

El derecho patrimonial de herencia en los hijos de crianza: avances y limitaciones en el actual contexto jurídico colombiano.

Sandra Milena Chaparro Hernández

Saidy Luney Naranjo Daza

Director de trabajo de grado: Dr. Helbert Ramos Nocua

Universidad Santo Tomás

Facultad de Derecho

Tunja, enero de 2023

Tabla de contenido

Introducción.....	5
Planteamiento del Problema	7
Pregunta de Investigación	7
Hipótesis	8
Objetivos.....	9
Objetivo General	9
Objetivos Específicos	9
Justificación	10
Capítulo I: Evolución Pluralista del Concepto de Familia	11
Concepto de Familia	11
Naturaleza Jurídica De La Familia	15
Reseña Histórica	16
Tipología de la Familia.	19
Modelos Monoparentales	20
Modelos biparentales.....	21
Familia Ampliada.....	22
Ámbito de Protección Especial para la Familia.....	24
Protección de la familia en convenios y pactos internacionales	26

	3
Principios Fundantes de la Familia	29
Evolución del Concepto de Familia en la Normatividad Colombiana	33
La Familia de Crianza	34
Capítulo II: Contexto Jurídico de la Figura del Hijo de Crianza.....	38
Definición de la Jurisprudencia	38
Propuesta de Definición.....	42
Requisitos para Ser Considerado Hijo de Crianza	42
El Hijo de Crianza desde el Derecho Comparado	44
Principios del Derecho desde el Enfoque del Hijo de Crianza	49
Igualdad.....	49
Dignidad Humana	51
No Discriminación	53
Interés Superior del Niño	54
Capítulo III: Avances y limitaciones del reconocimiento del derecho patrimonial de	
herencia en los hijos de crianza	59
De la Posesión Notoria del Estado del Hijo de Crianza.	59
Derechos que por Vía Jurisprudencial se les han Reconocido a los Hijos de Crianza.	60
Derecho Patrimonial de Herencia en los Hijos de Crianza.....	62
El Estado Civil.	62

Capítulo IV: Propuesta de Solución a las Limitaciones en el Reconocimiento del Derecho

Patrimonial de Herencia en los Hijos de Crianza con Filiación Legítima. 66

Referencias 75

Introducción

El trabajo de investigación titulado “*El derecho patrimonial de herencia en los hijos de crianza: avances y limitaciones en el actual contexto jurídico colombiano*”, se desarrolla a partir del vacío normativo actual, tomando como base los desarrollos de la jurisprudencia y del derecho comparado.

Para una mayor comprensión y profundidad del mismo, se plantea como objetivo general determinar los avances y limitaciones en el reconocimiento del derecho patrimonial de herencia en los hijos de crianza, así como dar a conocer una propuesta de solución a dichas limitaciones en el reconocimiento del derecho.

De acuerdo con lo anterior, el trabajo de investigación se estructura en cuatro capítulos: el primero tiene que ver directamente con la caracterización del concepto de familia, de forma general; luego desde su naturaleza jurídica, así como desde su origen y evolución histórica. Adicionalmente se aborda lo que tiene que ver con la tipología familia, destacando algunos modelos particulares (monoparentales, biparentales y familia ampliada); a partir de ello se realiza un análisis de los fundamentos de la familia y los aspectos que la protegen a nivel social y estatal.

El segundo capítulo se relaciona directamente con el concepto del tema principal de este trabajo. Para ello, el documento investigativo se enfoca en algunos aspectos particulares, iniciando por su conceptualización, para luego establecer requisitos para el reconocimiento del hijo de crianza en Colombia y los principios que se deben amparar en virtud de los derechos patrimoniales del hijo de crianza.

Luego, en el tercer capítulo, se estudia y analiza la posesión notoria del hijo de crianza, los derechos que les han sido reconocidos desde la jurisprudencia, delimitando así los avances y limitaciones que se puedan dar respecto de los derechos patrimoniales de los hijos de crianza.

Finalmente, el último capítulo aborda las propuestas de solución al problema jurídico que existe, en relación con el reconocimiento del derecho patrimonial de herencia en los hijos de crianza, con filiación biológica, para que estos puedan acudir como interesados en el primer orden hereditario, en la sucesión de quienes fueron sus padres de crianza.

Planteamiento del Problema

En Colombia, la figura de hijo de crianza ha tenido desarrollo únicamente por la vía jurisprudencial y, a través de ese medio, las Altas Cortes, especialmente la Corte Constitucional, les ha reconocido a los hijos de crianza derechos de todo orden, entre los que sobresalen: alimentos, pensiones, indemnizaciones y subsidios educativos, además de reconocerles el derecho patrimonial derivado de la herencia.

Sin embargo, con este último derecho, se tiene una situación muy particular y es que este se les ha concedido solo a los hijos de crianza reconocidos por sus padres de crianza como hijos legítimos. De ahí que no es posible hacer este reconocimiento a los hijos de crianza que tienen su filiación legítima, en el entendido que no es posible concebir la idea que una misma persona ostente el estado civil de hijo biológico respecto de unos padres y, adicionalmente, el estado civil de hijo de crianza respecto de otros, pues se estaría en presencia de un doble estado civil y ello no es concebible en el ordenamiento jurídico Colombiano pues, según el legislador, el estado civil es único e indivisible, de tal manera que cualquier aspecto, relacionado con su modificación, corresponde exclusivamente al legislador, quien no se ha pronunciado sobre el tema, teniendo como resultado una omisión legislativa absoluta, frente de la cual las Altas Cortes no tienen competencia.

Pregunta de Investigación

De acuerdo con este planteamiento se establece la siguiente pregunta de investigación: ¿Cuáles son los avances y limitaciones en el reconocimiento del derecho patrimonial de herencia en los hijos de crianza, y cuál es la propuesta de solución a las limitaciones?

Hipótesis

Los hijos de crianza, con estado civil biológico o con filiación legítima, ante la eventualidad del fallecimiento de alguno de sus padres de crianza, quedan sometidos a diferentes situaciones de vulnerabilidad; primero, porque quedan inmersos en una situación de desigualdad, no solo frente a los hijos biológicos y adoptivos, sino frente a los hijos de crianza reconocidos como legítimos por sus padres de crianza, en razón a que deben soportar todo un viacrucis judicial para ser reconocidos; segundo, porque una vez reconocidos como hijos de crianza, no logran tener una protección total, en razón a que no tienen el derecho a heredar de sus padres de crianza, pues las Altas Cortes no son competentes para pronunciarse sobre la modificación del estado civil de las personas, debido a que esta atribución o facultad le corresponde al legislador, a fin de garantizar el goce efectivo del derecho patrimonial de herencia al hijo de crianza.

Objetivos

Objetivo General

Reconocer los avances y limitaciones del derecho patrimonial de herencia en los hijos de crianza, así como dar a conocer una propuesta de solución a las limitaciones en el reconocimiento del derecho.

Objetivos Específicos

Caracterizar la evolución pluralista del concepto de familia.

Identificar el contexto jurídico de la figura del hijo de crianza.

Determinar los avances y limitaciones del reconocimiento del derecho patrimonial de herencia en los hijos de crianza.

Plantear una propuesta de solución a las limitaciones en el reconocimiento del derecho patrimonial de herencia en los hijos de crianza con filiación legítima.

Justificación

Este trabajo de investigación resulta importante como aporte a la figura del hijo de crianza en Colombia, pues la declaración de la posesión notoria de este hijo de crianza, en relación con aquellos hijos de crianza con filiación legítima, no genera un estado civil, ni tiene efectos patrimoniales en el primer orden hereditario, situación que ubica a estos hijos en una condición de desigualdad y discriminación frente a los demás hijos y frente a los hijos de crianza reconocidos como legítimos por sus padres de crianza. Por lo tanto, el trabajo de investigación se fundamenta en los casos en donde los padres de crianza fallecen, sin que hayan reconocido como hijos legítimos a esos hijos de crianza.

De esta forma se plantea una propuesta de solución, con la cual se superaría la omisión legislativa absoluta que actualmente existe, en relación al estado civil de hijo de crianza, para acceder al derecho patrimonial de herencia y, a su vez, superar la grave vulneración de derechos fundamentales en la que se encuentran estos hijos de crianza frente a los demás hijos, dando cumplimiento al principio de congruencia, el cual debe guardar las providencias judiciales pues, según el sentir, de nada sirve la declaración de la posesión notoria de hijo de crianza, si no se puede solicitar administrativa o judicialmente el amparo de su derecho patrimonial de herencia, generando una armonía entre el derecho y la familia, como núcleo básico de la sociedad.

Capítulo I: Evolución Pluralista del Concepto de Familia

Concepto de Familia

El concepto de familia, se puede tomar inicialmente de Jorge Parra, quien menciona que este “(...) viene del latín *famulus* o *famel*, que en definitiva significa siervo, habitación u hogar” (2017, p.8)

De esta manera se encuentra que la palabra familia puede tener diferentes significados, los cuales se pueden relacionar con la profundidad que se busque: ampliada, restringida e intermedia. En sentido amplio, y teniendo en cuenta lo mencionado por Monroy Cabra indicando del concepto de familia:

La familia es el conjunto de personas con las cuales existe algún vínculo jurídico de orden familiar. Comprendería según Fassi “al conjunto de ascendientes, descendientes y colaterales de un linaje, incluyendo los ascendientes, descendientes y colaterales del cónyuge, a lo cual habría que añadir al propio cónyuge, que no es pariente. (2017)

En sentido restringido, según Mario Guzmán, “(...) la familia comprende solo el núcleo paterno-filial denominado familia conyugal o pequeña familia, es decir, la agrupación formada por el padre, la madre y los hijos que viven con ellos o que están bajo su potestad” (2012), y en sentido intermedio se puede citar a Augusto Belluscio, quien afirma que: “(...) la familia es el grupo social integrado por las gentes que viven en una casa, bajo la autoridad del señor de ella (1997 p.10)

De acuerdo con el Código Civil de Colombia, no se encuentra una definición del concepto de familia, aunque si se puede determinar en el Art 874, referente a la limitación de los derechos reales de uso y habitación que:

“La familia comprende la mujer y los hijos; tanto los que existen al momento de la constitución, como los que sobrevienen después, y esto aun cuando el usuario o habitador no esté casado, ni haya reconocido hijo alguno a la fecha de la constitución. Comprende, asimismo, el número de empleados o trabajadores necesarios para la familia. Comprende, además, las personas que a la misma fecha vivan con el habitador o usuario, y a costa de éstos; y las personas a quienes éstos deben alimentos” (Colombia, 2000)

Además, la Constitución Política de Colombia de 1991 define a la familia en el art 42 de la siguiente manera: “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.”

Por su parte, la Jurisprudencia Constitucional, en relación al concepto de familia definido en el art 42 de la Constitución, en la Sentencia T-523 de 1992 manifestó:

“Como bien corresponde a un Estado que reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana (Art. 7 C. N.) no existe un tipo único y privilegiado de familia sino un pluralismo evidente en los diversos vínculos que la originan, pues ellos pueden ser tanto de carácter natural como de carácter jurídico. También se le reconoce consecuencias a la voluntad responsable de conformar una familia. En estas condiciones, la familia legítima originada en el matrimonio es hoy uno de los tipos posibles”. (Sentencia T-523, 1992)

Ahora, según la doctrina jurídica sobre el concepto de familia, refiere Valencia y Ortiz que: “Está integrada por un grupo de personas formado por el padre, la madre y los hijos que viven bajo una comunidad doméstica”. (1995)

Además:

[...] Se señalan como funciones principales de la familia: la satisfacción de las necesidades psicológicas y sexuales de los seres humanos, la transmisión de la vida (función reproductiva) y la crianza y primera educación de los hijos. [...] La libertad del hombre y la mujer para formar una familia tiende a ser universal hoy día, e implica un notable progreso sobre anteriores ordenamientos (p. 5).

Del anterior concepto doctrinal se destaca que, si bien el autor define la familia en términos binarios, afirma la importancia de la transformación en cuanto a la forma en que esta se ha venido desarrollando. Igualmente, se resalta la importancia que el autor le da al derecho de la libertad de las personas para decidir formar una familia con personas del mismo sexo, si así lo deciden.

En términos generales, Torrado (2000) considera, al igual que otros antecesores, parte del presupuesto constitucional de centralidad de la familia, así como de su especial protección, estipulando que:

La familia es la base de la sociedad. Por otra parte, la familia es el escenario de protección y del desarrollo de la especie humana. En efecto, las fatrias o curias fueron el origen de la organización del poder político. Por ello se consagró en la Constitución Política de Colombia la plena libertad para constituir una familia. De manera tal que en la regulación de la materia no se parte de una definición o modalidad específica ni se crean barreras a la cambiante realidad familiar (p. 15)

De lo dicho por Torrado, puede extraerse con claridad el interés por el autor de aceptar un concepto amplio de familia, de manera que cualquier modalidad es admisible y no podría cuestionarse a la luz del derecho constitucional.

Para Pedro Laffont (2010), la familia que se consagra en la Constitución Política de 1991 es una institución autónoma que, frente a la sociedad y al Estado, constituye un “núcleo fundamental de la sociedad”, (art. 42 inciso 1) y, en consecuencia, se dispone que: “el Estado ampara a la familia como institución básica de la sociedad” (art. 5), dentro de la “diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana” (arts. 7 y 9) y de la igualdad general de las personas y familias nacionales y extranjeras (art. 100).

De acuerdo con lo anterior, Laffont determina que un elemento estructural del matrimonio es la heterosexualidad, con lo que nuevamente se reproduce el concepto tradicional de la familia y se delimita a su aspecto binario hombre-mujer.

Por su parte, Monroy Cabra (2007), manifiesta que la familia tiene diversos significados, pero la perspectiva jurídica establece que.

[...] la familia está formada por personas unidas por vínculos jurídicos familiares que tienen su origen en el matrimonio, en la filiación y en el parentesco. Pero, también hoy el concepto de familia deriva de la mera unión intersexual que forma la familia natural o de hecho llamada anteriormente concubinato (pp.1-2).

Entonces se puede entender que este autor desconoce la posibilidad de que las parejas del mismo sexo conformen una familia válidamente en el sistema jurídico colombiano, siendo condición para su reconocimiento la heterosexualidad.

De las anteriores definiciones se concluye que, el concepto de familia no es único, sino que existen diversas interpretaciones, donde lo más importantes es que hay acuerdo en distinguir la familia como la institución esencial de la sociedad y que esta debe ser protegida y debe subsistir a pesar de las transformaciones en el derecho.

