

## Reconocimiento del Subsidio Familiar para el “Nasciturus”



Autor: Juan Camilo Cipagauta Oliveros

Tutor: Claudia Patricia Garay

Especialización en derecho Administrativo

Facultad de Derecho

Universidad Militar Nueva Granada

2017

## Reconocimiento del Subsidio Familiar para el Nasciturus

Juan Camilo Cipagauta Oliveros \*

### Resumen

El presente ensayo de investigación, analiza en vacío jurídico contemplado en el artículo 5 del decreto ley 4433 de 2004, “por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública” puesto que desconoce el reconocimiento y pago del subsidio familiar del menor concebido pero no nacido, llamado en el argot jurídico como “Nasciturus” con base en el análisis jurisprudencial y Doctrinario se pretende establecer la conexidad del subsidio familiar con el derecho fundamental a la seguridad social del menor contemplado en el artículo 44 de la constitución política, por lo que será susceptible de protección mediante acción de tutela, finalmente se propone modificar la norma vigente mediante una iniciativa legislativa, o sacarla del ordenamiento jurídico mediante demanda de inconstitucionalidad. Durante el desarrollo del presente ensayo el lector evidenciará la importancia de abordar esta problemática salarial originada en el régimen pensional propio de las fuerzas Militares.

**Palabras Claves:** Nasciturus, reconocimiento, subsidio familiar, régimen pensional.

---

\* Abogado Juan Camilo Cipagauta Oliveros  
[camilocipagauta55@gmail.com](mailto:camilocipagauta55@gmail.com)

Ensayo presentado como requisito para optar al título de especialista en derecho Administrativo de la UNMG

**Abstract**

This research paper analyzes the contemplated legal vacuum in Article 5 of Decree Law 4433 of 2004, "by which the pension and retirement allocation of members of the security forces regime fixed" since unknown recognition and child benefit child conceived but not born, known in legal jargon as "Nasciturus" based on the jurisprudential and Doctrinal analysis is to establish the connectedness of the family allowance with the fundamental right to social security of the child referred to in Article 44 of the constitution, which will be capable of protection tutela finally proposed to amend the existing rule by legislative or out of the law by initiative constitutional claim. During assay development the reader determine the importance of addressing this wage problem originated in the own pension regime of the military forces.

**Key Words:** Nasciturus, recognition, family allowance, pension system.

## Introducción

El presente trabajo de investigación tiene como finalidad, analizar el vacío jurídico contemplado en el Decreto ley 4433 de 2004, por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública (en adelante DL. 4433) específicamente el artículo 5 que establece lo siguiente:

*Cómputo de la partida del subsidio familiar.* Cuando haya lugar a la inclusión de la partida de subsidio familiar para la liquidación de la asignación de retiro, pensión de invalidez y de sobrevivencia, el monto de la misma no sufrirá variación alguna por hechos ocurridos con posterioridad al retiro del personal de que trata este decreto.

Lo anterior no obsta para que en cualquier tiempo se ordene la inclusión, el aumento, disminución o extinción de la partida de subsidio familiar como factor de liquidación de la respectiva asignación de retiro o pensión, cuando se compruebe que al Oficial, Suboficial o Agente, se le venía considerando un porcentaje diferente al que legalmente le correspondía. (Colombia, Congreso de la Republica, 2004, Decreto 4433. Art. 5)

Dicha normatividad desconoce el reconocimiento del subsidio familiar a los menores que fueron concebidos, mientras el militar estuvo en servicio activo y nacidos con posterioridad al reconocimiento y pago de la asignación de retiro, violando en derecho fundamental de la seguridad social del menor con relación al subsidio familiar, en este sentido cabe recordar que el subsidio familiar, es una partida computable de carácter obligatorio en el reconocimiento y pago de la asignación de retiro o pensión para el régimen pensional propio de las fuerzas militares, por

el contrario en el régimen de prima media regulado por la ley 100 de 1993, es una prestación de carácter subsidiario que no reviste obligatoriedad en el pago de la pensión por vejez.

