



Conflicto Jurídico entre la legislación y la jurisprudencia con relación a la pensión de sobrevivencia de los hijos de crianza

Paola Andrea Bonilla Román
Código 40201417740

Director de Tesis: DR. Wilson Nieto

Universidad de Manizales
Facultad de Ciencias Jurídicas
Escuela de Derecho
Manizales, Octubre de 2018

Contenido

	Pág.
Resumen	
Palabras Clave	
Abstract	
Keywords	
Introducción	6
Estado del arte o antecedentes	7
Planteamiento del problema	12
Pregunta de investigación	14
Justificación	15
Objetivos	17
Objetivo General	
Objetivos Específicos	
Marco Teórico	18
La Familia en la Constitución de 1991	18
Parentesco en Colombia	18
Filiación.	19
Pensión de sobrevivientes	20
Metodología	23
Tipo de investigación	23
Método	24
Enfoque	24
Técnicas de recolección de información	24

Resultados	25
Capítulo 1. Concepto de familia e hijo de crianza en la jurisprudencia colombiana.	25
Capítulo 2. Criterios Legislativos Vrs Pronunciamientos Jurisprudenciales, relacionados con la pensión de sobrevivencia de los hijos de crianza	36
Capítulo 3. Conflicto Jurídico suscitado entre la legislación y la jurisprudencia con relación a la pensión de sobrevivencia de los hijos de crianza.	41
Conclusiones	44
Referente bibliográfico	46

Resumen

La presente investigación tiene por eje problematizador, el conflicto jurídico entre la legislación y la jurisprudencia con relación a la pensión de sobrevivencia de los hijos de crianza.

La metodología utilizada fue de tipo cualitativo, con un método inductivo, enfoque descriptivo, con énfasis en lo socio jurídico. La técnica de recolección de información fue la revisión documental.

Entre los principales resultados, se destaca:

La familia de crianza es considerada como una forma de familia de hecho, por tanto, cuenta con los derechos, contemplados en el artículo 42 de la Constitución Política.

El conflicto jurídico entre la legislación y la jurisprudencia con relación a la pensión de sobrevivencia de los hijos de crianza, radica en la exclusión de éstos últimos del sistema de seguridad social.

La exclusión de los hijos de crianza del beneficio pensional de sobrevivencia, denota el desconocimiento del derecho sustancial sobre el formal.

Palabras Clave: Familia de crianza, hijo de crianza, pensión de sobrevivencia, conflicto jurídico, vínculo afectivo, consanguinidad, adopción.

Abstract

The present investigation has as problematic axis, the legal conflict between the legislation and the jurisprudence with relation to the survival pension of the foster children.

The methodology used was of a qualitative nature, with an inductive method, a descriptive approach, with an emphasis on the legal partner. The technique of gathering information was the documentary review.

Among the main results, it stands out:

The foster family is considered as a de facto family form, therefore, it has the rights contemplated in article 42 of the Political Constitution.

The legal conflict between legislation and jurisprudence in relation to the survival pension of foster children, lies in the exclusion of the latter from the social security system.

The exclusion of the foster children from the pension benefit of survival, denotes the lack of knowledge of the substantial right over the formal one.

Keywords: Parenting family, foster child, survivor's pension, legal conflict, affective bond, consanguinity, adoption.

Introducción

El presente informe final de investigación denominado “Conflicto Jurídico entre la legislación y la jurisprudencia con relación a la pensión de sobrevivencia de los hijos de crianza”, tiene por énfasis analizar una problemática que cada vez más hace presencia en el contexto colombiano, dadas las características contextuales del país, va en aumento el número de niños, niñas y adolescentes que están siendo criados por personas ajenas a su familia de origen, pero que encuentran la protección, cuidado, garantía de derechos en la familia de crianza como si fuera en la propia.

Empero se evidencia un conflicto jurídico entre lo legislativo y lo jurisprudencial al momento de la aplicación al beneficio de la pensión de sobreviviente a los hijos de crianza, porque en el sistema de seguridad social y en el código civil, se establecen como requisitos vínculos formales tales como el consanguíneo o civil, más no los afectivos que son los que prevalecen entre padres de crianza e hijos de crianza.

A continuación el lector encontrará, una primera parte donde se da a conocer la problematización de la realidad, a través de lo expuesto en el estado del arte, planteamiento del problema, con la respectiva pregunta de investigación, la justificación y los objetivos.

De igual manera, hay un apartado donde se explicitan los soportes teóricos y metodológicos del estudio.

En el capítulo de resultados, se da respuesta a cada uno de los objetivos específicos propuestos. Luego las conclusiones y el referente bibliográfico.