Naturaleza Jurídica De La Familia

El profesor Antonio Cisu establece que: “la familia es un organismo jurídico de formación de anterior y necesaria, anterior y superior al Estado” (1947, p.4), en este sentido explica que se trata de un organismo jurídico en el entendido que entre los miembros de la familia no existen derechos individuales, sino vínculos de interdependencia y subordinación entre ellos.

Por su parte, para Robert de Ruggiero, la familia:

(...) es un organismo social, fundado en la naturaleza y en las necesidades tales como la unión sexual, la procreación, el amor, la asistencia. Pero señala que no es persona jurídica a la que corresponda patrimonio propio, que les pertenezca a los individuos, sino al colectivo (1931, p.659)

Ahora, en estados como Italia, la familia era una persona jurídica; en Francia considerada una persona moral; en Colombia, según Parra Benítez, se considera que no puede ser persona jurídica por cuanto carece de capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, así como carece de un órgano de dirección y representación. (Parra Benítez, 2017, p.18)

En este sentido, la tesis adoptada por Colombia se encuentra en las Sentencias T-008 de 1992, T-278 de 1994, y en la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia consignada el día 6 de junio de 1974, en donde se le llamó a la familia: “la primera institución social” y “la institución histórica y jurídica de más hondo arraigo”.

Esta tesis también fue adoptada por la doctrina pues, según Marco Gerardo Monroy Cabra: “(...) la familia no es persona jurídica, ni organismo jurídico, sino una institución

jurídica y social, regulada por el derecho para imponer a sus miembros deberes y derechos para el cumplimiento de sus funciones”. (2017, p. 20)

Reseña Histórica

El origen histórico del concepto de familia remonta sus orígenes a las sociedades de occidente, muy ligado a la religión familiar que representaban los griegos y los romanos, con creencias y costumbres de sus antepasados.

La familia era una asociación social-religiosa que debía prevalecer en el tiempo, con el fin de conservar la responsabilidad familiar religiosa, toda vez que la religión doméstica le exigía tener un altar en determinada parte de su casa para honrar a sus dioses y antepasados y, de igual forma, rendir honores a sus muertos con ritos fúnebres precisos, constantes y cíclicos. (Fustel de Coulanges, 1997, p.32)

Parafraseando, el contexto de la familia encontrado en el libro “la Ciudad Antigua”, la familia occidental tiene una marcada incidencia en el aspecto biológico, de procreación y conservación de la especie humana, en el cuidado para la supervivencia. La familia es la principal célula de producción económica y de sostenimiento de la población, además de ser un escenario de transmisión del conocimiento religioso y cultural, en la cual los compromisos de pareja de cuidado, protección y provisión de los recursos se enmarcan en la fidelidad al linaje. Asimismo, se resalta la importancia de la consanguinidad como forma de trasladar de dueño las tierras y demás bienes. (Fustel de Coulanges, 1997)

En este sentido, estas uniones de hombre y mujer en matrimonio estaban precedidas de las ritualidades a sus dioses, además la mujer estaba sometida al hombre, por eso el escogía su pareja procurando el acuerdo con el padre de la novia. Existía también la costumbre de que fueran los padres quienes organizaran el matrimonio de sus hijos,

anteponiéndose la voluntad de estos a los de la pareja. En la mayoría de las civilizaciones antiguas el matrimonio se celebraba ante el altar de un dios y esta unión daba origen a la familia patriarcal, en la cual el hombre era el jefe de las relaciones de pareja y de los hijos, este podía decidir la duración de existencia del vínculo, repudiando a su mujer por las causales establecidas en la ley de aquellos tiempos. (Fustel de Coulanges, 1997)

Estas concepciones de las civilizaciones antiguas fueron igualmente reconocidas en América:

(...) la colonización de América permitiría las condiciones ideales para el crecimiento de los conceptos de familia fortalecidos en la Europa medieval, impuestos por el invasor y, en mayor o menor grado, promocionados tanto por la iglesia católica como por las autoridades jurídicas y judiciales de la época. (Molina y Rodríguez, 2014, p.2)

Se define, entonces, la familia, como núcleo básico de la sociedad, compuesto por el padre, la madre y los hijos, donde el padre asume el rol de protector y proveedor de los hijos y la madre asume el rol de crianza y cuidado de los hijos, estos últimos supeditados a la autoridad de los padres (Vallejo, 2019).

El auge de la economía y los cambios sociales trajo consigo crisis en las instituciones del Estado, lo que derivó en una inestabilidad social. Surgió entonces y de acuerdo con Millán la creación de nuevos conceptos de “(...) familias, funciones de la familia y de sus miembros, el inicio de una nueva estructura familiar, influenciadas por las costumbres propias de cada familia, el estrato social, los antecedentes étnicos, la diversidad geográfica y la historia, como tal”. (2013)

Es en esta línea que el Estado colombiano reconoce la realidad de los contextos familiares y busca proteger nuevos derechos que se derivan de la nueva sociedad, en una dinámica moderna, presente desde la segunda mitad del siglo XX. Vale decir entonces que el feminismo en Colombia, y parafraseando a Gutiérrez, posibilitó la reconstrucción del concepto de la familia, configurando en tela de juicio concepciones de la maternidad no vistas como obligaciones, sino como una oportunidad, de ahí que la mujer pudiera decidir, por sí misma, tener o no tener hijos, es decir, la mujer dueña de su propio cuerpo y que se subjetiva en sí misma no en la maternidad como un deber. (Gutiérrez 1996)

Aparecen así nuevas formas, más dinámicas, en las funciones de la mujer, tales como el control de la natalidad y se empiezan a utilizar los métodos anticonceptivos, que antes eran considerados tema tabú; a ello se agrega el incremento de la escolaridad femenina y la migración de mujeres jóvenes del campo a la ciudad. Esto generó el reconocimiento de la mujer en los espacios sociales, en los ámbitos de los estudios universitarios, profesionales, empresariales y obreros.

Además de los cambios en la sociedad, el auge de nuevos movimientos en la sociedad y en la cultura, en el pensamiento de las familias surgen cambios en la política y la economía, con contextos como el desplazamiento, la migración hacia otros Estados y el mismo conflicto armado que llevaron a establecer nuevas relaciones de familia, con nuevos roles en diversos espacios culturales.

En este punto, se hace necesario evocar a Virginia Gutiérrez (1996), quien describía a la familia tradicional colombiana a partir de varias características básicas. Entre estas, la antropóloga encuentra los contrastes que han marcado la evolución del concepto de familia a partir de la sexta década del siglo XX partiendo, entre otras cosas, a raíz de los cambios

sociales y económicos acaecidos en la sociedad colombiana. Entre varios de estos fenómenos se encuentran, el paso de una sociedad rural a urbana industrial, la ampliación de oportunidades de empleo y educación para la mujer, así como la pérdida de influencia de la Iglesia Católica, entre otros.

Con todo lo expuesto, el Estado colombiano ha regulado nuevas tipologías de familia, nacientes del matrimonio o de la voluntad de conformar una, sin el requisito del matrimonio. Aquí vale la pena mencionar la Ley 54/90, mediante la cual se reglamentó la unión marital de hecho para las parejas no conformadas por matrimonio y que se encontraban integradas por un hombre y una mujer.

Tipología de la Familia.

La evolución del mundo ha emergido en la individualidad de la persona, su autonomía de la voluntad, para elegir sus propias formas de vida, de esta manera la familia, la sexualidad, el matrimonio y la paternidad, son presupuestos negociados, no establecidos, lo cual ha dado origen a multiplicidad de familias.

Claramente, el desarrollo de los grupos humanos y sus procesos de cambio, tanto sociales como económicos, se han constituido como parte de la génesis de la evolución de la estructura familiar, incidiendo en la aparición de características y, si se quiere, rasgos que nos permiten identificar varios modelos de núcleo familiar, ya que los fenómenos de cambio familiar son resultado de su acomodación a las transformaciones de la sociedad y de la cultura que conforman su estudio (Umaña Luna, 2004; citado por Millán, 2013, p.109).

A continuación, se describen algunos tipos, según el desarrollo de la familia y que se retoman de autores como la Cepal y Millán (2013), en donde se encuentra la siguiente

tipología: a) Familia monoparental. Es la conformada entre padre o madre y el hijo o los hijos) familia extensa. Conviven dos generaciones juntas y consta de los padres, los hijos y otros familiares que conviven con ellos en la misma casa. b) Familias nucleares. Está constituida por la unión de los hijos adoptivos o nuevas relaciones de padres. Aquí conviven los hermanos o hermanos políticos. c) Conjuntos familias polígamas. Una o más personas tienen diferentes parejas. d) Comunidades de familias. Varias familias habitan en la misma casa o apartamento.

Sin embargo, en un artículo de revista de investigaciones sociológicas, en su edición de julio-septiembre de 2016, toma una concepción más moderna y hace relación a la siguiente clasificación, en razón a las características intrínsecas de los miembros que integran la familia: 1. Familias interculturales: constituida por matrimonios e hijos de diferentes círculos culturales, diferentes naciones. 2. Familias transculturales: sus integrantes o miembros están ubicados geográficamente en estados diferentes, ejemplo hijos que por motivos laborales salen a otros estados. 3. Familias homosexuales: constituidas por parejas del mismo sexo, que tienen derecho a ser reconocidos como familia por los Estados y que, con o sin hijos, tienen derechos como familia. (Ajenjo-Cosp y García Saladrigas, 2016.)

Modelos Monoparentales

Para abordar esta temática, se hace importante mencionar que se tomaron como bases de consulta estudios realizados en España, el cual es uno de los países que más avances ha desarrollado en cuanto al tema de familia en Europa. Además, al respecto, Colombia ha adoptado como suyas varias concepciones de este derecho.

Al hacer referencia al tema se tiene en cuenta que la mayoría de las familias monoparentales está integrada por uno de los padres y sus hijos, lo cual muestra carencia en cuanto al funcionamiento y correcto desarrollo del niño por el hecho de la existencia de los dos padres, pues supone que los dos cumplen funciones diferenciadas y complementarias a la vez.

Este concepto de monoparentalidad aparece en los años 70, imponiéndose el concepto de familia disfuncional o incompleta y revistiendo diversas modalidades, según la persona que la encabeza, que puede ser hombre o mujer. Su causa obedece a la muerte de uno de los miembros, separaciones de la pareja, conflictos continuos o por el abandono de uno de sus miembros. Cabe decir que estas han aumentado en los Estados, como consecuencia de la inestabilidad de las parejas.

A partir de los años 80, el modelo de familia monoparental se convirtió en un modelo acogido por mujeres, en su mayoría, quienes deseaban empatizar solamente con sus hijos, sea cual sea la causa anteriormente expuesta. Además, en países como Estados Unidos, Gran Bretaña y Francia, fue acogido este modelo de familia, por las mujeres profesionales de nivel medio o alto y quienes prescinden de sobrellevar relaciones estables con hombres o mujeres, con mayores libertades.

Modelos biparentales

Esta tipología está compuesta por una madre, un padre y sus hijos. La familia biparental también es denominada nuclear. Este modelo de familia proviene de los constructos sociales y culturales donde existen las dos figuras, materna y paterna, junto con los hijos; este modelo de familia es probablemente el más reconocido a nivel político,

económico y cultural. Está integrada por la figura paterna y materna y los hijos pueden existir o no.

Familia Ampliada

Parafraseando a García-Saladrigas se tiene que, con el antecedente de la salida de mujer de casa a ejercer labores profesionales, la concepción de la familia cambió, surgiendo así el concepto de familia ampliada, terceros del núcleo familiar, los abuelos, tíos, primos y hasta hijastros, abuelastros, etc. Estos ejercen labores de solidaridad y apoyo en el núcleo familiar; esta figura, en sus inicios, se da cuando la progenitora de los niños debe dejar a un integrante de la familia extensa al cuidado de los hijos, mientras esta ejerce labores profesionales; en este punto, existe una pluralidad en la forma en que se ejercen los roles. (García-Saladrigas, 2016).

Otro presupuesto de la ampliación de la familia, teniendo en cuenta la diversidad de patrones familiares, se presenta en el enfoque desde el modelo de la monoparentalidad, en donde en el hogar habita la progenitora y los hijos, producto de una unión anterior y tiene una pareja actual. La familia se extiende así, más allá de los muros del hogar, creando una constelación familiar. Estas variaciones tipológicas son atribuibles en muchos casos, a las familias reconstituidas.

Con lo anterior, se sostendrá que la familia difiere del concepto de consanguinidad, en la época actual se refiere a aquella forma de asociación, cuyas motivaciones, formas de ver la vida coinciden, construyendo un propósito de vida en común, en la que sus asociados no necesariamente involucran la convivencia, ni la procreación. Teniendo la posibilidad de la adopción, según sea el caso.

Se amplía así el concepto de la familia, en la de crianza, cuando un integrante de la familia biológica es cuidado por otra familia, durante un lapso de tiempo, creándose vínculos afectivos, de solidaridad y de apoyo, comprensión y protección.

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia T 660 de 2013 preciso que: “la familia de crianza surge no por vínculos consanguíneos o jurídicos, sino por relaciones de afecto, respeto, solidaridad, comprensión y protección”.

Para ilustrar más a fondo la diversidad en las tipologías como patrones de familia, la Corte Constitucional, en su jurisprudencia, estableció que la familia es una institución sociológica derivada de la naturaleza del ser humano, “toda la comunidad se beneficia de sus virtudes, así como se perjudica por los conflictos que surjan de la misma”. (Sentencia T-292 de 2016)

Entre los fines esenciales de la familia se destacan la vida en común, la ayuda mutua, la procreación, el sostenimiento y la educación de los hijos. En consecuencia, tanto el Estado como la sociedad deben propender a su bienestar y velar por su integridad, supervivencia y conservación. Lineamientos que permearon su reconocimiento político y jurídico en la Constitución de 1991. Aquí la constitución reguló la institución familiar como derecho y núcleo esencial de la sociedad en el artículo 42 Superior. De acuerdo con esta disposición, la familia se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. En todo caso, el Estado y la sociedad deben garantizarle protección integral.