La importancia de abordar esta problemática social, originada en el régimen pensional propio de las fuerzas militares, radicada en que se está desconociendo el derecho que tiene el Nasciturus de ser incluido dentro del subsidio familiar violando su derecho fundamental a la seguridad social, en el entendido de que los derechos de los menores prevalecen sobre los derechos de los demás, al gozar de especial protección constitucional, el legislador desconoció dicha premisa, dejando en estado de vulnerabilidad al menor concebido pero no nacido, sin importar que el citado derecho genera una mera expectativa, debería estar regulado dentro en el ordenamiento nacional.

Durante el desarrollo del ensayo se responderán interrogantes como ¿Qué es Nasciturus? Y ¿es considerado persona?, ¿puede contraer derechos y obligaciones? ¿Puede adquirir derechos patrimoniales? En primera medida podemos decir que la definición de Nasciturus tuvo su origen en el derecho romano, Ghirardi lo define como el “concedido pero no nacido, el estatus que se le da a la persona antes de nacer, mientras permanece en el vientre materno, donde el estado deberá proteger la presunción de su nacimiento para los efectos jurídicos que le sean favorables” (2013, p. 65)

La Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos ha reconocido al Nasciturus como ser humano sujeto a derechos y obligaciones, en este sentido el profesor Cristancho Parra define a los derechos patrimoniales como “una sub-clasificación de los derechos subjetivos que no tienen valoración económica, diferentes a los derechos extra-patrimoniales como el derecho a la familia y a la personalidad” (1990, p. 135)

Estos derechos radican en cabeza de Naciturus desde la concepción, pero solo pueden hacerse efectivos, solo si acontece el nacimiento. Observamos con preocupación que el decreto ley 4433 de 2004 (en adelante DL 4433) viola preceptos constitucionales, al no regular específicamente el reconocimiento del subsidio familiar para el hijo concebido en actividad y engendrado luego de reconocida la asignación de retiro, toda vez que la corte constitucional ha señalado que el subsidio familiar hace parte del derecho a la seguridad social. En el caso de los niños, en aplicación de la prevalencia y protección especial a que alude el artículo 44 de la Constitución política (en adelante CP) que establece lo siguiente:

Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán 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. (CP, Art. 136)

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger de manera especial al menor, puesto que el derecho de los menores son prevalentes jurídicamente frente al derecho de los demás, motivo por el cual mediante el desarrollo del presente ensayo, analizaremos este fenómeno constitucional confrontando el DL 4433, versus el derecho fundamental a la seguridad social del menor en conexidad con el subsidio familiar, lo anterior nos permitirá establecer el mecanismo jurídico para proteger el derecho fundamental a la seguridad social del menor en conexidad con el subsidio familiar, del mismo modo se propondrá algún mecanismo que reforme, revoque o modifique el artículo 5 del DL 4433, mediante

iniciativa legislativa, demanda de inconstitucionalidad o acción de grupo por ser violatoria de los artículos 48 y 49 de la Carta Política, su modificación afectaría de manera positiva la pensión de los militares en retiro puesto que incrementa su asignación en un 3% sobre el valor total de la liquidación al momento de su retiro, la misma no surtirá modificación alguna puesto que quedara congelada para efectos prestacionales.

**El derecho al subsidio familiar se deriva al derecho fundamental a la seguridad social del menor.**

La Seguridad Social del menor es reconocida en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho fundamental conforme al principio de protección prevalente de los menores contemplado en el artículo 44 de la CP, es así como el Nasciturus es considerado como individuo de la especie humana y la protección de sus derechos es prevalente y especial, el Estado garantizara el derecho y la protección a la vida de sus integrantes en especial los menores.

Para lograr la protección efectiva del derecho fundamental a la seguridad social de menor en conexidad con el subsidio familiar, es necesario abordar en primera medida el principio de protección prevalente del menor, contemplado en la constitución de la siguiente manera:

Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán 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. (CP, Art. 44)

Si observamos en conjunto el artículo expuesto, evidenciamos que la Constitución política fortalece la hipótesis de que el Nasciturus, por tener la calidad de ser humano, tiene garantías constitucionales desde el momento mismo en que fue concebido.