Se espera que el contenido del presente documento sea del agrado de los lectores pero sobre todo que convoque a pensar - repensar la realidad social y jurídica, en la cual se encuentran inmersas las diversas formas de familia que existen y que surgirán en generaciones futuras, lo que sin lugar a dudas debe ser motivo de indagación, acercamiento, conocimiento e intervención en el ejercicio profesional de los abogados y abogadas.

Estado del arte o antecedentes

Como punto de partida para la estructuración del presente proyecto, se hizo revisión de estudios que se han hecho con relación al tema. Así las cosas, se encontró que:

- La pensión de sobrevivientes para los hijastros o hijos de crianza en Colombia. Los autores Myriam Fernanda Abadía Vallejo y Libardo de Jesús Quintero Calvache, centraron la investigación en los criterios de la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el derecho a la pensión de sobrevivientes de los hijos menores de edad o inválidos, propios de cada cónyuge o compañero (a) permanente, que los integran a la familia reconstruida.

Desde lo metodológico, el estudio se enmarca en un enfoque cualitativo con énfasis en lo jurídico propositivo. Las fuentes primarias fue la jurisprudencia constitucional, sobre todo en lo que respecta a la Sentencia C – 577 de 2011, que estudió la exequilidad del artículo 113 del Código Civil, como pronunciamiento que aglutina los conceptos de familia, tipologías, evolución conceptual; así como otras sentencias en las que se reconoce el derecho a los hijastros en el sistema general de seguridad.

Entre los principales resultados que arrojó el estudio en mención, se tiene:

- Señalan los autores que no hay una sola definición de familia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, lo que denota lo dinámico que es el universo jurídico al respecto, por lo que se evidencia que retoman lineamientos propios de otras áreas del conocimiento como la sociología y la psicología.

- Inicialmente la pensión de sobrevivientes, como medio de protección a la familia, le reconoció el beneficio a los hijastros (as) o hijos de crianza menores de edad, al momento, el Derecho no generaba un problema para esta clase de niños, los protegía de tal manera que estaban en igualdad de condiciones a los niños adoptados o consanguíneos del afiliado o pensionado que fallece. El problema surge con la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003,

que excluye a dicha población por la no existencia de un vínculo consanguíneo o civil, acorde a lo manifiesto por el Código Civil, quedando por fuera del derecho a la pensión de sobreviviente (Abadía Vallejo & Quintero Calvache, 2014, p. 37).

Aunado a lo anterior, enfatizan los autores:

- “(...) ningún hijo o hija de crianza, hijastro o hijastra en Colombia podrán acceder, según la ley y la anterior jurisprudencia, a los beneficios económicos que le brindaría la pensión del padre o de la madre cuando fallezcan. Y aunque la jurisprudencia de los altos tribunales aceptan de manera teórica el amor que un padre siente por su hijastro o hijo(a) de crianza, en la realidad niega el derecho de estos niños a la pensión de sobreviviente, convirtiéndose en una contradicción y en una trasgresión que el Estado causa a estos niños, porque los deja sin asistencia y protección desamparándoles al no otorgarles ese recurso económico del cual dependían para salir adelante” (Abadía Vallejo & Quintero Calvache, 2014, p. 37).

- La jurisprudencia de la Corte Constitucional, afirma que si a los hijos de crianza, se les ha tutelado el derecho a la seguridad social, no existen razones para negarles el derecho a la pensión, porque no cumplen con los requisitos señalados en el Código Civil, cuyo concepto de familia es reducido y limitado a la consanguinidad y a la decisión de un juez (Abadía Vallejo & Quintero Calvache, 2014, p 38).

Otro estudio titulado “Derecho a la pensión de sobreviviente, para los hijos de crianza en el actual sistema general de pensiones colombiano”, realizado por Luis Jesús Salazar Morales. En dicho documento enfatiza el autor en la importancia de dar a conocer los derechos que debe garantizar el Sistema General de Pensiones a los hijos de crianza, cuando fallece el padre o la madre de crianza, al ser uno de éstos o ambos quién proveía los medios económicos para la subsistencia, estando pensionado o con el cumplimiento de las semanas mínimas cotizadas para causar la pensión de sobreviviente.

Como parte del desarrollo investigativo, el autor abordó temas como el concepto de familia y de tipologías familiares según la Corte Constitucional; así mismo, hizo énfasis en

los principios de la seguridad social para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes y finalmente, analiza la situación de los hijos de crianza en lo que respecta al derecho en mención, pero desde lo expresado por la Corte Constitucional.

Metodológicamente el estudio lo enmarcó en una investigación descriptiva, cuyas fuentes primarias fueron la jurisprudencia constitucional, la normatividad, convenios internacionales y escritos jurídicos.

Entre los principales resultados se destaca:

- En lo que respecta al concepto de hijo de crianza como beneficiario de la pensión de sobreviviente, en la ley y la jurisprudencia, se evidencia un conflicto entre la legislación y la jurisprudencia.