[...] Entre otras formas de composición familiar que se vislumbran en la sociedad actual se denotan las originadas en cabeza de una pareja, surgida como fruto del matrimonio o de una unión marital de hecho, cuya diferencia radica en la

formalización exigida por el matrimonio, ambas tienen iguales derechos y obligaciones, y pueden o no estar conformadas por descendientes. También existen las familias derivadas de la adopción, nacidas en un vínculo jurídico que permite prohijar como hijo legítimo a quien no lo es por lazos de la sangre; las familias de crianza, que surgen cuando un menor ha sido separado de su familia biológica y cuidado por una familia distinta durante un período de tiempo lo suficientemente largo como para que se hayan desarrollado vínculos afectivos entre este y los integrantes de dicha familia ; las familias monoparentales, conformadas por un solo progenitor y sus hijos y las familias ensambladas (Corte Constitucional, Sentencia T-292, 2016).

En definitiva, la jurisprudencia constitucional ha reconocido el concepto amplio de familia y su ámbito de protección, fijando el alcance de su existencia a los lazos de solidaridad, amor, respeto mutuo y unidad de vida común.

Ámbito de Protección Especial para la Familia.

Es a partir de la Constitución de 1991 que la familia adquiere, por parte del Estado Colombiano y la sociedad, un lugar de privilegio dentro de la escala social. En tal sentido, la Constitución consagró dos principios esenciales: a) que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad; y b) que el Estado y la sociedad garantizan una protección integral para la familia, fijando la inviolabilidad para su honra, dignidad e intimidad, sentando bases de su absoluta igualdad de derechos y deberes (Constitución Política de Colombia 1991, Art 42).

En este sentido, la constitución establece la protección general a la familia, sin tener en cuenta de donde haya nacido, es por eso que además de los anteriores principios esenciales establece otros principios como:

a) la honra y dignidad de familia son inviolables; b) que las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes; c) se prohíbe cualquier forma de violencia en la familia, la cual se considera destructiva de su armonía y unidad; d) se reitera la progenitura responsable que será reglamentada por la ley; e) se reitera la figura del patrimonio de familia inalienable e inembargable y se deja su reglamentación a la ley; f) se reafirma la igualdad de los hijos; g) se afirma el derecho de la pareja a decidir libre y responsablemente el número de hijos; h) se consagra el deber de los padres de sostener y educar a los hijos; i) se difiere a la ley el estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes (Constitución Política de Colombia, 1991).

Igualmente, el artículo 5 de la Constitución Política de Colombia establece el principio de la primacía de los derechos de la persona y la protección de la familia, al decir que el Estado amparará a la familia como institución básica de la sociedad.

Por su parte, el artículo 15 Constitucional dice que todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar; así mismo, el artículo 28 constitucional establece el derecho a la libertad, según el cual toda persona es libre y nadie puede ser molestado en su persona o familia.

También está el artículo 33 de la Constitución, en donde se consagra la inmunidad penal en beneficio de los miembros que conforman la familia, al decir que “(...) nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente

o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil”. (Colombia, 2000) Todos estos principios y normas están dirigidos a la protección integral de la familia como institución básica de la sociedad.

En la actualidad, existen organismos estatales encargados de brindar protección a la familia entre ellos están: a) Instituto Colombiano de Bienestar Familiar; b) La defensoría de familia; c) Comisarias de Familia; y d) Policía de Infancia y adolescencia.

En síntesis, como se ha visto hasta el momento, el tratamiento de la familia se hace en clave de protección, mismas que debe ser entendida en una doble vertiente: al interior de la misma, regulando los derechos y obligaciones de sus miembros, su nacimiento, crisis y extinción y, al exterior, estableciendo mecanismos e instrumentos que tienden a satisfacer sus necesidades y que se insertan en las políticas públicas del Estado Social de Derecho. T-278 de 15 de junio de 1994 en la cual la denomino “primera institución social”.

Protección de la familia en convenios y pactos internacionales

En este punto, se ha de tener presente el artículo 93 de la Constitución, en donde se consagra el Bloque de Constitucionalidad, en virtud del cual los tratados y convenios internacionales, ratificados por el presidente de la república, reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en estados de excepción, además de prevalecer en el orden interno, dando una protección internacional a la familia.

En este sentido, se encuentra que los principales convenios y pactos en materia de familia son los siguientes: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948; la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 1948; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, la Convención Internacional sobre la

Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención sobre Derechos del Niño, la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, la Convención Interamericana sobre Adopción Internacional de Menores, la Convención Americana sobre Obligaciones Alimentarias, la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar, y erradicar la violencia contra la Mujer, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas.

Por su parte, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, precisa el concepto de familia en los siguientes términos: “[...] 3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado” (art 16).

Asimismo, la Convención sobre los Derechos del Niño preceptúa:

Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

A su vez, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Políticos, se refiere a la protección de la familia y expresa que los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que:

Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges (art 10).

También, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, consagra el derecho a la constitución y a la protección de la familia al decir: “Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella” (art 4).

La Convención Americana sobre los Derechos Humanos se refiere a la familia, así:
La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención (art 17).

Como se puede observar, tanto en la Carta Política que señala, en el artículo 42, que la familia es el núcleo básico de la sociedad y, por ello, merece una especial protección por parte del Estado y la Sociedad, en instrumentos internacionales como: la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en donde se

reconoce que la familia “es el elemento natural y fundamental de la sociedad”, en tanto se considera que es obligación de los Estados Parte de dichos tratados conceder la más amplia protección y asistencia posible, así como tomar las medidas que aseguren la igualdad y la protección de los hijos.

Principios Fundantes de la Familia

A continuación, se realizará un análisis sobre los principios fundantes de la familia a la luz de la jurisprudencia; el primero de ellos es el principio de la igualdad. El cual es desarrollado en la Constitución Política, en su artículo 13 y supone la igualdad entre iguales, no supone la ausencia de disparidades.

Un estudio, a la luz de este principio en la familia, señala la igualdad entre los tipos o clases de familia. A su vez, la sentencia C-105 de 1994, estableció: “son igualmente dignas de respeto las familias originadas en el matrimonio o las constituidas al margen de este”.

Posteriormente, según la sentencia T-397 del 20 de agosto de 1997, la Constitución reconoció el trato igualitario tanto a la familia, que se constituye por el vínculo jurídico del matrimonio, como a la que se crea de hecho y naturalmente por la voluntad responsable de conformarla. (Constitución Política art 5 y 42).

La sentencia T-660, del 11 de noviembre de 1998, reconoce la igualdad de trato y derechos jurídicos, equivalentes a las diferentes unidades familiares y sin importar su forma de constitución.

En concordancia con el art 13 de la Constitución Política, que prohíbe la discriminación por origen familiar la sentencia T 292 de 2016, la Corte Constitucional señaló:

La igualdad de la familia independientemente de su composición, precisamente, por medio de su conformación, se busque cumplir el deber de protección y asistencia a los menores de edad. De esta manera, la protección y el respeto debido sobre la familia por parte del Estado se fundamenta en que su desconocimiento significa, de modo simultáneo, amenazar seriamente los derechos constitucionales fundamentales de la niñez.

Este principio se ocupa de garantizar la igualdad entre los tipos de familia, así como la igualdad de los integrantes de un mismo grupo familiar, prohibiendo diferenciaciones sobre fundamentos irrelevantes o arbitrarios.

En segundo lugar, se encuentra el principio del Pluralismo, al respecto del cual la Corte Constitucional ha señalado, como elemento definitorio del Estado Social de Derecho, que la conformación de la familia constitucionalmente protegida no se limita a las opciones conferidas por la filiación biológica, sino que adopta múltiples posibilidades, todas ellas sujeto de protección.

La sentencia C-577/11 señala que el ámbito de protección superior de las relaciones familiares se circunscribe desde las distintas opciones de conformación biológica o social de la misma, dentro de la cual se incorporan en modelos monoparentales o biparentales, o la derivada de simples relaciones de “crianza”. Por ende, en tanto la existencia de una pareja no es consustancial a la institución familiar, tampoco puede serlo la orientación sexual de sus integrantes.

En tercer lugar, está el principio de Solidaridad. Su significado general refiere apoyo a los demás, acompañamiento y se comparten situaciones con quien padece una calamidad, además que puede contener apoyo económico y moral.

En este sentido, la Constitución Política, en sus artículos 1 y 95, dispone acciones humanitarias ante situaciones que ponen en peligro la salud o la vida de las personas.

Según la Corte Constitucional, la solidaridad “es un deber, impuesto a toda persona por el solo hecho de su pertenencia al conglomerado social, consistente en la vinculación del propio esfuerzo y actividad en beneficio y apoyo de otros asociados o en intereses colectivos”. (Sentencia T550 de 2 de diciembre de 1994).

Este concepto desarrolla la solidaridad en la familia y su fundamento no es entonces la amistad, o un concepto constitucional, es la familia imponiendo comportamientos de hacer, de ayuda, de cooperación y auxilio entre los miembros del grupo, incluso ante otros grupos familiares.

A la luz de este principio, y en consonancia con el tema objeto de investigación, la Corte Constitucional en su sentencia T-281 de 2018, argumentó:

El legislador reconoce la familia por lazos de solidaridad puede ocurrir y les da prelación a las personas que tengan a su cuidado menores de edad sin lazos de consanguinidad, para que al momento de iniciar un proceso de adopción sean tenidos en cuenta de manera preferente.

De esta manera y por vía de acción de tutela, han sido amparados derechos patrimoniales del hijo de crianza; al respecto, la Corte Constitucional ha otorgado dicho reconocimiento, con sustento en el estudio de los principios de solidaridad e igualdad de la familia, en el entendido de que gozan de los mismos derechos de los hijos naturales.

La sentencia T-074 de 2016, reconoció el derecho a la pensión de sobrevivientes de las familias de crianza, determinando la existencia de una familia por asunción solidaria de la paternidad bajo las siguientes consideraciones:

El reconocimiento y protección de esa relación material surge dentro de la familia se extiende a todos los ámbitos del derecho, por lo que es claro que los hijos de crianza por asunción solidaria de la paternidad, son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, al igual que los naturales y adoptados. Toda vez que la ley 100 establece como beneficiarios a los hijos del causante.

En cuarto lugar, se encuentra el principio de la no discriminación. Este principio se encuentra en la Constitución Política, artículo 13, dentro del desarrollo del principio de la igualdad y afirma que: “Todas las personas nacen libre e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familia...” (Colombia, 2000)

Asimismo, el art 5 de la Constitución Política señala: “el Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad”. Este postulado de la carta política rechaza todo trato excluyente o diferenciador, que no tenga justificación en sus postulados.

Además, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, al respecto, ha señalado:

Resulta contrario a los fines estatales brindar un trato discriminatorio a las familias en razón a su forma de composición cuando, precisamente, por medio de su conformación, se busque cumplir el deber de protección y asistencia a los menores de edad. De esta manera, la protección y el respeto debido sobre la familia por parte del Estado se fundamenta en que su desconocimiento significa, de modo simultáneo, amenazar seriamente los derechos constitucionales fundamentales de la

niñez, a pesar del interés superior del que son titulares los niños, niñas y adolescentes. (T-292, 2016).

Evolución del Concepto de Familia en la Normatividad Colombiana

La familia tradicional ha cambiado con el transcurrir del tiempo; tal cambio se ha dado en el ámbito social, cultural y jurídico, pues desde el año 1887 se tenía, como principal eje normativo, el primer código civil en el contexto nacional; el cual, en el artículo 113, definió que el matrimonio era una forma de asociación entre dos personas, hombre y mujer, que se unían mediante el contrato matrimonial con el fin de cohabitar, auxiliarse y procrear (Código civil, 1887).

Para los años 90 en Colombia, con la ley 54 de 1990, y ante el incremento de parejas que acuerdan conformar una familia sin contraer matrimonio, es decir que no era necesario casarse para conformar una familia, sino que la sola convivencia permanente y singular producía efectos jurídicos; se creó entonces la figura de la unión marital de hecho. Si bien en este momento se mantuvo el concepto de familia heterosexual, se avaló una posibilidad diferente al matrimonio y se dio el primer paso para que, años después, en consideración al derecho a la igualdad, esta ley se aplicara también a las parejas del mismo sexo. (Ley 54 de 1990).

Para el año 2011, con los fallos de constitucionalidad proferidos en el curso de acciones constitucionales, en los que se concedieron ciertos derechos a las parejas constituidas por personas del mismo sexo, bajo el desarrollo del derecho a la igualdad, dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad y derecho a la asociación (Corte constitucional, Sentencia C-577, 2011).

Ya en el año 2016, continuó vigente un momento coyuntural y fue el cambio de paradigma de familia, al permitir la posibilidad de que las parejas del mismo sexo pudieran suscribir un contrato para conformar una familia, entendiendo hoy en día que este contrato no es otro diferente al contrato matrimonial.

Finalmente, en virtud de la evolución del concepto de familia, la jurisprudencia colombiana ha dado paso a la existencia de tipologías familiares distintas a las antes referidas. Logrando el reconocimiento de familias que se originan y fundamentan en factores de afecto, respeto, protección y, sobre todo, en el principio de solidaridad constitucional.

La Familia de Crianza

La jurisprudencia colombiana ha sido la encargada de desarrollar y dar reconocimiento a esta tipología familiar. Sin embargo, no se puede dejar pasar que, desde la ley 45 de 1936 sobre reformas civiles, se habló sobre las primeras manifestaciones de familia de crianza, al otorgarle a las mujeres que cuidaban públicamente de un menor, que no era su hijo biológico, la posibilidad de impugnar el reconocimiento que un hombre hiciera de tal niño. Al respecto se afirma:

“Artículo 9°. La mujer que ha cuidado de la crianza de un niño, que públicamente a proveído a su subsistencia y lo ha presentado como hijo suyo, puede impugnar el reconocimiento que un hombre ha hecho de ese niño, dentro de los sesenta días siguientes en que tuvo conocimiento de este hecho. En tal caso, no se puede separarlo del lado de la mujer sin su consentimiento o sin que preceda orden judicial de entrega” (Ley 45 de 1936)

En consecuencia, se plasmará el concepto de familia de crianza, el cual ha sido desarrollado por la jurisprudencia de las Altas Cortes y que se puede sintetizar en la siguiente tabla:

Tabla 1.