De esta manera, los artículos 48 y 49 de la CP establecen la seguridad social por un lado, como un derecho irrenunciable, y por otro lado, como un servicio público, de tal manera que, por la estructura de este derecho, es el Estado el obligado a dirigir, coordinar y controlar su efectiva ejecución, más aun si la protección versa sobre el menor que está por nacer, en este sentido, Delgado Schneider expone que en principio “el nacimiento constituye un principio de la existencia, entrara el recién nacido en el goce de todos sus derechos como si hubiere existido al tiempo en el que se defendieron. En cambio allí donde el concebido es persona por nacer adquiere sus derechos desde la concepción. Y si nace muerto, estos derechos se extinguen. (2007, p. 99)

En este sentido La protección que le otorga el ordenamiento constitucional al derecho a la seguridad social del menor en conexidad con el subsidio familiar se complementa y fortalece por lo dispuesto en el ámbito internacional en la Convención sobre los Derechos del Niño que dispone lo siguiente:

Los estados partes reconocerán a todos los niños el derecho a beneficiarse de la seguridad social, incluso del seguro social, y adoptaran las medidas necesarias para lograr la plena realización de este derecho de conformidad con su legislación nacional.

Las prestaciones deberían concederse, cuando corresponda, teniendo en cuenta los recursos y la situación del niño y de las personas que sean responsables del mantenimiento del niño, así como cualquier otra consideración pertinente a una solicitud

de prestaciones hecha por el niño o en su nombre. (Convención sobre los Derechos del Niño adoptado por la legislación interna mediante la ley 12 de 1991, en adelante CDN Art. 26)

De conformidad con lo expuesto, el derecho a la seguridad social del menor se constituye en derecho fundamental cuya efectividad se deriva “de su carácter irrenunciable, su reconocimiento como tal en los convenios y tratados internacionales ratificados por el Estado Colombiano mediante la ley 12 de 1991 que expone lo siguiente:

*Artículo 10:* De conformidad con la obligación que incumbe a los Estados Partes a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 9o., toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva. Los Estados Partes garantizarán, además, que la presentación de tal petición no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares.

2. El niño cuyos padres residan en Estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres. Con tal fin, y de conformidad con la obligación asumida por los Estados Partes en virtud del párrafo 2 del artículo 9o., los Estados Partes respetarán el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido el propio, y de entrar en su propio país. El derecho de salir de cualquier país estará sujeto solamente a las restricciones estipuladas por ley y que sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral pública o los derechos y libertades de otras personas y que estén en consonancia con los demás derechos reconocidos por la presente Convención. (Congreso de la Republica, 1991, Ley 12 de 1991, Art. 10)

Sin embargo, el carácter fundamental del derecho a la seguridad social del Nasciturus no puede ser confundido con su aptitud de hacerse efectivo a través de la acción de tutela, en este sentido la Constitución busca preservar los derechos fundamentales al Nasciturus en aquello que le es esencial: la vida, la salud, la seguridad social, etc. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que en el caso expuesto el nacimiento es una mera expectativa, que no obsta de garantía y protección constitucional, ya que no puede excluirse el derecho que tiene los militares en retiro a gozar de un incremento en su asignación por el hijo concebido pero no nacido.

**El subsidio familiar, reconocido vía acción de tutela, por tener conexidad con el derecho a la seguridad social del menor.**

Es de conocimiento público que la acción de tutela es un mecanismo jurídico de protección en contra de violación de derechos fundamentales, como lo advierte la doctrina:

De manera simple pero contundente puede afirmarse que el objeto de la tutela es la realización completa del derecho mediante la aplicación de medidas específicamente preventivas, tal afirmación requiere ser desarrollada y, en ese orden de ideas debe considerarse que la actividad jurisdiccional del Estado tiene una de sus manifestaciones en la conservación de un estado de hecho y de derecho cuando se compruebe la existencia de un peligro que comporte la probabilidad de un daño con el fin de prevenirlo o eliminarlo. (Restrepo Medina, 2006, p. 29)