- Con la negación del derecho a ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes al hijo de crianza menor de edad, en condición de discapacidad o mayor de edad y menor de 25 años que se encuentren estudiando, que dependen económicamente del causante, porque no cumple el requisito de la adopción, se hace notorio un desconocimiento de la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, el cual busca amparar y proteger los derechos fundamentales de los menores y la familia contra las adversidades de la vida (Salazar Morales, 2015, p. 36).

- La exclusión de los hijos de crianza a ser beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, denota un déficit de protección del sistema de seguridad social en pensiones, que afecta derechos fundamentales.

En consonancia con lo anterior, se encontró otra investigación referida al tema de los “Derechos de los hijastros, hijastras, los padrastros y los padres de crianza en el actual sistema general de pensiones colombiano”, trabajo cuya autoría fue de Luis Ángel Álvarez Vanegas.

El estudio tuvo como propósito, dar a conocer los derechos que debe garantizar el sistema general de pensiones colombiano a los hijos de crianza e hijastros cuando fallecen sus padres de crianza y padrastros, así como a los padres de crianza y padrastros cuando fallecen sus hijos de crianza e hijastros, respectivamente, en casos donde el fallecido era quien proveía los medios para la subsistencia del supérstite, habiendo cotizado las semanas mínimas para causar la pensión de sobrevivientes del sistema pensional en mención.

Así las cosas, el autor realizó un análisis comparativo de las normas aplicadas por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, en cada momento, ya sea para extender o restringir los derechos a los hijos de crianza e hijastros cuando fallecen los padres de crianza y padrastros, a los padres de crianza y padrastros cuando fallecen los hijos de crianza e hijastros.

De igual manera el investigador, tuvo en cuenta en sus análisis los instrumentos internacionales y la normatividad interna, con las respectivas interpretaciones de las Altas Cortes colombianas, donde se hiciera referencia a los principios de la Seguridad Social a saber: solidaridad, universalidad, integralidad, progresividad, irrenunciabilidad, obligatoriedad, igualdad, sostenibilidad financiera y eficiencia, así como los aplicables con la protección a los menores de edad, adultos mayores y discapacitados.

En el documento el autor, sugiere los requisitos que deben cumplir los padres de crianza e hijos de crianza, y los padrastros, madrastras e hijos de crianza para ser beneficiarios de la pensión de sobrevivientes en las condiciones señaladas.

El método investigativo fue el cualitativo, con énfasis en la Teoría Fundada. Entre los principales resultados se tiene:

Existen dicotomías en los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, aunadas a las interpretaciones que da la Corte Constitucional como juez de tutela y el Consejo de Estado, en lo que respecta a la competencia otorgada por la Ley 1437 de 2011, “para conocer de los asuntos del Sistema de Seguridad social cuando la entidad administradora sea de

naturaleza pública, generan inseguridad jurídica sobre el tema. Lo que hace necesaria la existencia de una legislación clara al respecto” (Álvarez Vanegas, 2013, p. 113).

La Corte Constitucional ha considerado que existen otras formas de conformar familia, autorizadas por la Constitución, en congruencia con el principio de pluralismo, como por ejemplo las familias de hecho.

Afirma Álvarez Vanegas (2013),

“entre los padres de crianza y los hijos de crianza y entre los padrastros y madrastras y los hijastros se tejen, en la mayoría de los casos, relaciones afectivas y también de dependencia económica, que dejan en estado de necesidad a quienes no pueden proveer su sostenimiento, cuando fallece el sostén de la familia. En estos casos la Seguridad Social no puede dejar a su suerte a quienes han quedado así desamparados” (p. 113 – 114).

Señala el autor, que ningún Convenio de la OIT trata sobre la protección de las familias de hecho, empero a partir de los principios de solidaridad y universalidad, se espera que la familia protegida por la Seguridad Social no se restrinja a los integrantes con vínculos consanguíneos o civiles, sino que aplique también a los de crianza, los cuales deberán encargarse de la protección de los padres de crianza cuando caigan en estado de necesidad.

Finalmente, afirma el investigador, “habiéndose materializado el estado de necesidad, padres de crianza e hijos de crianza y padrastros, madrastras e hijastros cumplen las condiciones necesarias para ser beneficiarios de una pensión de sobrevivientes, por la muerte del familiar de hecho que proveía su subsistencia” (Álvarez Vanegas, 2013, p. 114).

Planteamiento del problema

Las condiciones contextuales a nivel internacional y nacional, donde se hacen manifiestas diversas formas de violencia, el divorcio, el embarazo en adolescentes y las personas con discapacidad, son realidades sociales que han hecho que surjan tipologías familiares, transformando de manera significativa las familias biológicas por las de crianza (Barreto Nieto, 2016).