Jurisprudencia sobre la familia de crianza

Jurisprudencia	Concepto
Corte Constitucional. Sentencia T-495 de 1997 (M.P. Carlos Gaviria Díaz).	(...) surgió así de esa relación, una familia que para propios y extraños no era diferente a la surgida de la adopción o, incluso, a la originada por vínculos de consanguinidad, en la que la solidaridad afianzó los lazos de afecto, respeto y asistencia entre los tres miembros, realidad material de la que dan fe los testimonios de las personas que les conocieron.
Corte Constitucional. Sentencia T-292 de 2004 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa)	(...) no existe un tipo único y privilegiado de familia sino un pluralismo evidente en los diversos vínculos que la originan, pues ellos pueden ser tanto de carácter natural como de carácter jurídico. También se le reconoce consecuencias a la voluntad responsable de conformar una familia. En estas condiciones, la familia legítima originada en el matrimonio es hoy uno de los tipos posibles (...) el constituyente consagró un espacio a la familia de hecho en condiciones de igualdad con otros tipos, en desarrollo de lo dispuesto por el artículo 13 de la Carta vigente. En ese sentido, precisa la Corte que el derecho de los niños a tener una familia se puede materializar en el seno de cualquiera de los tipos de familia que protege la Carta Política, bien sea en aquellas formadas por vínculos jurídicos, en las que surgen de vínculos naturales o en las que se estructuran alrededor de la voluntad responsable de sus integrantes (art. 42, C.P.).
Corte Constitucional. Sentencia T-606 de 2013 (M.P. Alberto Rojas Ríos).	(...) es claro que la protección constitucional a la familia no se restringe a aquellas conformadas en virtud de vínculos jurídicos o de consanguinidad exclusivamente, sino también a las que surgen de facto o llamadas familias de crianza, ateniendo a un concepto sustancial y no formal de familia, en donde la convivencia continua, el afecto, la

	protección, el auxilio y respeto mutuos van consolidando núcleos familiares de hecho, que el Derecho no puede desconocer ni discriminar cuando se trata del reconocimiento de derechos y prerrogativas a quienes integran tales familias. La protección constitucional de la familia también se proyecta a las conformadas por padres e hijos de crianza, esto es, las que surgen no por lazos de consanguinidad o vínculos jurídicos, sino por relaciones de afecto, respeto, solidaridad, comprensión y protección.
Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 40559 del 17 de abril de 2013. Sala de Casación Penal (M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández).	(...) son aquellos que por diferentes circunstancias de la vida, asumen gratuitamente el cuidado de un menor, cumpliendo las obligaciones que le son propias a los padres naturales o adoptivos, pero sin que los una al entenado algún vínculo familiar, legal o jurídico.
Corte Suprema de Justicia. Sentencia SL1939-2020 de 2020. (M.P. Gerardo Botero Zuluaga)	«Ahora bien, la presunción a favor de la familia biológica también puede ceder ante la denominada familia de crianza, que surge cuando “un menor ha sido separado de su familia biológica y ha sido cuidado por una familia distinta durante un periodo de tiempo lo suficientemente largo como para que se hayan desarrollado vínculos afectivos entre el menor y los integrantes de dicha familia” que, por razones poderosas, puede ser preferida a la biológica, “no porque esta familia necesariamente sea inepta para fomentar el desarrollo del menor, sino porque el interés superior del niño y el carácter prevaleciente de sus derechos hace que no se puedan perturbar los sólidos y estables vínculos psicológicos y afectivos que ha desarrollado en el seno de su familia de crianza”.

Fuente: elaboración propia a partir de la recopilación de la información

De las anteriores definiciones se concluye que la familia de crianza es una comunidad de personas que surge de un vínculo fáctico y no jurídico; esta se conforma atendiendo a un concepto sustancial y no formal de familia; se estructura además en la decisión libre, voluntaria y responsable de dos o más personas de conformarla; y se basa en la convivencia continua, el afecto, el amor, la protección, el auxilio y el respeto mutuos, la

comprensión, la asistencia, la solidaridad y el apoyo que se brindan los miembros de la familia entre sí, consolidándose como núcleo fundamental de la sociedad.

A lo anterior se debe agregar que la ley 1098 de 2006 sobre infancia y adolescencia en su art 67 reconoce el deber de solidaridad a la familia de crianza, señalando que:

“El Estado reconocerá el cumplimiento del deber de solidaridad que ejerce la familia diferente a la de origen, que asume la protección de manera permanente de un niño, niña o adolescente y le ofrece condiciones adecuadas para el desarrollo armónico e integral de sus derechos. En tal caso no se modifica el parentesco”.

Capítulo II: Contexto Jurídico de la Figura del Hijo de Crianza

Definición de la Jurisprudencia

Siguiendo con la línea jurisprudencial del concepto de familia de crianza, se estudiará la definición de la figura del hijo de crianza, pero desde la óptica jurisprudencial, pues al igual que la familia de crianza, esta figura ha sido desarrollada por la jurisprudencia sin que hasta la actualidad exista reconocimiento o pronunciamiento por parte del legislador.

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

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

“El sentimiento de la niña hacia el matrimonio VARGAS BEDOYA es de gratitud, afecto y amor; como lo indicó expresamente en la demanda de tutela a través del Defensor del Pueblo, "su mundo afectivo, su felicidad y su futuro sólo se hace comprensible alrededor de los esposos Vargas Bedoya, quienes la ven como a su verdadera hija. (Corte constitucional, 1994)

Además, en la Sentencia T-292 de 2004, en relación con la importancia de tener en cuenta el fuerte vínculo que se crea entre los niños y la familia de crianza, la Corte dijo:

El derecho de los niños a tener una familia y no ser separados de ella tiene una especial importancia para los menores de edad, puesto que por medio de su ejercicio se materializan numerosos derechos constitucionales diferentes, que por lo tanto dependen de él para su efectividad: es a través de la familia que los niños pueden tener acceso al cuidado, el amor, la educación y las condiciones materiales mínimas para desarrollarse en forma apta.... Cuando un niño ha desarrollado vínculos afectivos con sus cuidadores de hecho, cuya ruptura o perturbación afectaría su interés superior, es contrario a sus derechos fundamentales separarlo de su familia de crianza, incluso si se hace con miras a restituirlo a su familia biológica.

En sentencia T 316- 2017, la honorable Corte Constitucional señaló:

A juicio de la Sala de Revisión, la evolución y dinámica de las relaciones humanas en la actualidad hace imperioso reconocer que existen núcleos y relaciones familiares en donde las personas no están unidas única y exclusivamente por vínculos jurídicos o biológicos, sino por situaciones de facto, caracterizadas y conformadas a partir de la convivencia y en virtud de los lazos de afecto, solidaridad, respeto, protección y asistencia, y en las cuales pueden identificarse como padres o abuelos de crianza a los cuidadores que ejercen la autoridad parental, nexos de crianza que también son destinatarios de las medidas de amparo a la familia fijadas en la Constitución Política y la ley. (Corte Constitucional, 2017)

De conformidad con lo dicho por la Corte Constitucional, el Consejo de Estado ha sostenido que el hijo de crianza es:

(...) aquel que hace parte de un núcleo familiar, donde siendo producto de uniones anteriores, fueren conyugales o no, le corresponden la totalidad de derechos como si fuese un hijo biológico de la unión actual. (Consejo de Estado, 9 de mayo de 2018 en Sentencia STC-6009 de 2018)

Por otro lado, en sentencia del año 2008, el Consejo de Estado, analizando el caso en el que un hijo de crianza, entre otros demandantes, solicita al Ministerio de Defensa – Ejército Nacional el pago de perjuicios materiales y morales con ocasión de la muerte de su padre de crianza en un accidente causado por un vehículo oficial, establece que:

(...) “hijo de crianza”. Condición que puede tener origen no del todo en el marco de la solemnidad de la adopción como institución jurídica, sino en la facticidad de las relaciones sociales propias de nuestra cultura. (Consejo de Estado, 26 de marzo de 2008, Radicado 18846)

Por su parte, en sentencia del año 2017, el Tribunal Administrativo del Casanare estableció que:

(...) las familias de crianza, que cuentan con hijos que no siempre se comparte un parentesco, o reconocimiento jurídico que cree un vínculo familiar, pero que por razones de facto han constituido una unidad de vida. (Tribunal Administrativo de Casanare, 14 de septiembre de 2017, Radicado 2017-00177-00)

En tal sentido, el Consejo de Estado, en sentencia del 2 de septiembre de 2009, al reconocer el derecho a recibir indemnización por la muerte del hijo de crianza, sostuvo:

(...) la Sala debe reiterar su línea jurisprudencial referida a que la familia no sólo se constituye por vínculos jurídicos o de consanguinidad, sino que puede tener un sustrato natural o social, a partir de la constatación de una serie de relaciones de

afecto, de convivencia, de amor, de apoyo y solidaridad, que son configurativas de un núcleo en el que rigen los principios de igualdad de derechos y deberes para una pareja, y el respeto recíproco de los derechos y libertades de todos los integrantes. En esa perspectiva, es posible hacer referencia a las acepciones de “padres (papá o mamá) de crianza”, “hijos de crianza”, e inclusive de “abuelos de crianza”, toda vez que en muchos eventos las relaciones de solidaridad, afecto y apoyo son más fuertes con quien no se tiene vínculo de consanguinidad, sin que esto suponga la inexistencia de los lazos familiares, como quiera que la familia no se configura sólo a partir de un nombre y un apellido, y menos de la constatación de un parámetro o código genético, sino que el concepto se fundamenta, se itera, en ese conjunto de relaciones e interacciones humanas que se desarrollan con el día a día, y que se refieren a ese lugar metafísico que tiene como ingredientes principales el amor, el afecto, la solidaridad y la protección de sus miembros entre sí, e indudablemente también a factores sociológicos y culturales.” (Consejo de Estado, 2009)

Ahora, la Corte Suprema de Justicia ha referido lo siguiente;

(...) si bien la menor Laura María Grajales no era hija del señor Gabriel de Jesús Ospina López, éste fue como un verdadero padre para ella desde el momento en que iniciara la convivencia con la compañera Beatriz Elena Suaza. La trataba como a una hija, asumiendo su manutención y cuidado y así la reconocían sus amigos y vecinos del municipio. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación laboral, 29 de julio de 2008, Radicado: 33.481)

A su vez, la honorable Corte Suprema de Justicia, en mayo 2018, mencionó que no solo los hijos que comparten lazos de consanguinidad integran una familia, pues también la conforman los hijos de crianza:

(...) al no haber una única clase de familia, ni tampoco una forma exclusiva para constituirla, ésta no solo está compuesta por los padres, hijos, hermanos, abuelos y parientes cercanos, sino también por los hijos de crianza con quienes, a pesar de no existir lazos de consanguinidad, sí se han generado relaciones de afecto y apoyo.

(Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 9 de mayo de 2018, Radicado 2018-00071-01)

Propuesta de Definición

Tomando como referencia los elementos aportados por las definiciones antes citadas, se propone una definición de lo que, se considera, debe entenderse por “hijo de crianza”:

Corresponde a aquel que es acogido por una familia de forma voluntaria, a partir de la existencia de relaciones de afecto, convivencia, solidaridad y apoyo. Identificándose como un miembro más de la familia, sin que exista parentesco de consanguinidad, afinidad, o civil. Que surge como un fenómeno social no previsto en la Ley, pero reconocido por vía jurisprudencial, originando para este derechos y obligaciones.

Requisitos para Ser Considerado Hijo de Crianza

Como se ha venido manifestando, la categoría “hijos de crianza” es de creación jurisprudencial, en consecuencia, para su reconocimiento el juez, al momento de declarar la existencia de dicha condición, debe hacerlo con base en un sólido y consistente material probatorio, pues de dicho reconocimiento se derivan derechos y obligaciones.

En este sentido, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia SC-1171 de 2020, M.

P. Aroldo Quiroz, precisó los requisitos para la configuración de la calidad de hijo de crianza determinado lo siguiente:

En suma, para que opere la presunción en comento, deben acreditarse tres (3) requisitos: el trato, la fama y el tiempo. Valga la pena explicarlo, el padre o la madre debe haber, no sólo abrigado al hijo en su familia, sino proveer moral y económicamente por su subsistencia, educación y establecimiento, debiendo trascender el ámbito privado al público, tanto que sus deudos, amigos o el vecindario en general, le hayan reputado como hijo de ese padre en virtud de aquel tratamiento; y extenderse por mínimo cinco (5) años. (p.49)

Ahora, para ampliar el concepto de los anteriores requisitos se debe indicar que: el trato hace referencia al comportamiento de los padres cómo en relación con el hijo con quien desea demostrar el vínculo filial.

La fama, por su parte, es el reconocimiento público de la relación entre padre e hijo de crianza, de manera que la comunidad en general lo repunte como padre de su hijo porque proveyó, de manera directa y permanente, los gastos requeridos para la crianza. Es por ello que este elemento no puede tenerse como un simple rumor, sino que debe tratarse de la convicción generada en las personas encontradas, tanto dentro como fuera del vínculo familiar, que quien se comporta como padre efectivamente lo es, porque serán ellos finalmente quienes presten ayuda al juez para esclarecer los hechos a partir de la rendición de cuentas hechas sobre la subsistencia, educación y establecimiento, que el presunto padre le brindó al hijo.

Por último, el elemento tiempo refiere el lapso de los días para que se reconozca la condición de hijo de crianza, al respecto se encuentra que una parte de la jurisprudencia ha señalado que el estrecho vínculo que debe existir entre los padres y el hijo de crianza debe ser evidente por un periodo no inferior a cinco años, atendiendo lo establecido por el artículo 398 del Código Civil, el cual consagra dicho término como el tiempo necesario para acreditar la posesión notoria del estado civil de hijo. Con todo, la Corte Constitucional sigue una regla diferente en relación con el periodo de cinco años, pues considera que la relación afectiva entre padres e hijos debe extenderse por un término razonable o suficiente para establecer la conformación de las relaciones familiares. Por lo tanto, no existe un periodo específico para el efecto, pues este dependerá de cada caso en concreto.

Además, la jurisprudencia exige que para acreditar tal condición (hijo de crianza), se debe cumplir con dos requisitos más: en primer lugar, una estrecha relación entre los padres de crianza y el hijo. Esto conlleva que exista una convivencia real y efectiva que involucre vínculos de afecto, solidaridad, ayuda y comunicación. En segundo lugar, debe demostrarse una relación de lazos familiares deteriorada o ausente entre el menor y sus padres biológicos. Esto significa que haya un rompimiento de los vínculos afectivos y económicos entre ellos, como ocurre, por ejemplo, cuando hay desinterés de los padres en fortalecer los vínculos paterno-filiales o de proveer los recursos económicos suficientes para suplir las necesidades básicas de su hijo.