El artículo 44 CP, eleva a derecho fundamental del menor, la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, etc., así mismo el artículo 48 superior, referente a la seguridad social establece que es un servicio público de carácter obligatorio en sujeción al principio de universalidad, en este sentido Corte Constitucional ha reconocido jurisprudencialmente que los

menores gozan de una protección especial por parte del Estado. Entre otras tras disposiciones constitucionales encontramos que los artículos 42, 50, 53, 68 y 356 CP, como lo asevero la corte constitucional Colombiana (en adelante CConst) en sentencia C-508/97, se refirió a la importancia de la inclusión del subsidio familiar como un mecanismo de redistribución del ingresos, en especial si se atiende a que el subsidio en dinero se reconoce al trabajador en razón de su carga familiar y de unos niveles de ingreso precarios, que le impiden atender en forma satisfactoria las necesidades más apremiantes en alimentación, vestuario, educación y alojamiento.

Los principios que lo inspiraron y los objetivos que persigue, han llevado a la ley y a la doctrina a definir el subsidio familiar como una prestación social legal, de carácter laboral. Mirado desde el punto de vista del empleador Charria J & Ruiz A lo dividen de la siguiente manera:

En el ámbito del vigente sistema de seguridad social, en cumplimiento de la obligación de los poderes públicos de proteger social, económica y jurídicamente a la familia existen las siguientes modalidades:

Una modalidad contributiva dirigida a los trabajadores, cualquiera que sea su nacionalidad, una modalidad no contributiva o subsidiada destinada a la protección de las personas excluidas del sistema público de seguridad social que no están afiliadas y en consecuencia no contribuyen al mismo mediante cotizaciones. (2007, p. 607)

Podemos entonces afirmar que esta 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.

Consecuencia directa de esta protección es que muchos de los derechos sociales, económicos y culturales que no son fundamentales sino por conexidad, adquieren esta categoría cuando su titular es un menor de edad. Tal sucede, por ejemplo, con los derechos prestacionales a la seguridad social y a la salud: para las personas adultas, éstos no son derechos fundamentales, a menos que se pruebe por conexidad que su vulneración afecta uno de estos última; sin embargo, en los niños, por virtud de esa aludida prevalencia y protección especial de que habla la Carta Política, sí adquieren tal categoría. Tal es el sentido de la siguiente la sentencia de Unificación Jurisprudencial SU- 043/95 al establecer que la nueva Constitución, al ocuparse de los derechos de los niños, no desatendió al desarrollo del derecho social contemporáneo y estableció, como corresponde a su evolución, las nuevas manifestaciones del Estado Social de Derecho, y dio rango de derecho constitucional fundamental a algunos derechos de los menores como el de la seguridad social que se proyecta en este caso, no obstante que deba encontrarse su armonía con otras manifestaciones programáticas específicas, que también son proyección suya.

El corolario procesal del anterior principio es que, a diferencia de las acciones interpuestas en favor de los adultos, las tutelas encaminadas a proteger, entre otros, los derechos a la seguridad social y a la salud de los menores, proceden sin necesidad de que la relación causal entre la vulneración del derecho prestacional y el perjuicio del derecho fundamental quede demostrada; entre otras cosas, porque según el artículo 42, numeral 9, del Decreto 2591 de 1991, se presume la indefensión de los niños en cuyo favor se interpone una acción de tutela.

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

Artículo 10. Derecho a la seguridad social para los niños. De conformidad con lo dispuesto en la Ley 12 de 1991, el Estado reconocerá a todos los niños el derecho a beneficiarse de la seguridad social, y adoptará las medidas necesarias para lograr la plena realización de este derecho de conformidad con la legislación vigente' ". (T-001/95 M.P. José Gregorio Hernández Galindo)

De lo dicho con anterioridad puede colegirse que el derecho a recibir el subsidio familiar, que ha sido reconocido como una derivación prestacional del derecho a la seguridad social, puede ser reclamado por vía de tutela cuando el afectado es un menor de edad, pues la Constitución lo eleva en estos casos a la categoría de derecho fundamental.