Señala Barreto Nieto (2016), que según la encuesta nacional de demografía y salud, en Colombia, el 7% de los niños y niñas son huérfanos de ambos padres biológicos, como resultado de la violencia armada, la violencia de género, la inseguridad urbana, el abandono, entre otras causas. La mayoría de dichos niños y niñas, son acogidos por grupos familiares con o sin algún grado de consanguinidad, sin que hubiesen sido adoptados legalmente.

Afirma el autor en mención, “que tres de cada diez parejas que se casan se divorcian y un porcentaje muy alto de quienes se separan lo hacen durante los primeros tres años, incluso con un niño pequeño” (Barreto Nieto, 2016). Por lo general, posterior al divorcio o la separación, surgen nuevas relaciones, lo que trae consigo el establecimiento de las familias reconstituidas o ensambladas, definidas por la Corte Constitucional como “la estructura familiar originada en el matrimonio o unión de hecho de una pareja, en la cual uno o ambos de sus integrantes tiene hijos provenientes de un casamiento o relación previa” (Mendoza Martelo, 2011).

Aunado a lo anterior,

“según el Ministerio de Salud, el 13% de las niñas menores de 15 años ya ha iniciado su vida sexual, lo que ha llevado a que una de cada cinco adolescentes siguen siendo dependientes de sus padres, quienes ahora extienden esa dependencia a sus nietos por un largo tiempo” (Barreto Nieto, 2016).

Así mismo, afirma Barreto Nieto (2016):

“el Ministerio de Salud, ha identificado más de un millón de personas con discapacidad. Según cifras del Dane, el 27% de dichas personas no tiene afiliación al sistema de salud; el 19% tiene personas a cargo menores de 12 años o mayores de 60 años; y solo el 21% recibe algún tipo de ingreso. Las personas con discapacidad, en la mayoría de los casos, son dependientes de sus padres” (Barreto Nieto, 2016).

Como puede evidenciarse, como resultado de los fenómenos sociales mencionados, las familias de crianza van en aumento, la cual surge cuando “un menor ha sido separado de su familia biológica y ha sido cuidado por una familia distinta durante un período de tiempo lo suficientemente largo como para que se hayan desarrollado vínculos afectivos entre el menor y los integrantes de la familia” (Mendoza Martelo, 2011), como bien lo señala la Corte Constitucional.

En las familias de crianza, cuando fallece alguno de los abuelos o padrastros benefactores de los menores de edad, queda en evidencia un vacío jurídico sobre la protección social de dichos niños y niñas, toda vez que la legislación colombiana ha concebido la protección social solo para las familias nucleares o monoparentales que demuestren un vínculo por consanguinidad o por adopción legal.

Por su parte la Ley 100 de 1993, señala en sus artículos 47 y 74, que un hijo menor de edad (o mayor de edad pero estudiante con menos de 25 años) es beneficiario de la pensión de sobreviviente de su padre. También está prevista la situación contraria, cuando los padres que sean dependientes de un hijo soltero que hayan fallecido serán beneficiarios de la pensión de sobreviviente (Ley 100 de 1993).

Así las cosas, conforme a la Ley no hay derecho a la pensión de sobrevivencia si el causante (fallecido) benefactor pertenece a una familia de crianza y si el beneficiario (sobreviviente y dependiente) es un hijo menor, un hijo (o hermano) inválido o un padre (cuando el causante no tuvo esposa, compañera o hijos). La razón de base es que no existe el vínculo de consanguinidad o civil que exige la ley (Barreto Nieto, 2016).

Sin embargo, la Corte Constitucional en la Sentencia T – 074 de 2016, enfatiza que en aras al principio de solidaridad, la protección a la familia se hace extensiva tanto a las familias conformadas en virtud de vínculos jurídicos o de consanguinidad, como aquellas que surgen de facto. Por ende, dicha interpretación de la Corte acoge a las familias de crianza por asunción solidaria de la paternidad, como cuando el abuelo asume la crianza del nieto.

En conclusión, la Corte Constitucional a través de la Sentencia T – 074 de 2016, determinó que los hijos de crianza por asunción solidaria de la paternidad son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, toda vez que el derecho debe ajustarse a las realidades sociales y jurídicas vigentes, por lo que debe reconocer y brindar protección a aquellas relaciones en donde las personas no se encuentran unidas por vínculos legales o naturales (Asuntos legales, 2016).

Con base en todo lo anterior, surge la siguiente pregunta de investigación: ¿Cuál es el conflicto jurídico entre la legislación y la jurisprudencia con relación a la pensión de sobrevivencia de los hijos de crianza?

