad. Así lo afirmó la Corporación, por ejemplo, en la sentencia T-1015 de 2005²⁹. Por resultar de especial interés para resolver el problema jurídico formulado en la presente sentencia, a continuación se transcribirán algunos pasajes de la referida providencia:

“Desde el Acto Legislativo número 3 de 1910, las Constituciones colombianas han consagrado la figura de la excepción de inconstitucionalidad. Bajo esta misma filosofía, la Constitución de 1991 en su artículo 4º consagra la aplicación preferente de las reglas constitucionales sobre cualquier otra norma jurídica.

Lo anterior se presenta cuando la autoridad pública encargada de la aplicación de una norma jurídica, en casos concretos y con efectos únicamente referidos a éstos, establezca la incompatibilidad entre la norma de que se trata y la preceptiva constitucional. Aquí no está de por medio la definición por vía general acerca del ajuste de un precepto a la Constitución -lo cual es propio de la providencia que adopte el tribunal competente al decidir sobre el proceso iniciado como consecuencia de acción pública, como lo puede ser la acción de nulidad por inconstitucionalidad contra los actos administrativos adelantada ante el Consejo de Estado- sino la aplicación de una norma legal o de otro orden a un caso singular.

²⁹ En el mismo sentido consultar, Corte Constitucional. Sentencias T-067 de 1998; T-1290 de 2000.

En este sentido, el funcionario público encargado de la ejecución de un acto administrativo, tiene la obligación de inaplicarlo cuando en el caso concreto resulte abiertamente contrario a la [Constitución Nacional] y más aún a los derechos fundamentales en ella contenida. En el caso de no hacerlo, la tutela es el mecanismo procedente para la protección de estos derechos si no existe otro medio de defensa judicial, o si existen, se busque evitar un perjuicio irremediable.

En efecto, aunque, según el artículo 6, numeral 5, del Decreto 2591 de 1991, no cabe la acción de tutela contra actos de carácter general, impersonal y abstracto, ésta debe proceder en los casos en que se persigue la inaplicación en el caso concreto de un acto abiertamente contrario a los derechos fundamentales.

El Decreto mencionado limita la procedencia de la acción teniendo en cuenta que los actos administrativos de carácter general, impersonal o abstracto se distinguen de aquellos de carácter particular, personal y concreto respecto a los efectos producidos mediante su expedición. En este sentido, los primeros no crean una situación jurídica concreta a favor o en contra de un particular, sino que se refieren, en la mayoría de los casos, a situaciones y personas indeterminadas. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que en la aplicación de una disposición general pueden desconocerse derechos fundamentales.”

25.- Como ya resalta en lo arriba expuesto, no es factible aplicar una disposición de carácter general - como la exigencia enderezada a reclamar que la solicitud de reconocimiento y pago del subsidio familiar cuya titularidad radica en cabeza de los hijos o de las hijas deba ser elevada ante la comandancia del Ejército Nacional exclusivamente por el padre pues de lo contrario no se otorgará el beneficio - cuando está de por medio la amenaza de vulneración o el desconocimiento efectivo de derechos constitucionales fundamentales de la niñez. En precedencia se recordó cómo la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido reiterativa al afirmar que el subsidio familiar constituye una parte del derecho a la seguridad social y que cuando su titularidad se encuentra en cabeza de las niñas y de los niños su protección puede solicitarse directamente por vía de acción de tutela.

Lo que se busca es justamente que la entidad demandada se abstenga de aplicar reglamentaciones inferiores las cuales vistas a la luz de la Constitución Nacional, de los Tratados Internacionales orientados a amparar los Derechos de la Niñez así como a partir de los desarrollos efectuados por la jurisprudencia constitucional, resultan por entero incompatibles con el respeto de los derechos constitucionales fundamentales de los niños y de las niñas. Lo que se pretende aquí es poner de manifiesto que pese a existir una decisión administrativa cobijada por la presunción de legalidad y de constitucionalidad, la Constitución debe prevalecer en el caso de incompatibilidad con la misma.

26.- Ahora bien, no puede perderse de vista que en este lugar no se está controvirtiendo la vigencia de la normatividad que regula la solicitud del subsidio familiar para los oficiales del Ejército Nacional. Apenas ocurre que, con repercusión exclusiva en la situación particular, se ha desvirtuado la presunción de constitucionalidad; ella seguirá operando mientras no se profiera un fallo del tribunal competente que defina el punto por vía general.

27.- Por los motivos expuestos en la presente providencia, la Sala procederá a revocar el fallo emitido por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal y, en su lugar, concederá la protección invocada. Adicionalmente, ordenará al Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, Dirección de Personal -, que de no haberlo hecho ya, proceda a reconocer y a pagar el subsidio familiar del 4% , tal como lo dispone el artículo 79 literal (c) del Decreto Ley 1211 de 1990 *“Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares”*, cuya titularidad radica en cabeza de la menor Lucía al ser ella la segunda hija del Mayor Carlos Fidel Colmenares Jurado. Por último, ordenará a la entidad demandada que reconozca y pague las sumas que por concepto de subsidio familiar le correspondieron a la menor a partir del 28 de junio de 2006 fecha en que se elevó el primer derecho de petición para que la entidad demandada concediera el subsidio familiar.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal el día primero de marzo de 2007 y, en su lugar, **AMPARAR** los derechos cuya protección se invocó.

SEGUNDO.- ORDENAR al Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, Dirección de Personal – que, en el evento de no haberlo hecho ya, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente sentencia, proceda a reconocer y a pagar el subsidio familiar del 4% , tal como lo dispone el artículo 79 literal (c) del Decreto Ley 1211 de 1990 *“Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares”*, cuya titularidad radica en cabeza de la menor Lucía al ser ella la segunda hija del Mayor Carlos Fidel Colmenares Jurado. **ORDENAR** al Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, Dirección de Personal - que dentro del mismo término mencionado con antelación, adopte los trámites indispensables para que se le reconozcan y paguen a la menor las sumas que por concepto de subsidio familiar le correspondieron a partir del 28 de junio de 2006 fecha en que se elevó el primer derecho de petición para que la entidad demandada concediera el subido familiar.

TERCERO.- LÍBRENSE por Secretaría las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
Magistrado

CATALINA BOTERO MARINO
Magistrada (E)

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ
Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General

