

Derechos a la seguridad social reconocidos en la jurisprudencia a los hijos de crianza en Colombia*

Rights to Social Security Recognized in Jurisprudence for Foster Children in Colombia

S A R A T O B A R S A L A Z A R

Abogada de la Universidad EAFIT. Especialista en Derecho de Familia de la Universidad Pontificia Bolivariana. Magíster en Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1936-398X>. Medellín, Colombia.

L I N A M A R C E L A E S T R A D A J A R A M I L L O

Abogada de la Universidad de San Buenaventura. Especialista en Derecho de Familia de la Universidad Pontificia Bolivariana. Magíster en Derecho. Docente Investigadora del Grupo de Investigación en Derecho de la Escuela de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8162-7272>. lina.estrada@upb.edu.co. Medellín, Colombia.

* Este artículo se realiza en el marco del proyecto de investigación bajo el Radicado en el Centro de Investigación para el Desarrollo y la Innovación (CIDI) Radicado 303C - 11/18- 37.

Resumen

Este artículo indaga sobre los derechos a la seguridad social reconocidos a las familias de crianza en Colombia a partir de la revisión de la jurisprudencia de las cortes colombianas. Ante la omisión del legislador para regular el tema, la Corte Constitucional ha proferido sentencias de constitucionalidad inhibitorias, al considerar que se encuentra impedida de realizar un control de constitucionalidad. No obstante, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional mediante acciones de tutela, con base en los principios constitucionales de igualdad, pluriculturalidad y solidaridad ha otorgado prestaciones económicas, con fundamento en los vínculos de afecto. Para realizar la investigación se empleó la metodología cualitativa, bajo un enfoque hermenéutico y se utilizó la técnica documental para rastrear la literatura especializada en bases de datos académicas y científicas.

PALABRAS CLAVE

Familia de crianza, derecho de familia, derecho comparado, seguridad social, prestaciones económicas.

Abstrac

The article calls into question the social security rights acknowledged for Foster families in Colombia by reviewing the colombian courts jurisprudence. Because of the lack of regulation by the legislator, the Constitutional Court has proclaimed inhibitory constitutionality sentences, by considering itself impeded to enforce constitutionality control. However, the Supreme Court of Justice, the State Congress, and the Constitutional Court by means of legal action, based on the constitutional principles of equality, pluriculturally, and solidarity, have rewarded economic benefits on the fundamentals of affective bonds. The investigation employed qualitative methodology, under a hermeneutic approach and the documental technique was used to browse the specialized literature on academic and scientific databases.

KEYWORDS

Foster family, family law, comparative law, social security, economic benefits.

1. INTRODUCCIÓN

El último censo poblacional realizado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (Dane, 2018) evidenció en Colombia cambios sociodemográficos en las nuevas formas de convivencia familiar; lo cual es acorde con el estudio realizado por World Family Map (2017), que posicionó a nuestro país como el primero en evidenciar continuos dinamismos en las estructuras familiares.

No obstante, aún falta consagración legal y reconocimiento a las nuevas realidades familiares que van más allá de los vínculos naturales o de consanguinidad, lo cual ocasiona que muchas familias deban sortear dificultades para su reconocimiento, a partir del reconocimiento de los jueces a las normas, la posibilidad de acceder a las Cortes en caso de que sus pretensiones no se acojan, y la capacidad económica para contratar un abogado para la defensa de sus derechos (Stewart, 2020).

En este contexto se encuentra la familia de crianza, la cual está cimentada en relaciones de afecto, apoyo mutuo, crianza, cuidado, dependencia económica y amor, fundamentada en los principios constitucionales de igualdad, pluriculturalidad y solidaridad.

Este artículo busca identificar los derechos a la seguridad social reconocidos a esta nueva tipología familiar, partiendo de la importancia que tienen las decisiones judiciales al otorgar derechos prestacionales que hasta la fecha no han sido regulados por el legislador.

El tema es pertinente porque estimula la discusión académica y jurídica en el derecho de familia y en la seguridad social sobre tendencias y cambios sociales e ilustra los problemas que surgen a partir del vacío legislativo a nuevas realidades familiares, por lo cual han sido las Cortes las que han ampliado el concepto de familia, reconociendo nuevas tipologías y no excluyendo las familias formadas en afectividad.

En tal sentido, se propone la siguiente estructura para abordar el problema planteado: en la primera parte se hace un estudio de los convenios y tratados internacionales, al igual que una revisión sobre el tema en Argentina que a partir de decisiones judiciales y del nuevo Código Civil y Comercial (2015) han sido un referente en América Latina para el reconocimiento de derechos a las nuevas tipologías familiares como aquellas formadas por los vínculos afectivos. En la segunda parte se presenta la fundamentación constitucional y un análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado y Corte Constitucional que amparan la protección de los derechos a la seguridad social de las familias de crianza en Colombia, a partir de los recientes cambios judiciales.

2. METODOLOGÍA

El diseño metodológico se realizó a partir de una investigación cualitativa acompañado por un enfoque hermenéutico de tipo documental, con el fin de extender y contrastar el estado de la

información, la cual se organizó a partir de la búsqueda de investigaciones sobre la temática y el análisis de la jurisprudencia. Se rastreó bases de datos académicas: Ebsco, Google Académico, Dialnet, Scielo y Lexbase, utilizando como criterio de búsqueda las palabras “familias” “crianza” y “seguridad social”, en el período comprendido entre 1994 y el 2020.