Justificación

Una de las características predominantes del mundo actual es la diversidad de tipologías y situaciones familiares que se presentan, con motivo de ausencia de las figuras parentales a causa de razones de índole personal, económica o por muerte, lo que cada vez hace que cobre relevancia los grupos familiares de crianza, lo que trae consigo algunas dificultades de índole jurídico como lo es el reconocimiento de la pensión de sobrevivencia.

El estudio que aquí se propone, cobra relevancia porque es una problemática que va en aumento y por tanto son cada vez más los casos donde se presenta la situación de hijos que quedan desprotegidos por pertenecer a dicha tipología familiar.

La novedad del tema propuesto radica en que si bien se han hecho investigaciones en torno a la pensión de sobrevivientes, éstos no han enfatizado en los conflictos jurídicos entre la legislación y la jurisprudencia con relación a la pensión de sobrevivencia de los hijos de crianza.

Por ser una realidad vigente y una problemática de vanguardia, es de pertinencia no sólo social sino jurídica, porque sin lugar a dudas los conflictos jurídicos que aquí se van a analizar de una u otra manera tendrán que ser tenidos en cuenta por el legislador porque hay que responder a las nuevas formas familiares que emerjan en la sociedad, como resultado de las condiciones de contexto internacional y nacional.

La aplicabilidad de los resultados se centra en varios aspectos, el primero de ellos, permite generar conocimiento en torno a una problemática actual, lo que está estrechamente ligado con el componente socio jurídico, por tanto aporta de manera significativa a la formación como abogados en un campo específico del área laboral.

Aunado a lo anterior, dará elementos ontológicos y epistemológicos al ejercicio profesional del derecho; así mismo es un aporte a las personas y familias que hagan parte de dicha categoría social y jurídica de ser hijos y grupos familiares de crianza.

Objetivos

Objetivo General

Analizar el conflicto jurídico entre la legislación y la jurisprudencia con relación a la pensión de sobrevivencia de los hijos de crianza

Objetivos Específicos

- Describir el concepto de familia e hijo de crianza en la jurisprudencia colombiana
- Identificar los criterios legislativos Vs los pronunciamientos jurisprudenciales, relacionados con la pensión de sobrevivencia de los hijos de crianza
- Establecer el conflicto jurídico suscitado entre la legislación y la jurisprudencia con relación a la pensión de sobrevivencia de los hijos de crianza

Marco Teórico

La familia en la Constitución de 1991. El artículo 42 de la carta política, valora, protege a la familia y reconoce su variedad así:

“La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable. La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables (...). Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progenitura responsable (Constitución Política, 1991, art 42, p. 22).

Parentesco en Colombia. En primera instancia no se debe confundir el concepto de familia con el de parentesco, éste se refiere a las relaciones o vínculos que existen entre personas por factores biológicos o no, por tanto se hacen manifiestos a través de líneas parentales que posibilitan el reconocimiento de múltiples grados.

Así las cosas, de acuerdo a la normatividad colombiana, el parentesco puede ser por consanguinidad, afinidad o por adopción, según lo dispuesto en los artículos 35 al 55 del Código Civil.

El parentesco por consanguinidad es “la relación o conexión que existe entre las personas que descienden de un mismo tronco o raíz, o que están unidas por los motivos de la sangre” (Código Civil, 2010, artículo 35).

(...) “existen unas líneas que determinan el orden en el cual se encuentran organizadas las personas provenientes de un mismo tronco o raíz, (Art. 41). “La línea directa o recta la forman las personas que descienden unas de otras” (Art 42 p. 10). “Puede ser descendiente cuando se cuenta bajando del tronco a los otros miembros, (...) y ascendiente cuando se cuenta subiendo de uno de los miembros al tronco” (Art 43, p.10). “Línea colateral, transversal u oblicua es la que forman las personas que aunque no procedan unas de otras, si descienden de un mismo tronco común” (Art 44, p. 10), el grado de parentesco es el número de generaciones entre dos personas (art 37) es decir la distancia que ocupa en la familia” (Salazar Morales, 2015, p. 10).

Parentesco por afinidad. Corresponde a las relación existente entre “una persona que está o ha estado casada o viviendo en unión marital de hecho y los consanguíneos de su cónyuge o compañero (a) permanente” (Código Civil, 2010, artículo 47).

Parentesco civil.

“Es el que resulta de la adopción mediante la cual la ley estima que el adoptante, su mujer y el adoptivo se encuentran entre si respectivamente, en las relaciones de padre, madre e hijo” (Art. 50 Código Civil, 2010, p. 11). Produce los mismos efectos del parentesco por consanguinidad, dado que la constitución prohíbe tratos diferentes por causa del origen de la familia (Corte Constitucional, Sentencia C - 1287 de 2001) “La adopción es principalmente y por excelencia, una medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable, la relación filial entre personas que no la tienen por naturaleza” (Salazar Morales, 2015, p. 10 citando la Ley 1098 de 2006 , Código de infancia y Adolescencia Art 61, p. 9).