El Hijo de Crianza desde el Derecho Comparado

La aceptación de esta figura familiar ha tenido lugar también en otros países, como Estados Unidos, Italia, Perú, Argentina y Chile; entonces, dentro de este espacio se busca

realizar una investigación jurídico comparativa frente al Estado colombiano, iniciando con Estados Unidos.

Al respecto, se debe comentar que, para el caso de Estados Unidos, se han desarrollado las doctrinas de adopción por equidad y de *in loco parentis*.

En primer lugar, la adopción por equidad se entiende como: Doctrina aceptada por varios estados de la Unión Americana, la cual tiene lugar cuando a una persona que ha sido tratada como un hijo y se le ha prometido su adopción o esta se ha considerado, pero esta nunca se llevó a cabo.

En este sentido, el reconocimiento de la doctrina de adopción por equidad se explica teóricamente desde dos perspectivas, el contrato y la equidad: En tal virtud, se entiende que el padre no biológico ha prometido llevar a cabo la adopción legal del menor. Por lo tanto, se pretende hacer realidad dicha promesa. Por su parte, bajo la perspectiva de equidad, lo que se busca es proteger a los menores ante la negligencia u omisión de los padres adoptivos de no hacer lo que en equidad les correspondía realizar, por lo que es necesario demostrar la existencia de un acuerdo expreso o implícito entre los padres adoptantes y los padres naturales para adoptar al menor. Para la doctrina, este requisito beneficia la protección de los menores, pues de no existir, las parejas se abstendrían de llevar a sus casas a menores que han sido abandonados por sus padres. De esta suerte, se requiere que el padre adoptante haya, expresa o inequívocamente, acordado adoptar el niño, o declarado su intención de hacerlo. Lo anterior, puede demostrarse a través de: (1) un contrato escrito para adoptar (lo cual casi nunca se presenta); (2) acciones del padre o madre adoptante que demuestren que han iniciado los trámites necesarios para adoptar al menor (por ejemplo, han consultado un abogado para el efecto, han obtenido el consentimiento escrito del padre

biológico, entre otros); y (3) los testimonios del menor, padres biológicos, amigos o familiares, que comprueben el acuerdo o la intención de llevar a cabo la adopción, aunado a los actos de simple amabilidad, o de apoyo económico al menor, o de trato, no son suficientes para demostrar un acuerdo para adoptar, pues se requiere de evidencia que demuestre una verdadera promesa de llevar a cabo el procedimiento de adopción.

En lo que respecta a la doctrina de *in loco parentis*, se encuentra que esta tiene lugar cuando una persona se coloca por su propia voluntad en la posición de padre o madre de otra, de tal manera que asume las obligaciones que corresponden a dicha calidad. Lo anterior, sin que se haya adelantado legalmente un proceso de adopción.

En este caso de la doctrina de *in loco parentis*, debe acreditarse que: (I) la persona haya asumido intencionalmente los derechos y obligaciones propios de una relación de padre e hijo, lo cual se demuestra mediante actos, conductas y declaraciones; (II) el menor habita en la casa y depende del apoyo económico de la persona; (III) la relación de la persona con el menor es cercana, de apoyo, cuidado y protección; y (IV) el padre biológico está ausente. (Universidad Externado de Colombia, 2020)

De lo anterior se concluye que, el tratamiento de la figura de hijo de crianza en Estados Unidos se asemeja al tratamiento que se le ha dado en Colombia a los hijos de crianza, donde su finalidad busca la protección de los menores y la materialización de sus derechos. A diferencia de Estados Unidos, en donde estas figuras sí dan el derecho al reconocimiento del derecho patrimonial de herencia. Caso contrario ocurre en Colombia, si bien es cierto se reconocen derechos y prerrogativas al hijo de crianza, este no es llamado a heredar por cuanto no existe parentesco entre el padre y el hijo de crianza.

En Italia se encuentra que el debate ha sido llevado a cabo ante un tribunal, en donde un hombre que había adoptado a su hijo decide trasladarse a Filipinas, y desde allí regresa a Italia con una niña de aproximadamente 4 años de edad, al ingresar la hace pasar como su hija y pasado un año este solicita la adopción de la niña.

El Tribunal de Justicia analizó el caso en concreto, determinando que el ingreso de la menor fue de forma ilegal, confrontando el fraude a la ley, según el cual nadie puede obtener provecho de su ilicitud con el derecho del interés superior del niño.

El Tribunal de Menores de Turín-Italia resolvió separar a la niña de su padre de crianza y recluirla en un sistema estatal de niños, en atención a los derechos de otros niños que pueden estar en la misma situación y evitando con esta decisión el tráfico de niños en Italia. (Duarte Martínez, 2015)

Desde la perspectiva de derecho comparado de países como Perú, Argentina y Chile los hijos de crianza no se encuentran reconocidos en la legislación civilista, tal y como sucede en Colombia; sin embargo, ello no significa que por vía de interpretación jurisprudencial no tengan tal reconocimiento.

En Perú y Argentina, como refiere Puentes Gómez, se ha incorporado la tutela jurídica correspondiente al ordenamiento legal para la protección de las denominadas “familias ensambladas” o “reconstituidas”, que en Colombia hacen referencia a las familias de crianza o con hijos aportados, la cual se constituye como una estructura en la que confluyen varios subsistemas. (2014)

A su vez, Contreras comenta en este sentido que en Argentina se ha adoptado la noción de “familia adoptiva”, también denominada “familia instantánea” o “familiastra”,

que implica la existencia de una unidad progenitor-hijo que llega a conformar una nueva familia con otro adulto que, a su vez, puede aportar otro hijo. (2006)

Sin embargo, en Argentina no se hace alusión a las familias ensambladas en ninguna norma, pero en los artículos 363 y 368 del Código Civil Argentino, se menciona el deber recíproco de alimentos entre todos los parientes por afinidad y que hacen parte de la comunidad matrimonial, incluidos los hijos de uno de los cónyuges.

Al respecto, se destaca también el artículo 329 del Código Civil Argentino, donde se da reconocimiento a la figura de la adopción simple, la cual permite el reconocimiento de la familia biológica y el ejercicio de la acción de filiación, sin que este modifique ninguno de los efectos de la adopción. Esta figura fue permitida en Colombia, pero dejó de tener validez con la creación del código del menor.

En Chile, tal como lo afirman Del Prete y Santa Rosa, a partir del siglo XXI, se ha logrado un amplio reconocimiento sobre las nuevas formas de constitución familiar, las cuales han sido legitimadas por la sociedad y legalizadas por vía de interpretación de la codificación civilista chilena; hoy la interpretación de los nuevos núcleos familiares en Chile ya no sólo se reducen a su identificación como familias tradicionales o nucleares, al igual que sucede en Colombia, de ahí que se hayan venido acentuando la identificación de las denominadas “familias reconstituidas” o “ensambladas” (2014),

Como puede notarse, tanto en el derecho colombiano como comparado, existe el reconocimiento de las nuevas tipologías familiares, así como de sus integrantes, en particular los hijos de crianza y los hijos aportados; en Colombia, para casos en concreto, dicho reconocimiento se ha logrado por vía de interpretación jurisprudencial; para el caso de los países objeto del estudio comparado, no ha sido necesario un desarrollo normativo

que modifique las codificaciones civilistas de cada país para brindar protección a estas tipologías parentales.

Principios del Derecho desde el Enfoque del Hijo de Crianza

Igualdad

La sentencia T-292 de 2016 de la Corte Constitucional, se pronunció a la luz de este principio:

En Colombia se predica la igualdad en la protección de las diferentes formas de composición familiar, de hecho, desde la creación de la Constitución de 1991 se determinó que tal protección no se agotaría en un tipo determinado de familia estructurada a partir de vínculos amparados en ciertas solemnidades religiosas y/o legales, sino que se extendería también a aquellas relaciones que, sin consideración a la naturaleza o a la fuente del vínculo, cumplen con las funciones básicas de la familia.

De lo que se infiere que la igualdad es un principio inherente a cualquier tipo de familia, sin distinción alguna. Por ello es dable afirmar que, en virtud de este principio, existe igualdad para los integrantes del núcleo familiar.

Así las cosas, en la Sentencia C-105 de 1994, en desarrollo del mentado artículo 42, se precisó que:

a) la Constitución pone en un plano de igualdad a la familias constituidas 'por vínculos naturales o jurídicos', es decir, a la que surge de la 'voluntad responsable de conformarla' y a la que tiene su origen en el matrimonio; b) 'el Estado y la Sociedad garantizan la protección integral de la familia', independientemente de su constitución por vínculos jurídicos o naturales, lo cual es consecuencia lógica de la

igualdad de trato; c) por lo mismo, 'la honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables', sin tener en cuenta el origen de la misma familia; d) pero la igualdad está referida a los derechos y obligaciones, y no implica identidad. Prueba de ello es que el mismo artículo 42 reconoce la existencia del matrimonio.

En este sentido, la jurisprudencia de las altas cortes, en desarrollo del artículo 42 de la Constitución Política ha establecido la igualdad de las familias y de los integrantes del núcleo familiar, reconociéndoles iguales derechos y sujetos de la protección del Estado, en virtud de la existencia y validez del vínculo de parentesco entre padres e hijos de crianza. Por ello adoptó medidas de protección tendientes a garantizar las relaciones familiares en donde las personas no están unidas única y exclusivamente por vínculos jurídicos o naturales, sino por situaciones de facto, caracterizadas y conformadas a partir de la convivencia y en virtud de los lazos de afecto, solidaridad, respeto, protección y asistencia. Al respecto se debe considerar que:

La jurisprudencia de este Tribunal ha reconocido la igualdad formal y material en la ley y ante la ley, según el artículo 42 de la Constitución, de los integrantes de la familia, bien porque lo sean gracias a vínculos jurídicos, naturales o, de hecho. Ello es así por cuanto “aquellas medidas que atenten contra la estabilidad y unidad familiar o que promueven la discriminación desde el seno familiar, tienen proyección en el desarrollo futuro de las relaciones sociales de quienes crecieron carentes de lazos afectivos estables y en un ambiente que no promueve el respeto, la solidaridad y la tolerancia entre sus integrantes” (Corte Constitucional, Sentencia T-606 de 2013).

Como se observa, existe igualdad entre los integrantes del núcleo familiar para mantener relaciones sociales, aun cuando se haga una proyección hacia el punto de análisis, respecto de los hijos de crianza, no es tan real en aquellos casos en que las reclamaciones a sus derechos patrimoniales se invocan por vía de acción de tutela, debido a la ausencia normativa que regula el tema. Es por vía jurisprudencial que, en algunos casos, les han sido otorgados algunos derechos patrimoniales, no en su totalidad, siendo excluidos la generalidad de estos del reconocimiento de derechos de alimentos, sucesorales, custodia y cuidado, porque no hay normas sustanciales, ni procesales, avizorando que efectivamente se presenta vulneración al principio de la igualdad y estableciendo una desigualdad en relación con los hijos biológicos; a su vez, se vulnera el principio de no discriminación por el origen familiar.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha otorgado un estatus de igualdad a los hijos de crianza, en relación con la calidad de hijo, pero en atención a que no existen normas de orden público que reglamenten lo sustantivo y procedimental del hijo de crianza o filiación de crianza, estos avances de la jurisprudencia no son suficientes frente a esta figura que día a día en Colombia, por la diversidad social y cultural, es más común.

Dignidad Humana

La Constitución Política de Colombia, en su artículo primero, establece que:

Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general. (2020)

La sentencia T-881 de 2002 argumenta muy bien la naturaleza del principio de dignidad humana al interpretarlo de dos maneras:

A partir de su objeto concreto de protección y a partir de su funcionalidad normativa. Al tener como punto de vista el objeto de protección del enunciado normativo dignidad humana, la Sala ha identificado a lo largo de la jurisprudencia de la Corte, tres lineamientos claros y diferenciados: (i) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera). (ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). Y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones). De otro lado al tener como punto de vista la funcionalidad, del enunciado normativo “dignidad humana”, la Sala ha identificado tres lineamientos: (i) la dignidad humana entendida como principio fundante del ordenamiento jurídico y por tanto del Estado, y en este sentido la dignidad como valor. (ii) La dignidad humana entendida como principio constitucional. Y (iii) la dignidad humana entendida como derecho fundamental autónomo.

Asimismo, la Corte, en el ejercicio de sus facultades, asume como verdadera la idea de que el ser humano posee una dignidad connatural a todo ser humano y para cuya protección trabaja el organismo jurídico. En este sentido afirma:

La dignidad, como es sabido, equivale al merecimiento de un trato especial que tiene toda persona por el hecho de ser tal. Equivale, sin más, la facultad que tiene

toda persona de exigir de los demás un trato acorde con su condición humana.

(Sentencias T-395 y T-576)

Adicionalmente, la Corte también menciona que:

El respeto de la dignidad humana, esto es, del valor intrínseco del ser humano, derivado de sus atributos específicos como son la voluntad y la razón, es uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho Colombiano. (Sentencia C-397)

No Discriminación

Este principio está íntimamente relacionado con el principio de la igualdad y la Constitución Política, en su artículo 13, lo reafirma al decir: “Protegiendo a las personas de ser discriminadas por cualquier razón de origen nacional o familiar, raza, sexo, lengua, opinión política o filosófica”. (Colombia, 2020)

Por su parte, el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la OEA, establece que todas las personas tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley, de ahí que:

Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

La anterior disposición es vinculante para los estados partes y Colombia, mediante ley 74 de 1968, aprobó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por tanto,

debe velar y promover el legislador para que, ante la ausencia normativa, se establezca la creación y aplicación de la ley y no se discrimine por ningún motivo. En concordancia con lo establecido en el artículo 2, numeral 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la OEA:

Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.

Para el caso del hijo de crianza, se debe considerar que al no existir legislación para la categoría se vulnera este principio por motivo del origen familiar, pues no se reconocen ni materializan los derechos que la Constitución ha postulado, en garantía de la protección a la familia, los hijos, el estado civil, negando a esta categoría de hijos y a los mismos padres de crianza el reconocimiento de la filiación de crianza, sustentada en fuentes como el amor, afecto y la solidaridad en que se sustenta la protección a la diversidad familiar que protege la norma de normas. Trato que resulta, además de diferenciado, perjudicial y discriminatorio ante los vacíos de normativos.

Interés Superior del Niño

Se estudia este principio teniendo en cuenta que normalmente es en la etapa de la niñez en donde los padres de crianza conocen e inician a formarse los vínculos de afecto, ayuda y solidaridad entre padres e hijos de crianza; es en esta etapa que se asume el cuidado de un hijo de crianza.