Para el análisis de las sentencias se utilizó como pregunta orientadora ¿Cuáles derechos a la seguridad social son reconocidos a los hijos de crianza en Colombia?, y se obtuvo en una primera búsqueda en la base de datos de Lex Base 107 sentencias, las cuales fueron contrastadas con las referenciadas en los artículos académicos y científicos, quedando para el estudio 32 fallos. Por cada decisión judicial se elaboró una ficha hermenéutica con la siguiente información: Datos de Identificación Hechos Derechos Vulnerados, Razón de la Decisión, Fallo, Otras sentencias referenciadas.

| | |
|----------------------------|---|
| CORTES SUPREMA DE JUSTICIA | Sala de Casación Laboral, Sentencia 17607 de 2002; Sala de Casación Laboral, Sentencia 28786 de 2007; Sala de Casación Civil, Sentencia 14680 de 2015; Sala de Casación Civil, STC6009-2018; Sala de Casación Laboral; Sentencia 1939 de 2020; Sala de Casación Civil, Sentencia 5594 de 2020. |
| CONSEJO DE ESTADO | Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia 19001-23-31-000-2008-00244-01(AC); Sentencia 05001-23-31-000-2009-00197-01(AC); Sentencia 19001-23-31-000-2001-00757-01(31252). |
| CORTE CONSTITUCIONAL | Sentencia T-217 de 1994; T-495 de 1997; T- 049 de 1999; T-586 de 1999; T- 1502 de 2000; T-292 de 2002; T-497 de 2005; T- 572 de 2009; C-577 de 2011; T-606 de 2013; T-070 de 2015; T-519 de 2015; T 074 de 2016; T- 525 de 2016; T- 705 de 2016; T- 138 de 2017; T-177 de 2017; T-316 de 2017; C-359 de 2017; T-281 de 2018; C-085 de 2019; C-188 de 2019; C-289 de 2019. |

3. NORMATIVIDAD INTERNACIONAL

Convenios y tratados internacionales

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) establece en su **artículo 16**: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y el Estado”. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) determina en su artículo 10 que a la familia se le conceder la más amplia protección y asistencia, por su papel en el cuidado y educación de los hijos.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y la Convención Americana de Derechos Humanos (1976) señalan que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y que se encuentra amparada en su protección por la sociedad y del Estado. Determina que se debe asegurar la igualdad de derechos y responsabilidades de la familia en su constitución, convivencia y disolución, adoptando disposiciones que aseguren la protección de los hijos en el evento de separación o ruptura.

Por su parte, en el preámbulo de la Convención de los Derechos de los Niños (1989) se señala que la familia es un grupo fundamental de la sociedad que permite el crecimiento y bienestar de los niños, los cuales deben recibir protección y asistencia para que asuman sus responsabilidades dentro de la comunidad.

En igual sentido, la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (1969) establece en su artículo 17 el deber de los Estados de proteger a la familia como un elemento natural y fundamental de la sociedad, reconociendo que de ella se erigen los derechos de los cónyuges a contraer matrimonio y a fundarla.

En aplicación de los mencionados tratados, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Forneron vs. Argentina* (CIDH, 2002) determinó que el paso del tiempo puede favorecer la creación de vínculos afectivos entre un niño y quien lo tenga bajo su custodia o cuidado, por lo cual el Estado debe procurar preservar el vínculo y adoptar medidas que favorezcan el bienestar de la familia.

Por otra parte, en el caso de *Atala Riffo vs. Chile* (CIDH, 2004), la Corte señaló que la Convención Americana de Derechos Humanos en el mencionado artículo 17 no determinó un modelo único ni tradicional de familia, y que si se impusiera uno, configuraría una injerencia arbitraria a la vida privada, por el impacto que pueda tener en un núcleo familiar.

Igualmente, en el caso de *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica* (CIDH, 2012), la Corte protegió el derecho a fundar una familia a través de métodos de planificación familiar y métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos, conforme a las posibilidades ofrecidas por las diversas técnicas de reproducción asistida.

Las familias de crianza en Argentina

El Código Civil y Comercial de Argentina (2015) reconoce un derecho familiar en plural y no en singular; esto significa que no existe un modelo universal o inmutable de familia. Para Kemelmajer (2014), este cambio ha sido posible por decisiones judiciales que crearon un marco regulatorio para las nuevas necesidades sociales u opciones de vida que el derecho no puede ignorar.

Según lo expresado por la autora, las relaciones familiares actuales ya no solo están basadas en los vínculos biológicos; la afectividad es reconocida como una nueva forma de parentesco, a la que

se ha llamado “parentesco social afectivo”, que reconoce la relación entre dos personas que no tienen relación consanguínea pero desarrollan relaciones como si fueran parientes. De allí que el Código regula la figura del “progenitor afín” en los artículos 672 al 676, a partir de la denominada “familia ensamblada”, originada por el matrimonio o la convivencia de pareja, cuando se tienen hijos nacidos con anterioridad a la unión.