Filiación. “Del latín “filius” la filiación es el estado de familia que se deriva de la relación entre dos personas de las cuales una es el hijo (a) y la otra es el padre o la madre del mismo” (Moreno, 2009, p. 519).

La filiación es el parentesco consanguíneo o civil en línea recta de primer grado, el cual tienen régimen especial en lo que respecta a derechos y obligaciones, según lo dispuesto en el Código Civil, en los artículos 253, 262, 250 y 251 respectivamente.

Así las cosas, la filiación puede ser matrimonial que corresponde al hijo nacido dentro del matrimonio, extramatrimonial para el hijo nacido de una unión marital de hecho y la civil, que es la propia de la adopción.

- La pensión de sobrevivientes. Corresponde a una prestación social que ofrece el sistema de seguridad social al grupo familiar del afiliado o pensionado fallecido, con el objetivo de proteger de las penurias de índole económico que suscita la ocurrencia de un riesgo o la muerte.

Tres elementos son clave para tener derecho al beneficio prestacional, a saber: la muerte del afiliado o pensionado, la existencia del grupo familiar, la necesidad generada por la ocurrencia del riesgo.

Beneficiarios de la pensión de sobrevivientes. En lo que respecta al tema de los beneficiarios se han presentado algunas variaciones desde que surgió la Ley 100 de 1993.

El artículo 46 de la ley en mención señalaba que tenían derecho a la pensión de sobreviviente, los integrantes de grupo familiar del pensionado, ya fuera por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca, así mismo el grupo familiar del afiliado que fallezca.

Por su parte el artículo 47, explicita los integrantes del grupo familiar beneficiarios de esta pensión, así:

- “a. El cónyuge o la compañera o compañero permanente del supérstite.
- b. Los hijos menores de 18 años.
- c. Los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años incapacitados para trabajar por razón de sus estudios, pero que dependían económicamente del causante al momento de la muerte.
- d. Los hijos inválidos si dependían económicamente del causante al momento del fallecimiento, siempre que persistiera el estado invalidez.
- e. Los padres del causante, en ausencia de cónyuge, compañera o compañero permanente e hijos.
- f. Los hermanos inválidos del causante que dependían económicamente de éste, en ausencia de cónyuge, compañero o compañera permanente, padres e hijos” (Ley 100 de 1993).

En su momento la norma no establecía limitante alguna con relación de quiénes son los miembros del grupo familiar del pensionado o afiliado que tienen derecho a la pensión de sobreviviente. Así las cosas, para ese período histórico, “hacían parte del grupo familiar y eran beneficiarios de esta prestación, los hijos de crianza o hijastros menores de edad o inválidos, por el concepto amplio que se tenía de familia” (Abadía Vallejo & Quintero Calvache, 2014, p. 28).

Posteriormente, con la Ley 797 de 2003, a través de los artículos 12 y 13, se introdujo una reforma a la Ley 100 de 1993, en lo que respecta a los artículos 46 y 47, referido a los requisitos y beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, redujo a quienes tuvieran únicamente un vínculo consanguíneo o civil con el pensionado o afiliado.

Con base en lo anterior, el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, señala en torno al tema de los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

- “a. El cónyuge o la compañera o compañero permanente del afiliado o pensionado fallecido.
- b. Los hijos menores de 18 años.
- c. Los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y que dependían económica del causante al momento de la muerte.
- d. Los hijos inválidos si dependían económicamente del causante.
- e. Los padres del pensionado o afiliado, siempre que dependieran económicamente de éste y no existiera cónyuge, compañera o compañero permanente e hijos con derecho.
- f. Los hermanos inválidos del fallecido pensionado o afiliado, que dependieran económicamente de éste, siempre y cuando no existiera cónyuge, compañera o compañero permanente, padres e hijos con derecho “(Ley 797 de 2003).

Agrega el párrafo de dicho artículo, que para efectos del vínculo entre padres, hijos y hermanos, se seguirán las disposiciones de las normas del Código Civil en lo que respecta al parentesco, por tanto, sólo por vínculos consanguíneos o por adopción se tendrá la condición de parentesco con el afiliado o pensionado, lo que le permitirá ser beneficiario de la pensión de sobreviviente (Abadía Vallejo & Quintero Calvache, 2014, p. 29).

Con base en algunos pronunciamientos de las Cortes, el reconocimiento a la pensión de sobrevivientes a los hijos de crianza se ha dado paulatinamente, es aquí precisamente

donde radica el énfasis del presente trabajo en analizar el conflicto jurídico entre la legislación y la jurisprudencia.

Metodología

Tipo de investigación.