Al respecto, la Declaración de los Derechos del niño señala que este disfrutará de todos los derechos reconocidos a los niños, sin excepción alguna, ni distinción o discriminación por motivos de cualquier condición que tenga él o su familia; vale la pena resaltar el texto que lo menciona:

Principio 1. El niño disfrutará de todos los derechos enunciados en esta Declaración.

Estos derechos serán reconocidos a todos los niños sin excepción alguna ni distinción o discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otra condición, ya sea del propio niño o de su familia.

Así mismo, dicha declaración establece en el artículo 2 que, al promulgar leyes especiales para su protección, la condición especial que se atenderá será el interés superior del niño.

Por su parte la convención de Viena sobre los derechos del niño, ratificado por Colombia, dispone que las autoridades que tomen decisiones concernientes a niños tomaran una consideración primordial que atenderá el interés superior del niño. (Convención Viena, art 3, Inc. 1)

Desarrollo de lo anterior, el art 44 de la Constitución Política, prevé que “los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”. Así las cosas, las determinaciones que frente a estos se asuman se desarrollan conforme con el carácter superior y prevaleciente de sus derechos e intereses.

Por su parte, el artículo 8 de la ley 1098 de 2006, código de Infancia y Adolescencia, define el interés superior del niño, niña, adolescente, el cual se entiende como el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar una protección integral y

simultánea de todos sus derechos, los cuales son prevalentes, universales e interdependientes. Lo anterior tiene un carácter imperativo, en aras de garantizar el ejercicio de sus derechos y libertades dispuestas en los instrumentos internacionales.

A la luz de este principio, los derechos de los NNA prevalecen sobre todos los demás, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales, con los de cualquier otra persona. Como bien lo reitera el art 9 de la misma legislación, deberá aplicarse la norma más favorable conforme el interés superior del niño. Esto se observa cuando se afirma:

En todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona. (Ley 1098 de 2006)

En relación con este principio, la sentencia T 689 de 2012 estableció unos criterios constitucionales, jurisprudenciales y legales para determinar en qué consiste el interés superior del niño, dependiendo de sus circunstancias particulares:

(i)Garantía del desarrollo integral del menor; (ii) Garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor; (iii) Protección del menor frente a riesgos prohibidos; (iv) Equilibrio entre los derechos de los niños y los derechos de sus padres, sobre la base de que prevalecen los derechos del menor; (v) Provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del menor; (vi) Necesidad de razones poderosas que justifiquen la intervención del Estado en las relaciones paterno/materno – filiales. (2012)

Visto así, las autoridades, en la toma de decisiones en relación con niños, tomarán en cuenta estos parámetros jurisprudenciales para poder asegurar un desarrollo sano, armónico e integral de los niños, desde el punto de vista físico, emocional y afectivo. Correspondiendo a la familia la sociedad y el Estado la materialización de sus derechos teniendo en cuenta el caso específico de cada niño y protegiéndolos con sus decisiones, de todo peligro que amenace su integridad, siempre con la satisfacción del interés superior de estos, frente a los derechos de sus padres y de los demás.

Valga resaltar a la luz del estudio del interés superior del niño la sentencia T-292 de 2016, bajo la cual se observa en el pronunciamiento de la Corte un cambio de enfoque en el interés superior del niño, si bien sus derechos primaban frente a los demás; esta protección se enfatizaba desde la ausencia de capacidad a cambio de reconocerles potencialidad de involucrarse en la toma de decisiones que les conciernen. De acuerdo con esta afirmación menciona la Corte:

Este principio transformó sustancialmente el enfoque tradicional que informaba el tratamiento de los menores de edad, a partir de su incorporación se abandona su concepción como incapaces para, en su lugar, reconocerles la potencialidad de involucrarse en la toma de decisiones que les conciernen. Así las cosas, de ser sujetos incapaces con derechos restringidos y hondas limitaciones para poder ejercerlos, pasaron a ser concebidos como personas libres y autónomas con plenitud de derechos, que de acuerdo a su edad y a su madurez pueden decidir sobre su propia vida y asumir responsabilidades.

La aplicación del interés superior del niño, como principio, depende de cada situación en concreto, por lo que se ha determinado que su significado únicamente

se puede dar desde las circunstancias de cada caso y de cada niño en particular. Su naturaleza real y relacional implica, de acuerdo a esta Corporación que sólo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad.

Conforme con esta sentencia se avizora que el interés superior del niño es una garantía a su protección y deberá analizarse en concreto el caso, además de las condiciones propias y particulares del caso, para que los administradores de justicia adopten decisiones que materialicen esta garantía como personas con plenos derechos, libres y autónomas; previendo todas las garantías de orden constitucional y legal para proteger sus derechos.

En la misma sentencia T-292 de 2016, la Corte Constitucional sustenta la protección de todo tipo de familia, basada en el principio de la igualdad y que ya fue abordado en los capítulos iniciales de este trabajo, al hacer referencia a la protección a la familia, pero que vale la pena retomar haciendo este estudio.

Capítulo III: Avances y limitaciones del reconocimiento del derecho patrimonial de herencia en los hijos de crianza

De la Posesión Notoria del Estado del Hijo de Crianza.

Sin duda, el primer avance que ha tenido la categoría “Hijos de Crianza” en Colombia, ha sido el reconocimiento o declaración de tal calidad mediante el instrumento de la posesión notoria del estado civil, entendiendo esta como un mecanismo probatorio a fin de acreditar, ante un Juez, el estado civil que no se puede probar por falta de registros, partidas o folios pertinentes, con el propósito de obtener, mediante sentencia, su reconocimiento.

La sentencia de la Corte Suprema de Justicia ST-55942020, de 4 de agosto de 2020, cuyo M.P. es Aroldo Quiroz, indicó que cuando se acredita la posesión notoria del estado de hijo hay lugar a la declaración judicial del hijo de crianza. De ahí que la vía para ello es a través de un juicio declarativo o por vía acción de tutela ante los jueces, a fin de declarar la condición de hijo de crianza.

La posesión notoria del estado de hijo, como instrumento para reconocer vínculos de crianza, está establecida en el numeral 6 del art. 4 de la Ley 75 de 1968; esta es una figura que aún continua en vigencia y consiste en aquellos actos o comportamientos que realice el padre para con su hijo, brindándole subsistencia, ayuda y educación, actos de los que podrán dar testimonio las personas que se encuentran a su alrededor, sean familiares o vecinos y a fin de que el hijo se repute como hijo suyo ante los terceros.

De lo anterior se deduce entonces que la acreditación del vínculo, por medio de la posesión notoria del estado de hijo, sirve para acreditar ante el juez el reconocimiento del

padre con su hijo; esta declaratoria de la autoridad judicial deriva el reconocimiento de los efectos jurídicos que el ordenamiento jurídico reconoce a la familia de crianza.

Derechos que por Vía Jurisprudencial se les han Reconocido a los Hijos de Crianza.

En razón al reconocimiento de la calidad de hijo de crianza y en lo que tiene que ver con los avances, las jurisprudencias de las cortes en Colombia han reconocido a estos, toda clase de derechos, como por ejemplo el derecho derivado de la herencia; además, en aquellos casos en que se produjo el reconocimiento por los padres de crianza como hijos legítimos, a recibir alimentos, pensiones de sobreviviente, derecho a la salud, indemnización de perjuicios por daño moral y auxilios económicos reconocidos en las convenciones colectivas de trabajo.

A continuación, se plasman las sentencias que han reconocido derechos a los hijos de crianza:

Sentencia T-495 de 2017; esta reconoció el derecho a los padres de crianza, con ocasión a la muerte de un soldado a quien los padres acogieron en su hogar desde la edad de 8 años, encargados de la crianza y educación del hijo de crianza. La Corte Constitucional reconoció que el trato, el afecto y la asistencia mutua del núcleo familiar eran sujetos de protección. Comparables con cualquier tipo de familia.

La misma Corte, en su sentencia T-074 de 2016 reconoció la pensión de sobreviviente, a una menor de edad en condición de discapacidad, luego de que la Corte reconociera la existencia de lazos de afecto, socorro y solidaridad con su padre de crianza, quien asumió las obligaciones propias de un padre, ahora fallecido. Postulados que, a la luz de la Constitución Política, se relacionan con el principio de la dignidad humana.

Esta sentencia determinó que la expresión hijo, que contenía el art 47, literal b de la ley 100 de 1993, precisó que hijo debe entenderse en sentido amplio, incluyendo a los hijos de simple crianza como beneficiarios de la pensión de sobreviviente por asunción solidaria de paternidad.

También reconoció el derecho a la salud y a la seguridad social del hijo de crianza en la sentencia T-615 de 2007, en donde amparó este derecho al considerar que la relación que existía entre una niña y su abuela trascendía a la de una familia de crianza; aquí el juzgador de instancia no tuvo en cuenta la interpretación de la Constitución a la luz de la familia de crianza.

En la Sentencia 17001-31-10-006–2019-00382-01 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, Sala Plena Especializada Civil- Familia, reconoció el derecho patrimonial de herencia a una joven que fue reconocida por sus padres de crianza como hija legítima:

Por lo anterior, esta Magistratura reconocerá el estado civil de la joven Natalia Arango Gallo como hija de crianza y en consecuencia de lo anterior se dispondrá que, en aplicación al derecho a la igualdad, deberá ser incluida entre aquellos enlistados en el artículo 1040 del Código Civil -modificado por la Ley 29 de 1982-, en su condición reconocida a través de esta providencia (...) ordenando la inscripción de esta sentencia en su Registro Civil de Nacimiento para que, con fundamento en este acto jurídico, también se le reconozca como interesada en la sucesión de su padre de crianza, y así pueda reclamar dentro de la misma sus derechos patrimoniales.

La limitación que se advierte en esta categoría de hijos de crianza, inicia con relación al derecho patrimonial de herencia, pues este derecho no le es reconocido a todos los hijos de crianza. Solo le es reconocido a los hijos de crianza que, por alguna u otra razón, tienen la filiación legítima de sus padres de crianza, sin que sea posible el reconocimiento de este derecho a los hijos de crianza con filiación legítima de sus padres biológicos, pues se estaría frente a un conflicto como ya se ha mencionado con el estado civil.

Derecho Patrimonial de Herencia en los Hijos de Crianza

Como es sabido y según lo establecido en el artículo 1045 del código Civil, la ley otorga vocación hereditaria en el primer orden a los hijos así: “Artículo 1045. Primer orden hereditario - Los hijos legítimos, adoptivos y extramatrimoniales, excluyen a todos los otros herederos y recibirán entre ellos cuotas iguales, sin perjuicio de la porción conyugal”.

Configurándose otra limitante por la cual no todos los hijos de crianza tienen el derecho a heredar.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, en su sala de casación Civil STC55942020 dispuso que no existe parentesco entre los padres e hijos de crianza con filiación legítima, pues no puede existir parentesco biológico y de crianza. Resaltando como otra limitante la falta de reglamentación del estado civil de hijo de crianza, la cual es propia del legislador y que hasta el momento en Colombia no se ha dado.

El Estado Civil.

De acuerdo con el Decreto 1260 de 1970, el estado civil de una persona es su situación jurídica en la familia y la sociedad, determina su capacidad para ejercer ciertos derechos y contraer ciertas obligaciones, es indivisible, indisponible e imprescriptible, y su

asignación corresponde a la ley. El estado civil de las personas deriva de los hechos, actos y providencias que lo determinan y de la calificación legal de ellos. (Colombia, 1970, arts. 1y 2)

En este sentido, el estado civil, como atributo de la personalidad jurídica, se ha definido como un estatus o una situación jurídica que expresa la calidad de un individuo, frente a su familia y a la sociedad, en otras palabras: “el estado civil es la posición jurídica de la persona vista su doble condición: individuo y elemento social”. Se trata de una institución de orden público, universal, indivisible, inherente al ser humano, indisponible, inalienable, irrenunciable, inembargable, imprescriptible, que no puede establecerse por confesión y además otorga estabilidad y tiene efectos *erga omnes*.

La función del estado civil, parafraseando a la Corte Constitucional, es demostrar la capacidad de la persona para que esta pueda ser titular de derechos y obligaciones. La Corte ha señalado al respecto que la información del estado civil es indispensable para el reconocimiento de la personalidad jurídica, y guarda estrecha relación con los derechos al libre desarrollo de la personalidad y la identidad personal, pues ubica a la persona jurídicamente en su núcleo familiar y social. La constitución y la prueba de las calidades civiles de las personas se realizan mediante la inscripción en el registro civil. (Corte Constitucional, Sentencia T-450^a, 2013)

De acuerdo con Monroy Cabra, acerca de las características del estado civil se tienen las siguientes:

- 1.- Toda persona natural tiene un estado civil forzosamente.

2.- Es uno e indivisible. Lo que significa que no se puede tener dos o más estados civiles emanados de los mismos hechos. Un individuo no puede ser hijo legítimo y natural al mismo tiempo.

3.- Es intransferible. Por lo tanto, el estado civil es irrenunciable, intrasmitible e imprescriptible. (Monroy Cabra, 2017, p.487)

Además, los hechos, actos y providencias que determinan el estado civil, que deben someterse a registro son: nacimiento, defunción, filiación, nacionalidad, sexo, adopción, reconocimiento de hijos, alteraciones de patria potestad, emancipaciones, matrimonios, interdicciones judiciales, divorcios, cambios de nombre, el cambio de apellido, las uniones maritales de hecho entre otros.

A ello se suma que toda inscripción en el registro del estado civil se hará por duplicado: “La primera se verificará en el folio respectivo de nacimiento, matrimonio o defunción. La segunda se hará en folio que se remitirá al archivo de la oficina central”. (Colombia, Decreto 1260/1970, art 19)

Y en este sentido se debe tener claridad en que:

Toda inscripción deberá contener: a) la naturaleza del hecho o acto que se registra (nacimiento, defunción, matrimonio, adopción, interdicción etc.); b) el lugar y la fecha en que se inscribe; c) el nombre completo y domicilio de los comparecientes, su identidad y el documento con que ella se estableció; d) la firma de los comparecientes y la del funcionario. (Colombia, Decreto 1260/1970, art 21)

Y más adelante afirma que, por regla general, “(...) ningún hecho, acto o providencia judicial relativos al estado civil o la capacidad de las personas y sujeto a

registro, surtirá efectos respecto de terceros, sino desde la fecha del registro o inscripción”.