Para Puentes (2014), estas familias hacen parte de las nuevas dinámicas familiares a partir de los cambios demográficos que afectan a las sociedades. Por su parte, Davison (2014) argumenta que estos cambios se han incluido en el Código Civil y Comercial de Argentina al establecer derechos y deberes al “progenitor afín”, lo cual para Contreras (2006) genera una obligación “subsidiaria” en el derecho de alimentos y visitas cuando los padres no cumplan o lo hagan de manera insuficiente.

En relación a los derechos a la seguridad social, Gaitán (2012) plantea que el ordenamiento jurídico argentino ha reconocido derechos a los hijos afines, asimilándolos con los hijos biológicos. En este sentido, la Ley 24.241 (1993) asignó con carácter alimentario el beneficio de pensión, por lo cual, concluye el autor, dichos hijos son beneficiarios de este derecho, en razón de que los padres y los hijos afines tienen obligaciones recíprocas de alimentos.

Existen decisiones judiciales que reconocen la pluriparentalidad o multiparentalidad –hasta el momento en Argentina de triple filiación– que reclaman un reconocimiento legal, es decir, la posibilidad de que un niño establezca vínculos con más de dos progenitores, lo cual impacta en el ejercicio de la responsabilidad parental y en los derechos en la seguridad social (Bladilo, 2019).

Un ejemplo es la sentencia de la magistrada Mariana Josefina Rey Galindo del Juzgado de la Localidad de Monteros, Provincia de Tucumán, que ha sido referente en el reconocimiento de la filiación socioafectiva de una niña para que tuviera en su acta de nacimiento con dos papás y una mamá. En el 2019, la juez también había fallado a favor de un adolescente que solicitaba llevar los apellidos de la familia que lo había cuidado, conformada por su tía y su esposo.

Voy a reconocer legalmente ese derecho a tener a tus papás en los papeles (a los dos) y a reconocer el derecho a vivir de esa forma y en familia. Esto quiere decir que voy a hacer que el Estado registre en tu acta de nacimiento a Roberto además de Jorge y Lucía. A los tres: con lo cual vos vas a tener en los papeles (acta) dos papás y una mamá. Y con eso, ellos tres tienen los mismos derechos y obligaciones (ellos con vos y vos con ellos) (...). (Poder Judicial de Tucumán, 2020)

Otro caso similar lo falló la jueza Ana María Carriquiry del Juzgado de Familia N°. 2 de Oran (Salta) quien permitió que un niño de dos años, huérfano de madre, tuviera una pluripaternidad de su padre biológico y el de crianza. La decisión se fundamentó en el amor de ambos padres, la pérdida de su madre al nacer y el impacto que tendría para el niño una decisión que desconociera el vínculo socioafectivo.

Además de tu mamá, tenés dos papás. ¿Cómo puede ser posible esto? También por amor. Los dos te aman por igual y son tus papás. Uno de ellos es tu papá genético, biológico. El otro papá es el que se ocupó de vos durante tus primeros años de vida en forma exclusiva; él te reconoció como hijo, te tuvo con vos y te ama, por eso es tu papá socioafectivo. (Carriquiry, 2021)

Para Bladio (2019), la pluriparentalidad puede asumirse desde tres opciones a nivel normativo: regulación, prohibición o silencio. Sugiere su regulación para reconocer la igualdad entre los progenitores y los hijos, y el derecho a la filiación de los niños. El prohibirla o silenciarla genera estigmatización y las condena a batallas judiciales para el reconocimiento de sus derechos.

4. LA FAMILIA DE CRIANZA EN COLOMBIA

Frente al reconocimiento de los derechos a la seguridad social a las familias de crianza en Colombia, la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado en sus sentencias han amparado sus derechos como nueva tipología familiar con fundamento en los principios de solidaridad, igualdad, el apoyo mutuo pluriculturalidad, entre otros.

Se fundamenta en el principio de pluralidad del artículo 7 de la Constitución Política, que identifica a las familias desde sus identidades y respeta las diversas formas de constitución, contrario a identificar un concepto único, excluyente y prevalente de familia.

El principio de igualdad la Corte Constitucional lo ha desarrollado refiriéndose al régimen pensional en la Sentencia T- 316 de 2017, la cual ampara a las familias de crianza en igualdad de condiciones a las demás tipologías de familia, siempre que cumplan los requisitos de la Sentencia T- 705 de 2016, la cual se explicará más adelante.

Con respecto al principio de solidaridad, la Corte Constitucional la fundamenta en el artículo 67 del Código de Infancia y Adolescencia, al reconocer que un niño puede estar bajo el cuidado y la custodia de terceros que asumen un apoyo emocional y material, y que al separarlos bajo una medida de restablecimiento de derechos podría generar riesgos y vulnerabilidades por los vínculos afectivos creados entre ellos (Corte Constitucional, Sentencia T- 580A/2011).

De igual manera, en la Constitución Política en el artículo 95 numeral segundo consagra el principio de solidaridad, determina que todo colombiano debe actuar ante situaciones que pongan en peligro la vida o salud de las personas. La familia de crianza que garantice un desarrollo emocional, físico y social para el niño, el Estado debe garantizar su protección en aplicación del interés superior del niño.