### **Diferentes regímenes pensionales que se encuentran en la legislación Colombiana y establecer sus principales características del subsidio familiar**

Durante el desarrollo temático del presente ensayo, es necesario tener en cuenta los diferentes regulaciones que sobre el tema pensional existe, específicamente lo regulado por la ley 100 de 1993 en el régimen de prima media, y el decreto 4433, por medio del cual se reconoce y paga las asignaciones de retiro a los Miembros de las fuerzas militares,

En este sentido Marcucci Diazgranados critica "la función misma de las normas laborales es regular el trabajo humano y para concretar su alcance y contenido se hace necesario tener una óptica capaz de identificar las situaciones de interés, al igual que aquellas donde aparece el espectro subordinante, merecen igual amparo y protección" (2005, p. 11)

Puesto que como veremos a continuación el computa del subsidio familiar es requisito sine qua non del régimen pensional propio de las fuerzas militares siendo opcional en el régimen regulado por la ley 100 de 1993.

## Apéndice 1 Cuadro Comparativo ley 100 de 1993 vs Decreto 4433 de 2004.

<b>Reconocimiento de pensión Vejez en el Régimen de Prima Media. Ley 100 de 1993.</b>	<b>Reconocimiento de asignación de retiro para los miembros de las fuerzas Militares. Decreto 4433 de 2004.</b>
<p>Respecto del reconocimiento de los derechos pensionales en el régimen de prima media regulado en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, establece que una persona afiliada al Régimen de Prima Media –RPM, tendrá derecho a la Pensión de Vejez siempre y cuando reúna los siguientes requisitos:</p> <p>Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.</p> <p>A partir del 1 de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.</p> <p>Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.</p> <p>A partir del 1° de enero del año 2005, el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1 de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.</p> <p>Es de anotar que los requisitos mencionados no son optativos o alternativos, lo que indica que se deben reunir los dos para acceder a la Pensión de Vejez, sin olvidar que para el año 2012 se exige desde el 1° de enero hasta el 31 de</p>	<p>Respecto del reconocimiento de asignaciones de retiro de los miembros de las fuerzas Militares, observamos que por ser un régimen especial se encuentra regulado en el artículo 14 del decreto ley 4433 de 2004 que establece lo siguiente: ...” Asignación de retiro para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en actividad. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia del presente Decreto, que sean retirados con dieciocho (18) o más años de servicio, por llamamiento a calificar servicios o por retiro discrecional, según el caso, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad psicofísica, o por incapacidad profesional, y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta después de veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro.</p>

Diciembre un mínimo de 1.225 semanas cotizadas	
<b>Subsidio familiar en la ley 100 de 1993</b>	<b>Subsidio familiar conforme al decreto ley 4433 de 2004.</b>
<p>En el régimen de Prima Media 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 representan el sostenimiento de la familia como núcleo básico de la sociedad.</p> <p><u>El Subsidio Familiar no es salario, ni se computa como factor del mismo en ningún caso, a diferencia del régimen pensional de las fuerzas Militares.</u></p> <p>Subsidio en especie es el reconocido en alimentos, vestidos, becas de estudio, textos escolares, drogas y demás frutos o géneros diferentes al dinero que determine la reglamentación de la ley.</p> <p>Subsidio en servicios es el que se ofrece a través de los programas que desarrollan las cajas de compensación familiar tales como educación, capacitación, bibliotecas, recreación, turismo, vivienda, crédito, adulto mayor y discapacitados. Para éstos servicios las cajas de compensación familiar fijan tarifas diferenciales de acuerdo con el salario de los trabajadores afiliados así:</p> <p>1. Categoría A. Hasta dos salarios mínimos</p>	<p>Respecto al reconocimiento del subsidio familiar dentro de la asignación de retiro de los miembros de las fuerzas militares, observamos que esta hace parte integral de la liquidación dentro de la asignación de retiro, conforme al Artículo 5° del decreto 4433 de 2004 que establece lo siguiente:” Cuando haya lugar a la inclusión de la partida de subsidio familiar para la liquidación de la asignación de retiro, pensión de invalidez y de sobrevivencia, el monto de la misma no sufrirá variación alguna por hechos ocurridos con posterioridad al retiro del personal de que trata este decreto.</p> <p>Lo anterior no obsta para que en cualquier tiempo se ordene la inclusión, el aumento, disminución o extinción de la partida de subsidio familiar como factor de liquidación de la respectiva asignación de retiro o pensión, cuando se compruebe que a l Oficial, Suboficial o Agente, se le venía considerando un porcentaje diferente al que legalmente le correspondía</p>