El presente estudio se enfoca en un tipo de investigación cualitativo, porque la finalidad no es la de generar datos numéricos. Como bien lo menciona Taylor y Bogdan, la investigación cualitativa es “aquella que produce datos descriptivos: las propias palabras de las personas, habladas o escritas, y la conducta observable” (1986, p. 20), para este caso los datos se obtendrán de lo expresado en las normas, la jurisprudencia y lo que éstos expresan de la pensión de sobrevivencia de los hijos de crianza.

Para LeComte, la investigación cualitativa es entendida como una categoría de diseños que extraen descripciones a partir de observaciones, entrevistas, notas de campo, registros de escrito de todo tipo, entre otros (1995). Dicha autora señala que los estudios cualitativos están preocupados por el entorno de los acontecimientos, por ende centra la indagación en los contextos naturales, o tomados tal y como se encuentran más no reconstruidos o modificados por el investigador, en los que los seres humanos se implican e interesan, evalúan y experimentan directamente (Rodríguez Gómez et al, 1996, p. 12 citando a LeComte, 1995).

Aunado a lo anterior, en lo que respecta a la calidad, LeComte afirma que significa “lo real, más que lo abstracto: lo global y concreto, más que lo disgregado y cuantificado” (LeComte, 1995).

Así las cosas, para el caso del presente proyecto, prevalecerá lo manifiesto de manera directa por la legislación y la jurisprudencia en torno al tema de la pensión de sobrevivencia de los hijos de crianza, pronunciamientos que parte de hechos propios de la realidad familiar en el contexto colombiano.

Método.

El método propio de la investigación cualitativa es inductivo, toda vez que parte de lo particular a lo general, privilegiando la lectura de realidad desde la perspectiva emic, es decir desde el actor social, para este caso lo que dice la legislación y la jurisprudencia en torno al tema de la pensión de sobrevivencia de los hijos de crianza.

Enfoque.

De acuerdo al alcance del presente trabajo, el enfoque es descriptivo con énfasis socio jurídico. Descriptivo porque se centrará en recopilar e interpretar los pronunciamientos desde lo normativo y jurisprudencial, con relación a una problemática de índole social y jurídica como lo es la pensión de sobrevivencia de los hijos de crianza.

Técnicas de recolección de información.

La técnica de recolección de información será la revisión documental.

Resultados

En el siguiente capítulo se dará respuesta a los objetivos específicos previstos para el desarrollo investigativo del presente trabajo. Así las cosas, se tiene:

Capítulo 1. Concepto de familia e hijo de crianza en la jurisprudencia colombiana.

Cuando se hace referencia a la familia, se alude a una institución del orden social y cultural que con el devenir histórico ha cambiado su estructura, dinámica, funcionalidad y por ende su concepto, de ahí que Hernández (2004), afirme:

“el concepto de familia se refiere a una realidad muy compleja sometida a variaciones y con una gran diversidad de acepciones en todos los campos. La familia, ese entorno social primero del ser humano, ni ha sido siempre tal y como hoy la concebimos ni lo es en la actualidad en todas las civilizaciones, culturas y sociedades que en el mundo coexisten. De ahí que hay autores que considera que sería más oportuno hablar de familias” (p. 541).

La anterior aseveración incluso en su momento fue manifiesta por las Naciones Unidas, al hacer alusión al artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual señala que el concepto de familia no es unívoco, que puede variar de un Estado a otro e incluso dentro de un mismo Estado, por tanto, no es posible dar una definición uniforme del concepto (...); de igual manera las Naciones Unidas, hicieron un llamado a los Estados integrantes de la organización, que deben garantizar la protección a las diferentes tipologías familiares, así como a sus miembros, ya sea por medios financieros o de

otra índole, y reitera lo consagrado en el Pacto como es el que la familia debe ser protegida por la sociedad (Organización de las Naciones Unidas, Observación General No. 19, 1990).

Ahora bien, es de resaltar que la Organización de las Naciones Unidas, años posteriores, hace la salvedad que debe tenerse claridad en torno al concepto de familia y hogar, así las cosas, señala:

“Un hogar puede ser: a). Unipersonal, cuando una persona provee a sus propias necesidades alimenticias y otras necesidades vitales sin unirse a ninguna para formar un hogar multipersonal, o bien b). Multipersonal, cuando un grupo de dos o más personas adoptan disposiciones en común para proveer de alimentos o de otros artículos esenciales para vivir. Los miembros del grupo pueden mancomunar en mayor o menor medida sus ingresos y tener un presupuesto único; puede tratarse de un grupo compuesto solamente por personas emparentadas, sin emparentar o ser una combinación de ambas clases” (Organización de las Naciones Unidas, 2010, p. 108).