En este sentido, la Corte Constitucional ha fundamentado el principio de solidaridad en las sentencias T- 074 de 2016, T- 705 de 2016 y T- 525 de 2016. En este último fallo destaca la protección constitucional de las familias de crianza y que al cumplirse los requisitos establecidos en la sen-

tencia T- 705 de 2016 se podría acceder en igualdad de condiciones, derechos y prestaciones que las demás familias amparadas por el Estado.

En este sentido, la Sentencia T- 705 de 2016, considerada la sentencia hito por la doctrina, reconoce los derechos a la seguridad social a la familia de crianza, en cumplimiento de los siguientes requisitos: 1) existencia de vínculos afectivos, respeto, solidaridad y de todos aquellos elementos que hacen propicia la vida familiar; 2) desvinculación con el padre o madre biológicos en los vínculos afectivos y económicos, por ejemplo, cuando hay desinterés en proveer las necesidades económicas de los hijos.

Por otra parte, mediante Sentencia T- 074 de 2016 se desarrolló el concepto de co- padre de crianza, para incluir a aquellos hijos que conviven o tienen una relación estable con sus padres biológicos, y con otra persona denominado co-padre que en virtud del principio de solidaridad asume las obligaciones que corresponden a los padres biológicos y establecen lazos de afecto y protección con el niño, suministrando lo necesario para su sostenibilidad vital. Por lo tanto, nada obsta para que un hijo de crianza tenga a sus padres biológicos y de crianza, y no se exige que el lazo con los primeros sea inexistente o esté deteriorado.

De esta suerte, en cumplimiento de las anteriores sentencias, se determina entonces los requisitos para la exigibilidad de los derechos de seguridad social a las familias de crianza o de hecho, en igualdad frente a las familias conformadas bajo vínculos de sangre o adoptivos.

Reconocimiento de derechos de la seguridad social a las familias de crianza en la jurisprudencia colombiana

Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia inicia el reconocimiento de los derechos a la seguridad social a los hijos de crianza, requiriendo la comprobación real y no aparente de la relación filial de asumir las responsabilidades como padres e hijos, con carácter de permanencia. Igualmente, se debe demostrar la dependencia económica respecto del causante, pues es la que genera la necesidad de protección en la seguridad social (Corte Suprema de Justicia, 2002).

Posteriormente, en Sentencia 28786 de 2007, la Corte niega la pensión de sobrevivientes a los hijos de crianza, al considerar que no cumplía con el requisito de parentesco exigido por el parágrafo del artículo 13 de la Ley 797 de 2003 (Corte Suprema de Justicia 2007).

En este mismo sentido, en sentencia de 2015, una madre de crianza solicitó ser beneficiaria de la pensión de sobrevivencia de su hijo soldado del Ejército nacional, pero la Corte desestimó sus pretensiones al señalar que el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 no contemplaba la familia de crianza, solo para aquellas familias conformadas por los vínculos del matrimonio, adopción y unión marital

de hecho. Concluye que no se puede otorgar un beneficio a quien no tiene la calidad de progenitor como lo define el Código Civil, es decir, a partir de vínculos consanguíneos o de adopción.

Sin embargo, la Corte cambia su postura al analizar el caso de una mujer que solicitó ante el juez de familia que declarara su calidad de hija de crianza, el cual fue denegado, por considerar que esta nueva tipología de familia no estaba regulada en la Ley, ni tampoco se encontraba prevista en un procedimiento judicial.

Para la Corte, el argumento utilizado por el juez que falló el caso en primera instancia afectó el derecho a una tutela judicial efectiva, al reconocer que en el ordenamiento jurídico y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado la familia no solo es aquella constituida a partir de vínculos biológicos o jurídicos, sino también por los vínculos de solidaridad, amor, respeto y protección (Corte Suprema de Justicia, 2018).

En providencia de 2020 (Corte Suprema de Justicia, 2020a), la Corte en el análisis de un caso de reconocimiento de pensión de sobrevivientes, señaló que si bien la familia de crianza no se encuentra regulada en la Ley, el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 y la jurisprudencia han determinado un alcance del concepto de “miembro del grupo familiar”, el cual incluye a los hijos de crianza, y que en armonía con la protección de los derechos de los niños, se requiere su protección en las disposiciones de la seguridad social.

En esta sentencia se mencionaron como requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes los siguientes: 1) relación de hecho con la familia de crianza, diferente a la biológica o civil; 2) vínculos de afecto y protección, relacionadas con las obligaciones previstas a la familia en el artículo 39 de la Código de Infancia y Adolescencia para asegurarles condiciones óptimas para su adecuado desarrollo; 3) reconocimiento de vínculos en el ámbito social como padre y/o madre e hijos; 4) término razonable que permita evidenciar dichos vínculos afectivos; 5) dependencia económica, como elemento que permita identificar que ante la falta de quien ejerce los roles como padre o madre, ante su muerte, el hijo se encuentre en una situación de desprotección en su mínimo vital.