<p>egales mensuales vigentes.</p> <p>2. Categoría B. Más de dos salarios mínimos legales mensuales vigentes y hasta cuatro salarios mínimos legales mensuales vigentes.</p> <p>3. Categoría C. Más de cuatro salarios mínimos legales mensuales vigentes.</p> <p>4. Categoría D. Particulares. Categoría de no afiliado a la caja.</p>	
--	--

Elaboración Propia a partir de datos tomados en la legislación Colombiana.

Una vez establecida las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, específicamente lo que corresponde al pago del subsidio familiar, Alfonsina de Chavarría establece las características que comparten los dos regímenes pensionales a saber:

El fin principal de la pensión es suministrar los alimentos que permitan vivir. Por ello es irrenunciable para que se pueda reclamar en el momento en que se necesite, así mismo la pensión es un derecho personal que permanece con el beneficiario hasta que la ley determine su finalización o muera, No es susceptible de cambio o compensación, es inembargable y tiene prioridad sobre las deudas. (2004, p. 101)

Teniendo en cuenta lo anterior, observamos que en el régimen de prima media regulado en la ley 100 de 1993, El Subsidio Familiar no hace parte del salario, ni se computa como factor del mismo en ningún caso, a diferencia del régimen pensional de las fuerzas Militares, en donde si hace parte integral de la liquidación dentro de la asignación de retiro, conforme al Artículo 5° DL 44330, por lo que la protección de los derechos del menor, no solo comprende la legislación

Nacional, sino también cuenta con la protección internacional, al respecto Monroy Cabra expone lo siguiente:

El derecho internacional de los menores comprende los tratados, declaraciones e instrumentos internacionales relativos a la protección de los menores y de los cuales Colombia hace parte, entre los más importantes encontramos, la declaración universal de los derechos humanos la declaración de los derechos del niño, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948. (2008, p. 577)

Tenemos entonces que al ser el subsidio familiar una partida computable, requisito dentro del reconocimiento y pago de la asignación de retiro en el sistema pensional propio de las fuerzas militares, regulado por el DL 4433, y su desconocimiento viola todo precepto, al respecto Taruffo Michelle sostiene lo siguiente:

Los derechos fundamentales inherentes a la condición humana y compatibles con la circunstancia de no haber nacido que son puros, puesto que no están suspendidos sino en plena vigencia, mientras no ocurra el alumbramiento, agrega la sentencia que la Constitución busca preservar al no nacido en aquello que le es connatural y esencial: la vida, la salud y la integridad física, tanto así que en el desarrollo de preceptos constitucionales, la legislación penal castiga severamente las conductas que conducen al menoscabo de dichos intereses y la civil concede facultades expresas al juez para custodiarlos, puesto que si bien la existencia legal comienza con el nacimiento, esto no significa que el derecho desconozca los inviolables derechos de la persona humana antes de nacer. (2007, p 100)

## Conclusiones

El presente ensayo de investigación ha permitido arrojar las siguientes conclusiones:

PRIMERA: el artículo 5 del decreto 4433 de 2004 “por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública”. Viola el derecho fundamental a la seguridad social del menor, al no completar en su normatividad la inclusión del subsidio familiar del Nasciturus; así mismo una vez materializado el nacimiento, los derechos patrimoniales que se encontraban en suspenso podrán ser reclamados vía acción de tutela, en protección del derecho fundamental a la seguridad social del menor contemplado en el artículo 44 CP.