(Colombia, Decreto 1260/1970, art 107)

En este sentido, es posible concluir que la gran limitación para que los hijos de crianza, con filiación biológica, accedan al derecho a heredar, surge del estado civil, el cual se encuentra a cargo del legislador, sin que en la actualidad sea posible concebir una dualidad en el estado civil.

**Capítulo IV: Propuesta de Solución a las Limitaciones en el Reconocimiento
del Derecho Patrimonial de Herencia en los Hijos de Crianza con Filiación
Legítima.**

A continuación, se plantean dos propuestas o alternativas de solución. La primera consiste en que la sentencia que declara la posesión notoria de estado civil de hijo de crianza, haga las veces de consentimiento por parte de los padres de crianza ya fallecidos, para que entonces el hijo de crianza automáticamente acuda al trámite de adopción, generando un nuevo estado civil y para que así se extinga su filiación biológica por la filiación civil y pueda entonces acudir como interesado en el primer orden hereditario, en la sucesión de quienes fueron sus padres de crianza y que a partir de la inscripción en el registro civil de nacimiento tendrán la connotación de padres adoptivos.

Propuesta que resulta viable a la luz del ordenamiento jurídico colombiano, en razón a que según lo menciona la Sentencia C-741/15:

En Colombia en el trámite de adopción se entiende para estos efectos que falta el padre o la madre, no solamente cuando ha fallecido, sino cuando lo aqueja una enfermedad mental, o grave anomalía certificada por el Instituto Nacional de Medicina Legal.

De igual manera la Corte Constitucional condicionó la norma sobre imposibilidad para consentir la adopción. De esta manera, mediante la correspondiente sentencia C-741 de 2015, la Corte declaró exequible la expresión “(...) cuando lo aqueja una enfermedad mental o grave anomalía psíquica certificada por el Instituto Nacional de Medicina Legal”, que aparece contenida en el inciso 3 de la ley 1098 de 2006.

De esta manera solo se tendrá por establecida la falta cuando la valoración realizada por medicina legal concluya la imposibilidad para otorgar el consentimiento válido e idóneo legal y constitucionalmente.

Así las cosas, se podría considerar que la sentencia que declara la posesión notoria del estado civil de hijo de crianza, sea el medio idóneo y legal para servir de consentimiento por parte de los padres de crianza ya fallecidos, para que el hijo de crianza continúe al trámite de adopción.

Finalmente, se expone una última alternativa de solución, consistente en el planteamiento de una nueva forma de filiación, porque Colombia existen tres clases de filiación: a) Legítima o matrimonial; b) Filiación extramatrimonial; y c) Filiación adoptiva. Entonces, la nueva forma de filiación que se plantea será la filiación socio afectiva.

De esta manera se entiende por filiación y retomando las palabras de la Corte Constitucional, magistrada ponente Martha Victoria Sáchica Méndez, como:

(...) el vínculo jurídico que une a un hijo con su madre o su padre y que consiste en la relación de parentesco establecida por la ley entre un ascendiente y su descendiente de primer grado, [además] se ha entendido también como la relación que se genera entre procreantes y procreados o entre adoptantes y adoptados. (Corte Constitucional T-488 de 1999)

Igualmente, la misma Corte Constitucional, en su Sentencia C-258 – 2015 menciona que este:

Es el derecho que tiene todo individuo al reconocimiento de su personalidad jurídica y conlleva atributos inherentes a su condición humana como el estado civil, la relación de patria potestad, orden sucesoral, obligaciones alimentarias, nacionalidad,

entre otros. Además, a través de la protección del derecho a la filiación se concreta el contenido de otras garantías superiores como tener una familia, el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana. (Corte Constitucional, 2015)

En Colombia, como se ha mencionado arriba, existen tres clases de filiación, las cuales se definen:

- a) Legítima o matrimonial: Supone esta filiación que los hijos hayan sido concebidos durante el matrimonio de sus padres, ya que el momento decisivo para calificarla es el de la concepción, no obstante, lo cual, el hijo nacido durante el matrimonio de sus padres se considera legítimo, aunque haya sido concebido antes de la unión matrimonial. En el caso en que la madre y padre se hayan casado después de haber nacido el hijo, este puede legitimarse cumpliendo determinados requisitos, de suerte que, con algunas restricciones, se le asimila a los hijos legítimos. (Jean Carbonnier, derecho civil, tomo II)
- b) Filiación extramatrimonial: cuando entre el padre y la madre no existe vínculo matrimonial. Puede ser transformada en legítima o matrimonial por medio de la institución de la legitimación.
- c) Filiación adoptiva: de acuerdo con Jorge Parra Benítez, esta es una “(...) creación artificial y es el resultado de la adopción, mediante una sentencia judicial”. (Parra Benítez, 1997). A su vez, esta se divide en dos especies: La adopción plena y la adopción simple, pero en Colombia solo existe la adopción plena, la cual establece relaciones de parentesco entre el adoptivo, el adoptante y los parientes consanguíneos o adoptivos de este.

Sin embargo, pese a que por vía jurisprudencial a los hijos de crianza se les haya reconocido tal calidad (hijo de crianza). En Colombia no es posible que se les reconozca la filiación, porque simplemente se hace hincapié en que el vínculo afectivo y emocional entre los hijos de crianza y padres de crianza, durante los años de convivencia, no puede entenderse como filiación y ello simplemente es una limitación a sus derechos.

Esta situación vulnera y afecta, en gran medida, el derecho a la igualdad, interés superior del niño y la solidaridad, haciendo necesario y urgente que en el país se proteja la filiación social, con el fin de tener en cuenta elementos como el afecto y la relación paterno filial, que son los realmente necesarios para la conformación de una familia en la sociedad, dejando así de lado la prevalencia al nexo biológico, por encima del nexo social.

Tal como sucede en Chile, país que, tras el inicio de una demanda de reclamación, profirió un fallo que ha sido considerado inédito a través de la Corte Suprema, en su sala cuarta, pues ordenó a la Oficina del Registro Civil reemplazar en la partida de nacimiento al padre biológico de una adolescente por su “padre social”, es decir, el hombre que junto a su madre la ha criado desde los cuatro años. Tal razonamiento se ha considerado al decir: “La filiación ya ha dejado de ser considerada como una relación de sangre entre el padre, la madre y los hijos, sino más bien una situación jurídica relacionada con el lugar que ocupa una persona en una familia.” (Santiago de Chile, 2020)

El anterior fallo dejó atrás años de jurisprudencia en donde sólo primaba el lazo consanguíneo y donde se pasó a considerar relevante el principio del interés superior del niño y de la identidad de éste.

Además, demostró que el sistema jurídico colombiano, desde hace varios años, no se adecua al concepto constitucional de familia, ni al interés superior del niño, ya consagrado en tratados y convenios internacionales.

En este sentido se debe considerar, sin lugar a duda que:

El máximo tribunal Chileno ha dado un paso importante en materia de reconocimiento de la diversidad familiar en Chile, ratificando que la biología no es el único antecedente de la filiación, sino que las relaciones sociales también determinan quiénes son padres, madres e hijos. (Santiago de Chile, 2020)

Además, agrega el profesor de Derecho Civil de la Universidad de Chile Mauricio Tapia que: “A veces el vínculo biológico cede en virtud de otras consideraciones” y también afirma que:

Si bien existe una primacía de la realidad biológica en materia de filiación, esta tiene excepciones. Una de ellas es la posesión notoria que es que esta niña fue tratada durante toda su vida como hija, fue educada y criada y era conocida como hija del demandante, por tanto, si bien el demandante no tenía la calidad de padre biológico, en los hechos la trató, crio y presentó ante sus familiares como su hija.

En este sentido, en Brasil también está expresamente reconocida la posibilidad de la filiación socio afectiva, tal como lo menciona Belmiro Welter:

La filiación socio afectiva solamente era reconocida cuando existía duda sobre la partida de nacimiento y siempre que no contrariase la filiación llamada legítima. A partir del desdoblamiento de los vínculos parentales, por el reconocimiento jurídico de socio afectividad, el concepto de posesión de estado de hijo adquirió nueva dimensión. En la expresión de Belmiro Welter, el estado de hijo afectivo se edifica

por el cordón umbilical del amor, del afecto, del desvelo, del corazón y de la emoción. Mientras la familia biológica navega en la cavidad sanguínea, la familia afectiva trasciende los mares de la sangre. No es solo con relación al hijo que se requiere la presencia de la posesión del estado. También quien desempeña las funciones parentales disfruta de la posesión de estado de madre o de padre. El vínculo del hijo con los padres no resulta de los factores fisiológicos de generación y parto. La filiación no consiste solo en nacimiento, ni tampoco en descendencia genética. Es algo mucho mayor y más profundo, que es plantado y fortificado en el cotidiano, en los días que pasan, en el crecimiento y en la vivencia conjunta. Padres son, para los hijos, aquellos que los alimentan, amparan, abrazan y protegen. La paternidad sociológica, que se basa en la posesión de estado de hijo, es una construcción diaria, consolidada en el afecto, y es a través de esa noción que se verifican los verdaderos lazos que unen los padres a sus hijos” (Welter, 2003, p. 151.)

En este sentido, Colombia debe legislar sobre la nueva forma de filiación planteada, máxime cuando la Corte Suprema de Justicia en su sentencia STC-1976 de 2019, sala de casación civil, resuelve la impugnación contra un fallo dictado por la sala civil de Familia, del Tribunal Superior de Cundinamarca, cuando analiza el tema de la filiación de crianza:

“Para la Corte Suprema de Justicia la filiación está ligada, en forma íntima, con la realidad de las relaciones humanas, las cuales con el pasar del tiempo consolidan y estructuran el libre desarrollo de la personalidad, que a su vez se armoniza con los postulados axiológicos de dignidad y autodeterminación. El mundo contemporáneo contiene nuevas configuraciones familiares que trascienden los lazos de sangre,

siendo la afectividad el criterio prevalente para reconocer la constitución de una relación de parentesco. La Corte Suprema de Justicia soporta estas aseveraciones en la doctrina psicoanalítica y jurídica norteamericana, alusiva al concepto de paternidad psicológica. Esto significa que la mera progenitura, vacía de contacto y actividad, no es oponible a la experiencia conjunta de la convivencia cotidiana entre un niño y un adulto. Es la cercanía relacional que vivencia el amor y el cariño a nivel psicológico el factor determinante para la creación de vínculos emocionales que desplazan la condición procreadora formal y que se conocen bajo la figura de “paternidad socio afectiva”.

De esta manera, en palabras de la Corte, los lazos familiares se sustentan en el amor de los niños y al deber de solidaridad familiar que atienden sus integrantes, por esta razón:

Así, la prueba de ADN como elemento propio del derecho procesal no es oponible a los contenidos axiológicos de la paz y la armonía familiar de crianza. Y la seguridad jurídica es reinterpretada en clave de respetar el lazo afectivo consolidado en la relación funcional de parentalidad que reconoce la adolescente accionante, oponiéndose al frío llamado que hace la ley para reconocer la realidad biológica.

(Corte Constitucional, Sentencia STC-1976 de 2019)

De lo anterior surge el análisis en procura de indicar que el afecto puede constituir la fuente de la filiación de crianza, plasmada en las nuevas relaciones sociales y familiares, las cuales se sustentan en el criterio prevalente del afecto, el amor, el cuidado, el sustento y la solidaridad que merecen reconocimiento de sus derechos para los hijos de crianza. Para este caso, el alto tribunal de justicia retoma el desarrollo jurisprudencial que ha venido dando la Corte Constitucional, en donde se reconoce la protección a la familia

y los diversos tipos de familia en el axioma de hechos sociales consolidados en el tiempo, siendo por vía jurisprudencial, los cuales han dado pasos al reconocimiento de los derechos del hijo de crianza; pero, cuando se trata de establecer condiciones de igualdad entre estos y los hijos consanguíneos, no se pronuncia o lo hace a medias, ello con sustento en que la competencia la tiene el legislador, siendo las decisiones del juez de tutela las que suplan el vacío legal en virtud del amparo de la protección de derechos fundamentales.

En tal virtud, el Alto Tribunal, ha amparado por vía de tutela las reclamaciones de filiación de crianza, en múltiples ocasiones. Pero cuando ha sido requerido para regularizar y establecer una condición de igualdad entre los hijos de crianza y las otras modalidades de descendencia, por vía de control constitucional, ha respondido negativamente, aduciendo la imposibilidad de intervenir en la competencia del legislador por cuanto opera una omisión legislativa absoluta (Corte Constitucional, Sentencia C 041-2004)

Ahora, en la sentencia, la Corte Suprema de Justicia, conociendo del recurso de apelación, se apoyó en los precedentes propuestos por la Corte Constitucional sobre la transformación de la diversidad familiar para extender dicho análisis a los principios y criterios constitucionales, en favor de los derechos reclamados por la adolescente, por encima de lo sustancial en la filiación civil, utilizando las disposiciones constitucionales como reglas vinculantes de rango supra legal para sustentar justificar un trato paritario entre las diferentes clases de hijos.

La sentencia en comentario recogió los criterios de la Corte Constitucional en materia de filiación de crianza, destacando en el caso en concreto el vínculo de afecto, respeto,

comprensión y protección del padre que la protegió y sustento desde niña, sumado a la angustia de la familia socioafectiva de ser separada de la niña por no existir vínculos de sangre. La Corte Suprema de Justicia insiste en que la familia se configura en la cotidianidad de las relaciones domésticas: “(...) lugar metafísico que tiene como ingredientes principales el amor, afecto, solidaridad y protección de sus miembros entre sí, e indudablemente, también a factores sociológicos y culturales”.

En sustento de lo analizado, la Corte Suprema, aplicando los postulados de instrumentos internacionales sobre la convención de derechos del niño, en armonía con la protección del interés superior del niño, amparando los derechos de la tutelante a no practicarse una prueba de ADN que, en demanda de impugnación de la paternidad, fue decretada; considerando el alto tribunal tal disposición, vulnera los derechos de la niña dados los efectos psicológicos y el sufrimiento que la pretensión del demandante le causa ante la alternativa de ser separada de su núcleo familiar, y la relación estrecha con su padre, sumado a la socio afectividad que surgió de la convivencia con este, que tiene un papel destacado en las relaciones familiares y en el desarrollo de los niños, brindado un ambiente propicio para su desarrollo armónico e integral.