En este mismo año (2020) la Corte analizó un caso sobre los beneficios laborales en Ecopetrol y determinó que la actora debía acudir ante los jueces de familia y realizar un proceso declarativo como hija de crianza, para que tuviera implicaciones en el estado civil, y así generar derechos y obligaciones entre padres e hijos, toda vez que el vínculo de crianza se ha reconocido por vía jurisprudencial pero no está prevista aún en la ley como parentesco (Corte Suprema de Justicia, 2020b).

Jurisprudencia del Consejo de Estado

El Consejo de Estado ha amparado bajo el principio de pluralismo a la familia de crianza, otorgando el derecho a la pensión de sobreviviente, al considerar que el derecho debe ajustarse a las

realidades jurídicas, para proteger a las relaciones familiares que no están unidas exclusivamente por vínculos jurídicos o naturales, sino en virtud de los lazos de afecto, solidaridad, respeto, protección y asistencia.

Desde 2008, el Consejo de Estado ha reconocido derechos a la seguridad social a partir del análisis del fallecimiento de soldados profesionales en combate. Este año otorgó una pensión de sobreviviente a un abuelo que asumió el cuidado y sustento económico de su nieto que pertenecía al Ejército Nacional de Colombia. Consideró que este asumió las obligaciones de cuidado y sustento económico, por lo cual le otorgó la calidad de padre de crianza (Consejo de Estado, 2008).

En igual sentido, en sentencia del de 2009, reconoció la pensión de sobrevivencia a los padres de crianza de un soldado también fallecido en combate, argumentando que la institución de la familia la conforman también aquellos en los que no concurren los vínculos biológicos o civiles, pero que se evidencia en el análisis probatorio las relaciones de hecho y los lazos de solidaridad y apoyo mutuo como miembros de una familia (Consejo de Estado, 2009).

Para 2013, el Consejo de Estado reconoce el derecho a un padre de crianza que reclama al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) la indemnización de perjuicios ocasionados por la muerte de su hijo al morir en un centro de reclusión. En esta oportunidad, esta Corte reconoce que la familia está fundamentada en el amor, el afecto, la solidaridad y la protección, más allá de considerarla desde los vínculos de sangre que se encuentran representados en un nombre y apellidos (Consejo de Estado, 2013).

Jurisprudencia de la Corte Constitucional

La Corte Constitucional en la Sentencia T-495 de 1997 analiza el caso de un soldado fallecido en servicio y determinó que se debía reconocer a sus padres de crianza los mismos derechos que a los padres biológicos o adoptivos, toda vez que el comportamiento, acompañamiento y apoyo mutuo entre los padres e hijos de crianza revelan “una voluntad inequívoca de conformar una familia”.

Así mismo, en Sentencia T- 049 de 1999 la Corte resaltó que el concepto de familia debe ampliarse incorporando a personas no vinculadas por lazos de la consanguinidad y que permitan a los niños su desarrollo físico, moral, intelectual y psíquico.

En Sentencia T-586 de 1999 la Corte analiza el caso de una menor en calidad de “hijastra” de una unión marital de hecho y determinó que tiene derecho a recibir el pago del subsidio familiar en dinero, toda vez que el constituyente prohibió cualquier tipo de discriminación en razón del vínculo familiar.

En 2004 la Corte en la Sentencia T- 292 falló el caso de un niño separado de su familia de crianza, con la cual había desarrollado lazos de afecto, protección y amor. Para la Corte, es importante eva-

luar las implicaciones y repercusiones de las medidas adoptadas frente a los niños para que no se desmejoren sus condiciones de vida. En este sentido, los niños son sujetos de especial protección y es primordial la solidaridad social y el Estado no puede generar obstáculos a quien los protege en cumplimiento del deber constitucional de solidaridad.

Por otra parte, en la Sentencia T- 497 de 2005, la Corte determinó que cuando un niño se ha separado de su familia biológica para ubicarlo al cuidado de una familia de crianza y con esta se generan vínculos afectivos de amor y cuidado, la protección constitucional del derecho a tener una familia y no ser separado de ella se traslada para la de crianza, porque ha permitido su desarrollo integral, en aplicación del principio del interés superior del niño.

En la Sentencia T- 572 de 2009 la Corte precisa que el concepto de familia desde ser entendido bajo el principio del pluralismo, de tal suerte que, en una sociedad plural como Colombia, no existe un concepto único y excluyente de familia, identificando a esta última únicamente con aquella surgida del vínculo matrimonial.

Con respecto al concepto de familia, la Sentencia C-577 de 2011, la Corte reconoce a la familia de crianza como aquella tipología familiar en la que se desarrollan vínculos afectivos entre los niños y su integrantes y que inclusive puede prevalecer en aplicación al interés superior del niño.

En 2013, mediante la Sentencia T- 606, la Corte concluyó que “toda norma que establezca una discriminación basada en el origen familiar es contraria a la Constitución”; de esta manera, esta Corte resguarda los derechos de la familia de crianza, tomando como fundamento el artículo 42 constitucional, a partir del análisis de los beneficios de la Convención Colectiva de Ecopetrol en el régimen de excepción de salud a una hija de crianza como beneficiaria. En este mismo sentido, en la Sentencia T-519 de 2015 la Corte ordenó a Ecopetrol S.A. que reconociera los derechos de las hijastras de uno de sus trabajadores con el fin de que gozaran de los beneficios convencionales a nivel educativo y de prestación de servicios de salud, siempre que se probara las relaciones de afecto, respeto y asistencia entre sus miembros.