SEGUNDA: Comparados los diferentes regímenes pensiones regulados en Colombia, podemos establecer que el subsidio familiar se deberá computar obligatoriamente dentro del reconocimiento y pago de la asignación de retiro o pensión; mientras en el Régimen de Ahorro Individual (RAIS) y en el Régimen de Prima Media con prestación definida (RPM) el subsidio familiar es un plan complementario prestado por las cajas de compensación que no hace parte integral de los requisitos para pensionarse, al respecto Torres Corredor define la asignación familiar como toda prestación, en dinero o en especie cuyo objeto sea favorecer la constitución o el desarrollo normal de las familias, ya sea aportando una contribución regular y permanente para el sostenimiento de las personas a cargo de la cabeza familiar. (2002, p. 846)

TERCERA: Existen derechos que adquieren el estatus de fundamentales por la importancia del bien jurídico tutelado, en este caso se logró evidenciar que el derecho al subsidio familiar es conexo con el derecho a la seguridad social cuando el protegido es el menor de edad, en virtud

del principio del interés superior en la protección del menor, motivo por el cual la norma acusada será susceptible de una acción pública de inconstitucionalidad, con el fin de atacar dicho decreto a la luz de la constitución política, y buscar un alternativa efectiva que consagre la protección del menor de edad que está por nacer.

## Referencias:

- Cristancho Parra L. (1990) *prestaciones Sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales*. Bogotá: Ediciones librería del profesional.
- Charria J & Ruiz A (2007) *Orígenes del derecho laboral Latinoamericano*. Guadalajara: Universidad de Guadalajara.
- Ghirardi, J (2013). *El Nasciturus y el Derecho a la vida*. España: Académica Española.
- Restrepo Medina J. (2006). *Perspectiva Constitucional sobre la Tutela Cautelar Judicial*. Colombia: Universidad del Rosario.
- Chavarria A. (2004). *Derecho sobre la familia y el niño*. Costa Rica: Universidad Estatal a Distancia.
- Monroy Cabra M. (2008) *derecho de familia y de menores*. Colombia: Ediciones del profesional.
- Torres Corredor H. (2002) *Sistema de seguridad social pensiones*. Colombia: Universidad nacional de Colombia.
- Taruffo Michelle (2007) el principio de la protección legal de la vida y la salud En *Revista de derecho Privado*. Colombia: Universidad Externado.
- Marcucci Diazgranados C. (2005) *Panorama Contextualizado del derecho laboral sustancial Colombiano*. Colombia: Universidad Cooperativa de Colombia.
- Delgado Schneider V. (2007) el principio de la protección legal de la vida y la salud del Nasciturus y la acción popular en el modelo de Andrés Bello. En *Revista de derecho Privado*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado. Número 11 – 12.
- Colombia, Congreso de la Republica (2004) decreto 4433 de 2004, por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la fuerza pública. Bogotá: en diario oficial, núm. 45778, 31 de diciembre de 2004.

Colombia, Congreso de la Republica (1991) ley 12 de 1991, *Por medio de la cual se aprueba la Convención sobre los Derechos Del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989*. Bogotá: en diario oficial, núm. 39640, 22 de enero de 1991.

Convención sobre los derechos del niño, Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Recuperado el día 20 de septiembre de 2016, de:

<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>

Colombia, Corte Constitucional (1997) *Sentencia de Constitucionalidad 508 con ponencia del magistrado Vladimiro Naranjo Mesa*, Bogotá, recuperado el día 23 de septiembre de 2016 en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-508-97.htm>

Colombia, Corte Constitucional (2002) *Sentencia de Constitucionalidad 315 con ponencia del magistrado Marco Gerardo Monroy Cabra*, Bogotá, recuperado el día 20 de septiembre de 2016 en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2002/C-315-02.htm>