Ahora bien, considerando esta sentencia, resulta importante para el tema afirmar que dentro de la investigación la Corte potenció el vínculo familiar, la afectividad entre la niña y el hombre que la reconoció como tal, lo cual trascendió de la realidad biológica, prevaleciendo la certeza social sobre la biológica. De esta manera el estado civil, consolidado entre la accionante y los padres, prevaleció sobre la realidad biológica.

Referencias

- Ainsworth, M. (1969). Apego, exploración y separación, ilustrados a través de la conducta de niños de un año en una situación extraña. Lecturas de psicología del niño. En J. Delval (Comp.), Lecturas de psicología del niño, Vol. 1, 1978. Madrid: Alianza
- Ajenjo-Cosp, M.; García-Saladrigas, N. (2016) *Las parejas reconstituidas en España: un fenómeno emergente con perfiles heterogéneos* Reis. En: *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, núm. 155, julio-septiembre, 2016, pp. 3-19. Centro de Investigaciones Sociológicas Madrid, España. Recuperado de:
<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=99746728001>
- Alanís, W. H. (2002). La legitimación adoptiva en el derecho uruguayo. En: *Revista de derecho*, 1(2), 23-50. Recuperado de: <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/10/DERECHO-2.pdf>
- Alfaro-Monsalve, K. (2018). Una aproximación a las apropiaciones de menores y adopciones irregulares bajo la dictadura militar en el sur de Chile (1978-2016). Memorias de Alejandro. En: *Revista Austral de Ciencias Sociales*, (34), 37-51.
- Belluscio, A. C. (1997) Manual de derecho de familia, tomo I, 2ª ed., Buenos Aires, Ediciones De palma, p.10
- Bolivia. Congreso Nacional (1988) Ley 996 de 1988: código de familia de Bolivia. Recuperado de: <https://www.lexivox.org/norms/BO-L-996.html>
- Bowlby, J (1986): Vínculos afectivos: formación, desarrollo y pérdida. Madrid: Ediciones Morata.
- Bowlby, J (1988): Una Base Segura: Aplicaciones Clínicas de una Teoría del Apego. Barcelona: Paidós Ediciones.

Carrillo, S. (2008). Relaciones afectivas tempranas: presupuestos teóricos y preguntas fundamentales. En R. Puche-Navarro, L. Larreamendy, & A. Restrepo (Comp.), Claves para pensar el cambio (pp. 95-124). Bogotá D.C. Universidad de los Andes.

Colombia (2000) Código Civil. Legis editores S.A. Recuperado de:

https://www.cvc.gov.co/sites/default/files/Sistema_Gestion_de_Calidad/Procesos%20y%20procedimientos%20Vigente/Normatividad_Gnl/Codigo%20Civil%20Colombiano.pdf

Colombia (2000) Constitución Política de Colombia. Recuperado de:

<https://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Colombia/colombia91.pdf>

Colombia. Corte Constitucional. (2006). Sentencia C-804 de 2006. Magistrado Ponente

Humberto Sierra Porto. Bogotá. Recuperado de:

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-804-06.htm>

Colombia. Corte Constitucional (2006) Ley 1098 de 2006. Ley de infancia y adolescencia.

Recuperado de:

https://www.oas.org/dil/esp/codigo_de_la_infancia_y_la_adolescencia_colombia.pdf

Colombia. Corte Constitucional (2009) ST-572-2009. Protección de los diferentes tipos de

familia. Bogotá. Recuperado de:

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/t-572-09.htm>

Colombia. Corte Constitucional (2011) SC-577-11. Familia de crianza. Bogotá.

Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-577-11.htm>

Colombia. Corte Constitucional (2015) ST-070-15. Bogotá. Recuperado de:

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-070-15.htm>

Colombia. Corte Constitucional (2017) ST-233-2017. Bogotá. Recuperado de:

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-233-17.htm>

Colombia. Corte Constitucional (2017) ST-495-2017. Bogotá. Recuperado de:

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=105012&o>

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil (2018) STC-6009 - 2018.

Magistrado ponente Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo. Bogotá. Recuperado de:

<https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2018/05/STC6009-20181.pdf>

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil (2019) Sentencia STC-1976

de 2019, sala de casación civil. Bogotá. Recuperado de:

<http://www.legisaldia.com/BancoMedios/Archivos/sent-stc-19762019%2825000221300020180031001%29-19.pdf>

Colombia. Ministerio de Relaciones Exteriores (1994) Decreto 971 de 1994, por el cual se promulga la Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores. Bogotá. Recuperado de:

https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/decreto_0971_1994.htm b

Colombia. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales Sala plena especializada civil- familia- magistrado ponente. - Ramón Alfredo correa Ospina RAD. 17001-31-10-006–2019-00382-01. Bogotá. Recuperado de:

<https://www.ramajudicial.gov.co/documents/16093629/48692077/2019-56.pdf/951cb476-2227-40d1-a4ad-30ec6015391d>

Congreso de la República de Colombia (2020) Proyecto de ley 2020 por medio de la cual se

regulan disposiciones sobre la familia de crianza. Bogotá. Recuperado de:

<https://www.camara.gov.co/sites/default/files/2021-12/P.L.407-2021C%20%28HIJOS%20DE%20CRIANZA%29.pdf>

Contreras, V. (2006). Ensamblados... hasta que la muerte nos separe. Boletín Electrónico

Surá, 116. Recuperado de <http://www.ts.ucr.ac.cr/binarios/sura/sura-0116.pdf>.

Córdova Romero, G. A. (2013). Adopción. Recuperado de:

<http://hdl.handle.net/20.500.12984/1367>

Corte Constitucional Chile (2020) Resolución 12792-19. Santiago de Chile. Recuperado

de: <https://aldiaargentina.microjuris.com/wp-content/uploads/2020/09/Vea-texto-integro-de-la-sentencia-Rol-No12792-19.pdf>

CPAL – Centro Peruano de Audición, Lenguaje y Aprendizaje. La importancia del afecto y

las emociones en el proceso de las emociones. Perú. Recuperado de:

<https://cpal.edu.pe/novedad/la-importancia-del-afecto-y-las-emociones-en-el-proceso-de-aprendizaje/>

Cuervo Martínez, Á. (2010) Pautas de crianza y desarrollo socio afectivo en la infancia. En:

Diversitas: Perspectivas en Psicología, vol. 6, núm. 1, enero-junio, 2010, pp. 111-121 Universidad Santo Tomás Bogotá, Colombia.

Del Prete, A., Aranda, V., & Santa Rosa P., F. (2014). Las nuevas formas familiares en

Chile frente a los procesos de desinstitucionalización e individuación. En:

Consensus, 19(1), 85-95.

Duarte Martínez, C. A. (2015) Hijos de crianza y casos trágicos. Análisis de los casos

Serena y Verónica. En: *Revista Temas Socio Jurídicos*. Volumen 34 N°69 Julio -

Diciembre de 2015pp. 115 – 131. Recuperado de:

<https://revistas.unab.edu.co/index.php/sociojuridico/article/view/2352/2015>

Erickson, E. (1981). *Identidad, juventud y crisis*. Madrid: Taurus.

Fustel de Coulanges, Numa Denys. (1997). *La ciudad antigua: estudio sobre el culto, el derecho, las instituciones de Grecia y Roma*. Bogotá: Editorial Panamericana.

Gago, J. (2014). Teoría del apego. El vínculo. *Escuela Vasco Navarra de Terapia Familiar*, 11, 1-11.

González Luis, Y.; Colás Cos, I. (2011) Características del desarrollo afectivo y socio moral de los niños de Edad Temprana. En: *EduSol*, vol. 11, núm. 34, enero-marzo, 2011, pp. 90-98 Centro Universitario de Guantánamo Guantánamo, Cuba
Recuperado de: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=475748673010>

Gutiérrez Negrete, F. (2019). El concepto de familia en Colombia: una reflexión basada en los aportes de la antropóloga Virginia Gutiérrez sobre la familia colombiana en el marco de la doctrina constitucional. En: *Temas Socio-Jurídicos*, 38(76), pp. 130-154. Recuperado de: <https://doi.org/10.29375/01208578.3589>

Guzmán Gómez, M. A. (2012) El concepto de familia en la legislación civil de Guanajuato. En: *Revista ex lege*. Año 2, No. 15 (15 de octubre de 2012). México. Universidad de La Salle Bajío A. C. Recuperado de:
https://www.lasallebajio.edu.mx/delasalle/contenidos/revistas/derecho2013/numero_15/m_elconcepto.php

Hinde, RA y Stevenson-Hinde, J. (1990). Anexo: Deseos biológicos, culturales e individuales. En: *Desarrollo humano*, 33(1), 62–72. Recuperado de:
<https://doi.org/10.1159/000276503>

Instituto colombiano de bienestar familiar - ICBF (2016). Lineamiento Técnico

Administrativo del Programa de Adopción V1. Resolución No. 2551 del 29 de

marzo de 2016. Recuperado de

[http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/PortalICBF/Especiales/prueba/macropcesos-](http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/PortalICBF/Especiales/prueba/macropcesos-back016/misionales/adopciones/2/LM3%20MPM5%20P2%20Lineamiento%20T%C3%A9cnico%20Administrativo%20del%20Programa%20de%20Adopci%C3%B3n%20V1.pdf)

[back016/misionales/adopciones/2/LM3%20MPM5%20P2%20Lineamiento%20T%C3%A9cnico%20Administrativo%20del%20Programa%20de%20Adopci%C3%B3n%20V1.pdf](http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/PortalICBF/Especiales/prueba/macropcesos-back016/misionales/adopciones/2/LM3%20MPM5%20P2%20Lineamiento%20T%C3%A9cnico%20Administrativo%20del%20Programa%20de%20Adopci%C3%B3n%20V1.pdf)

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (2017) Concepto 15 de 2017 del ICBF. Bogotá.

Recuperado de:

https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/concepto_icbf_0000015_2017.htm#:~:text=%E2%80%9CPodr%C3%A1%20adoptar%20quien%20siendo%20capaz,al%20ni%C3%B1o%2C%20ni%C3%B1a%20o%20adolescente.

López Sánchez, Félix; Itziar, E.; Fuentes, M. J.; Ortiz, M. J. (2013) Desarrollo afectivo y social. Ediciones pirámide. Madrid - España.

Moisset de Espanés, L. (1968). Notas sobre el Anteproyecto del Código Boliviano de Familia. En: *Anuario de derecho civil*, 449-462.

Molina. D., Rodríguez N. (2014 - en prensa). *La concepción histórica del honor en el tratamiento del estupro en la Nueva Granada y en la República de Colombia*. Universidad Cooperativa de Colombia, Pasto.

Monroy Cabra, M. G. (2004). *Derecho de familia y menores*. Novena edición. Bogotá, Ediciones librería del profesional.

- Monroy Cabra, M. G. (2017) Derecho de familia, infancia y adolescencia. (16ª. Ed.). Bogotá: Editorial Librería Ediciones del Profesional.
- Moreno Mosquera, V. J., & Restrepo Tamayo, J. F. (2020). Análisis jurisprudencial de la sentencia stc-1976 de 2019 de la corte suprema de justicia de Colombia: Un caso de corrección constitucional en la filiación de crianza. En: *Estudios constitucionales*, 18(2), 363-381. Recuperado de: <https://www.scielo.cl/pdf/estconst/v18n2/0718-5200-estconst-18-02-363.pdf>
- OEA – Organización de Estados Americanos (s.f.) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Recuperado de: <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=189&IID=2>
- Oliva, A. (2006) Relaciones familiares y desarrollo adolescente. En: *Anuario de Psicología*, vol. 37, núm. 3, diciembre, 2006, pp. 209-223. Universidad de Barcelona. Barcelona, España. Recuperado de: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=97012834001>
- Ortiz, M. y Yarnoz, S. (1993). Teoría del Apego y relaciones afectivas. Servicio Editorial Universidad del País Vasco.
- Parra Benítez, M. (1997) Manual de derecho civil. Bogotá. Temis.
- Parra Benítez, J. (2017) Derecho de familia. 2ª ed. Editorial Temis.
- Puentes Gómez, A. (2014). Las familias ensambladas: un acercamiento desde el derecho de familia. *Latinoamericana de Estudios de Familia*, 6, 58-82. Recuperado de: <https://revistasoj.s.ucaldas.edu.co/index.php/revlatinofamilia/article/view/4144>
- Ruggiero, R. de (1931) *Instituciones de derecho civil*. Madrid. Editorial Reus.

- Russell, J. & Barrett, L. (1999). Core affect, prototypical emotional episodes, and other things called emotion: Dissecting the elephant. En: *Journal of Personality and Social Psychology* 76, pp. 805-819
- Sroufe, A. Waters, E. (1977). Attachment as an organizational construct. *Child Development*, 48, 1184-1199.
- Tirado Pertuz, C. A. (2020). Análisis jurisprudencial de la caracterización de la familia de crianza. En: *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 12(24), 271–289. Recuperado de: <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.12-num.24-2020-2675>
- Torrado, E. A. (2018) Los derechos de los hijos de crianza. En: *Revista jurídica Ámbito Jurídico*. 10 al 23 sept de 2018. Recuperado de: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/especiales/civil-y-familia/los-derechos-de-los-hijos-de-crianza>
- Universidad Externado de Colombia (2020) *Revista de Derecho Privado*. Bogotá. No. 39, 2020, 85-10.
- Valencia Cano, E. de J. (2011) La vigencia de la posesión notoria de estado civil de hijo extramatrimonial frente a la práctica de la prueba de ADN. En: *Revista electrónica. Facultad de derecho y ciencias políticas*. Universidad de Antioquia. Número 7. Año 2. Mayo-Agosto de 2011. Recuperado de: <https://revistas.udea.edu.co/index.php/derypol/article/download/11062/10144/33461>
- Valencia, Z. A. & Ortiz, M. A. (1995). *Derecho Civil*. Tomo V. 7ª ed. Bogotá D.C.: Temis.
- Vilchis, L. M. G. (2018). Los roles de género en la distribución de trabajo en familias homosexuales y en familias homoparentales de hombres en la ciudad de México. En: *Revista de Estudios de Género. La Ventana*, 6(48), 48–91.

Watson, D., & Tellegen A. (1985) Toward a consensual structure of mood. En:

Psychological Bulletin, 98 (2), pp. 219 - 235.

Welter, B. P. (2003) Igualdade entre as Filiações Biológica e Socioafetiva. São Paulo: En: *Revista dos Tribunais* 2003.