En Sentencia T-070 de 2015, la Corte concedió el derecho a la educación a los hijos de crianza, toda vez que la igualdad que se predica entre estos y los hijos biológicos y adoptivos se hace extensiva a todos los aspectos de la vida, incluyendo la educación, por lo cual su protección y promoción garantiza un adecuado nivel de vida.

Aunado a lo anterior, en Sentencia T- 705 de 2016 se analizó el reconocimiento de auxilios económicos educativos para los hijos de crianza. Para la Corte, la categoría de “hijo de crianza” es de origen jurisprudencial, toda vez que la Ley solo señala como formas de filiación la matrimonial, extramatrimonial o adoptiva. El vínculo que se genera con los hijastros está amparado en la cotidianidad a partir de los lazos de afecto, solidaridad y ayuda mutua. Para la Corte, en estos casos se

requiere un pleno convencimiento de los lazos familiares entre la familia de hecho, un deterioro o ausencia de la familia biológica y un material probatorio que permita evidenciarlo, por las consecuencias jurídicas que se generan.

Por ejemplo, en la Sentencia T- 074 de 2016 un ciudadano, en representación de su hijo menor, tenía como pretensión que se le protegieran los derechos fundamentales de la seguridad social. El ciudadano padecía de una discapacidad física que llevó a que las posibilidades de encontrar un empleo en condiciones dignas se vieran limitadas, por lo que fue el abuelo paterno del niño quien se hizo cargo de su sostenimiento hasta su fallecimiento. En esta providencia la Corte señala que en este caso no existe un reemplazo para la figura padre / madre de manera absoluta, debido a que la persona que asume como propias las funciones paternas actúa según el principio de solidaridad convirtiéndose en un “co-padre de crianza, por asunción solidaria de la paternidad del menor”. Por último, la Corte concluye que se derivan las mismas consecuencias jurídicas para las familias conformadas por un co-padre de crianza como para las biológicas y las legales en lo referente a acceso a beneficios prestacionales.

Al respecto se evidencia que esta Corte desarrolla el concepto de “co-padre de crianza” para proteger los derechos de las familias de crianza, lo cual permite concluir que se ha venido protegiendo a estas familias. Sin embargo, es importante advertir que se trata de sentencias de tutela, es decir, sentencias con efectos inter partes y que son importantes para los efectos *erga omnes*, sentencias constitucionales o de unificación, además la necesidad de la regulación por el órgano legislativo.

En otra decisión, la Corte en la Sentencia T-177 de 2017 la Corte reconoce que los hijos de crianza tienen derecho a su inclusión en el subsistema de salud del magisterio, en calidad de beneficiarios de los docentes cotizantes encargados de su cuidado; de lo contrario se desconocerían los principios de igualdad, solidaridad, acceso al sistema de seguridad social y los derechos fundamentales de protección que deben garantizársele a los niños como sujetos de especial protección.

Para la Corte, de conformidad con la Constitución Política, no es posible realizar distinciones entre los hijos, toda vez que existe igualdad entre todos los integrantes de la familia, principio absoluto que no admite ningún tipo de diferenciación o discriminación. En sintonía a lo anterior, la Corte Constitucional en la Sentencia T- 1502 de 2000 determinó: “La cobertura familiar en el Sistema de Seguridad Social es un derecho que le asiste todos los miembros de la familia sin distinción alguna, toda vez que es indiferente como se constituye la misma”.

Por otra parte, en Sentencia T- 138 de 2017, la Corte nuevamente reconoce los derechos de la seguridad social de los hijos de crianza, específicamente la pensión de sobrevivencia; lo hace en virtud de los requisitos establecidos en Sentencia T- 705 de 2016, los cuales fueron enunciados anteriormente, bajo la protección de los principios constitucionales de igualdad y solidaridad.

En igual sentido, en las sentencias T- 525 de 2016 y T- 316 de 2017 la Corte realiza un análisis de los criterios para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en el caso de la familia de crianza, y concluye que sí hay lugar a dicha prestación económica en condiciones de igualdad a todos los derechos que el Estado colombiano otorga a las demás familias.

Por su parte, en Sentencia T-281 de 2018 la Corte reconoce a los hijos de crianza como beneficiarios de la sustitución pensional, pronunciándose sobre el concepto amplio y dinámico de familia y el reconocimiento de los derechos pensionales en virtud de la protección constitucional de la familia.

Sentencias Inhibitorias de la Corte Constitucional

En la Sentencia [C- 359 de 2017](#), la Corte estudió una demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 13 de la [Ley 797 de 2003](#), al solicitar la inclusión a las familias de crianza como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes. En su decisión, la Corte determinó que el accionante buscaba aumentar los beneficiarios de dicha prestación económica, aspectos que escapaban de su competencia, al configurarse una omisión legislativa absoluta.

Bajo este mismo argumento, en la Sentencia C- 289 de 2019, el accionante pretendía la inclusión del hijo de crianza como beneficiario del subsidio familiar en dinero, previsto por el artículo 3 de la [Ley 789 de 2002](#), pero la Corte reiteró su argumento de presentarse una omisión legislativa absoluta en la norma, asunto que estaba por fuera de la competencia de la Corte.

Por otra parte, en Sentencia C- 188 de 2019 se demandó el literal h) del artículo 163 de la [Ley 100 de 1993](#), modificado por el artículo 218 de la [Ley 1753 de 2015](#), [debido a que no incluía a las familias de crianza](#). Dicha disposición establece que ante la ausencia de cónyuge, compañera o compañero permanente e hijos, los padres del afiliado que no estén pensionados y dependan económicamente de este serán beneficiarios del régimen contributivo de salud en calidad de miembros de su núcleo familiar. Al respecto la Corte se declaró inhibida, argumentando que se encontraba nuevamente una omisión legislativa absoluta, por lo cual no podría realizar el control de constitucionalidad.

4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

- ▶ El reconocimiento de derechos de la seguridad social a las familias de crianza en Colombia se ha realizado principalmente mediante la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la cual ha desarrollado una serie de requisitos a partir de sentencias de tutela. Sin embargo, ha determinado que ante la falta de regulación normativa de sus derechos se configura una omisión legislativa absoluta, por lo cual no es posible realizar el un control de constitucional a las normas demandadas como inconstitucionales.
- ▶ Se sugiere tener un criterio unificado en la jurisprudencia respecto a que aquellos hijos de crianza cuyos vínculos con sus padres biológicos sean inexistentes podrán reclamar el derecho

a la pensión de sobrevivientes de los padres de crianza, toda vez que no existe vínculo real con sus padres biológicos. No obstante lo anterior, el concepto de co-padre de crianza aparece varios retos para el sistema de seguridad social en pensiones, porque este concepto abre las puertas para que un hijo tenga vínculos con sus padres biológicos y los de crianza y pueda reclamar la pensión de sobrevivientes de ambos si demuestran que cumplen con los requisitos exigidos por la Corte Constitucional en sentencias T- 074 de 2016 y T- 705 de 2016, lo que puede representar un riesgo para la estabilidad financiera del sistema de pensiones.

- ▶ Si bien la Corte Constitucional en sentencias T- 074 de 2016 y T- 705 de 2016 se ha referido específicamente a la pensión de sobrevivencia, nada obsta para que haga extensivo, en virtud del principio de igualdad, el resto de prestaciones del sistema de seguridad social en pensiones con la finalidad de proteger a las familias de crianza; es necesario un pronunciamiento desde una sentencia de control de constitucional para que sus efectos sean *erga omnes*.
- ▶ Aunque el reconocimiento de derechos de la seguridad social a las familias de crianza en Colombia se fundamenta en principios de igualdad, pluriculturalidad y solidaridad, no puede dejarse de lado el principio de sostenibilidad financiera consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política, principio que establece que la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se suministrará bajo la dirección, coordinación y control del Estado y se debe garantizar a todos los habitantes.

El principio de sostenibilidad financiera, en primer lugar, no debe ser una razón para desconocer derechos fundamentales como es el derecho a la pensión, porque este debe ser garante de todo un conjunto de acciones reguladas que conduzcan al disfrute de los derechos y garantías constitucionales como lo es la pensión y una vida en condiciones dignas. Por lo tanto, el legislador debe establecer claramente unos requisitos que permitan a estas familias acceder a dicha pensión, pero, al permitirse reclamar la pensión de sobrevivientes de los padres de crianza y los biológicos, podría representar un riesgo el sistema, por lo cual se proponen mecanismos eficaces y eficientes la ocurrencia de posibles fraudes al sistema.

Se recomienda realizar estudios por parte de las administradoras de pensiones públicas y privadas, de forma conjunta con la academia y la rama judicial, que propendan por la realización de una ley encaminada a resguardar los derechos constitucionales de las familias de crianza, para así determinar el trámite o proceso para su declaración y asegurar las prestaciones económicas en los Derechos de Familia, Laboral y de la Seguridad Social. La regulación normativa brindará seguridad jurídica y protección a la familia; el no tenerla hará que se continúe en la lucha para que sus derechos, obligaciones propias del estado civil y el reconocimiento de prestaciones sociales, lo que genera un espacio simbólico de protección sólo a aquellas que se encuentran amparadas por la Ley.

REFERENCIAS

- Bladilo, A. (2019). Familias pluriparentales: donde tres (¿o más?) no son multitud. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 38, 135-158. <https://doi.org/10.15366/rjuam2018.38.005>.
- Carriquiry, A.M^a. (2021). Carta al Querido P. <https://www.lanacion.com.ar/sociedad/multiplicar-el-amor-la-conmovedora-historia-detras-del-fallo-que-aval-la-pluripaternidad-de-dos-nid21042022/>
- Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas [DANE] (2018). *Resultados Censo Nacional de Población y Vivienda 2018*. <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/demografia-y-poblacion/censo-nacional-de-poblacion-y-vivenda-2018>
- Contreras (2016). Familias ensambladas, aproximaciones histórico-sociales y jurídicas desde una perspectiva constructorista y una mirada contextual. *Revista Portularia*. 6 (2). <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=161017317007>
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm
- Congreso de la República Argentina. Nuevo Código Civil y Comercial Unificado de Argentina (2015). Ley 26.994
- Congreso de la Nación República Argentina. Ley Nacional del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones (1993). Ley 24.241.
- Congreso de la República (1993). Ley 100, por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social.
- Congreso de la República (2006). Ley 1098, por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia.
- Congreso de la República (2002). Ley 1753, por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 "Todos por un nuevo país".
- Congreso de la República (2003). Ley 797, por la cual se reforman algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales Exceptuados y Especiales.
- Consejo de Estado (2008). Sentencia 19001-23-31-000-2008-00244-01, C.P. Ligia López Díaz.
- Consejo de Estado (2009). Sentencia 05001-23-31-000-2009-00197-01, C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia.
- Consejo de Estado (2013). Sentencia 19001-23-31-000-2001-00757-01, .P. Enrique Gil Botero.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2004). Atala Riffo y niñas vs. Chile. Serie C N°. 239.
- Corte Constitucional (1994). Sentencia T-217, M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional (1997). Sentencia T-495, M.P.. Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional (1999). Sentencia T-049, M.P.. José Gregorio Hernández.

- Corte Constitucional (1999). Sentencia T-586, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.
- Corte Constitucional (2000). Sentencia T 1502, M.P. Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional (2002). Sentencia C-292, M.P. Jaime Araujo Rentería.
- Corte Constitucional (2004). Sentencia T-292, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- Corte Constitucional (2005). Sentencia T-497, M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional (2009). Sentencia T-572, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- Corte Constitucional (2011). Sentencia C-577, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- Corte Constitucional (2013). Sentencia T-606, M.P. Alberto Rojas Ríos.
- Corte Constitucional (2015). Sentencia T-519, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- Corte Constitucional (2015). Sentencia T-070, M.P. Martha Victoria Sachica Méndez
- Corte Constitucional (2016). Sentencia T 525, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.
- Corte Constitucional (2016). Sentencia T 074, M.P. Alberto Rojas Ríos.
- Corte Constitucional (2016). Sentencia T-705, M.P. Alejandro Linares Cantillo.
- Corte Constitucional (2017). Sentencia T-177, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.
- Corte Constitucional (2017). Sentencia T 138, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.
- Corte Constitucional (2017). Sentencia T-316, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.
- Corte Constitucional (2017). Sentencia C-359, M.P. José Antonio Cepeda Amarís.
- Corte Constitucional (2018). Sentencia T-281, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.
- Corte Constitucional (2019). Sentencia C 188, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.
- Corte Constitucional (2019). Sentencia C-289, M.P. Carlos Bernal Pulido.
- Corte Constitucional (2019). Sentencia C-085, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia 17607 de 2002. (M.P. Francisco Escobar Henríquez, 6 de mayo de 2002).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia 28786 de 2007. (M.P. Isaura Vargas Díaz, 14 de agosto de 2007)
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia 14680 de 2015 (M.P. Ariel Salazar Ramírez; 23 de octubre de 2015)
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. STC 6009-2018 (M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo; 9 de mayo de 2018).

- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia 1939 de 2020 (M.P. Gerardo Botero Zuluaga; 03 de junio de 2020a).
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia 5594 de 2020 (M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo; 14 de agosto de 2020b).
- Davinson, D (2014). *Tus hijos, mis hijos, nuestros hijos*. Argentina. Editorial Bubok.
- Gaitán, J (2012). *Familias ensambladas*. Argentina: Universidad Empresarial Siglo 21.
- ICBF (2020). *Lineamiento Técnico Administrativo del Programa de Adopciones*. <https://www.icbf.gov.co/lineamiento-tecnico-administrativo-del-programa-adopciones-v4>.
- Jefatura de Estado (2003). Ley 40, de protección a las familias numerosas.
- Jefatura de Estado (2000). Ley 4, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.
- Kemelmajer, A. (2014). Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014. *Revista Jurídica la Ley*. <https://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/01/Doctrina403.pdf>
- Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Decreto 1192 de 2012, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a Fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud.
- Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Decreto Legislativo 8 de 2015, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.
- Organización de las Naciones Unidas (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*.
- Organización de las Naciones Unidas (1966). *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*.
- Organización de las Naciones Unidas (1966). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*.
- Organización de Estados Americanos (1976). *Convención Americana de Derechos Humanos*. Organización de las Naciones Unidas (1989). *Convención de los Derechos de los Niños*.
- Poder Judicial de Tucumán (2020). Juicio L.F.F. c/. S.C.O. s/ Filiación. Expediente Nro.659/17. <https://www.perfil.com/noticias/sociedad/tenes-derecho-a-conservar-tus-dos-papas- emotivo-fallo-jueza-tucuman-mariana-rey-galindo.phtml>
- Puentes, A. (2014) Las familias ensambladas: Un acercamiento desde el Derecho de Familia. *Revista Latinoamericana de Estudios de Familia*, 6, 58-82.
- Stewart, S. (2020). Stepfamily policies and laws in the United States: Lessons from de West. *Journal of family Issues*, 891-912. <https://doi.org/10.1177/0192513X20918429>
- World Family Map (2017). *Mapping Family Change and Child Well-Being Outcomes*. New York: Institute Family Studies.