Enfatiza dicho organismo internacional, que los conceptos de familia y hogar son diferentes, por ende, no pueden ser utilizados de forma indiscriminada, a lo cual afirma:

“Las diferencias entre hogar y familia, son las siguientes: a). el hogar puede ser unipersonal, mientras que la familia tiene que constar por lo menos de dos miembros; b). los miembros de un hogar multipersonal no tienen necesariamente que estar emparentados, mientras que los miembros de la familia lo están por definición. Un hogar puede estar integrado por más de una familia, por una o más familias junto con una o más personas no emparentadas con ellas, o exclusivamente por personas no emparentadas. Una familia no tiene normalmente más de un hogar. No obstante, dada la existencia de familias polígamas, en algunos países, así como de sistemas compartidos

de custodia y de mantenimiento de los hijos, en otros, cada país debería decidir la mejor manera de obtener y notificar los datos sobre las familias” (Organización de las Naciones Unidas, 2010, p. 108).

En lo que respecta al ordenamiento jurídico colombiano, tampoco se cuenta con un único criterio para definir la familia, depende del aspecto que se quiera regular. Así las cosas, se tiene:

La Constitución Política de 1991, en su artículo 42, afirma que la familia “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”.

Según el artículo 61 del Código Civil, para efecto de ser escuchados en casos cuando así se requiera, son parientes: descendientes, ascendientes, padre y madre adoptantes, colaterales hasta el sexto grado y afines hasta el segundo grado. Los cónyuges y compañeros permanentes no son parientes, pero también deben ser escuchados (Corte Constitucional, 1994).

La Ley 100 de 1993, por su parte, en su artículo 47 (modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, señala los miembros del grupo familiar del afiliado o pensionado fallecido para acceder a la pensión de sobrevivientes: en primer orden se encuentra el cónyuge o compañero (a) permanente y a los hijos incapacitados para proveer su subsistencia por ser menores de 18 años, o mayores de 18 y menores de 25 por ser estudiantes o los mayores de 18 que padezcan invalidez que dependan económicamente del fallecido; los padres que dependan económicamente del fallecido y los hermanos inválidos que dependan económicamente del fallecido.

Desde la doctrina de derecho de familia, se encuentran algunas definiciones que ameritan mencionarse.

Para Jorge Parra Benítez,

“Lato sensu, la familia es el conjunto de personas que se hallan vinculadas por el matrimonio, por la unión marital de hecho, por la filiación o por la adopción. Es decir: los elementos constitutivos o fuentes de la familia son el matrimonio, la unión marital, la filiación y la adopción. Mas, como quiera que la adopción es un tipo de filiación, aquellos elementos redúcense a tres” (Parra Benítez, 2008, p.5).

Según Marco Gerardo Monroy Cabra, el concepto de familia se construye con base en cuatro criterios, a saber:

“(i). El criterio de autoridad, en virtud del cual la familia se limita a los padres y los hijos no emancipados y por tanto bajo su dirección o autoridad; (ii). El criterio del parentesco, se refiere a la familia extensa señalando cuáles son los miembros que la conforman, definiendo los grados de parentesco limítrofes; (iii). El criterio de vocación sucesoral hace alusión a quienes tienen vocación hereditaria, es decir hasta los sobrinos; y (iv). El criterio económico, en este sentido, la familia se reduce a aquellas personas que se encuentran bajo el mismo techo, incluyendo los servidores domésticos y que depende de las fuentes de producción” (Monroy Cabra. 2008, p. 23 – 25).

En lo que respecta a las formas de conformar una familia, Aroldo Quiroz Monsalvo (2011), afirma que la Constitución Política de 1991 protege la pluralidad de familias.

“Cuando la Constitución señala que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, está reconociendo el deber de proteger a cada uno de los miembros y a renglón seguido

establece la forma de constituirse, ya sea por vínculo jurídico, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla, lo enunciado permite afirmar que el contenido de la norma no es taxativo sino enunciativo, parte de la forma clásica de constituir una familia, de donde concluyo que el inciso primero de tal artículo hace referencia a una pluralidad de familias constituidas de diferentes formas” (Quiroz Monsalvo, 2011).

Desde lo jurisprudencial, la Corte Constitucional define la familia en un sentido amplio:

“... el concepto de familia no incluye tan solo la comunidad natural compuesta por padres, hermanos y parientes cercanos, sino que se amplía incorporando aún a personas no vinculadas por los lazos de la consanguinidad, cuando faltan todos o algunos de aquellos integrantes, o cuando, por diversos problemas, entre otros los relativos a la destrucción interna del hogar por conflictos entre los padres, y obviamente los económicos, resulta necesario sustituir al grupo familiar de origen por uno que cumpla con eficiencia, y hasta donde se pueda, con la misma o similar intensidad, el cometido de brindar al niño un ámbito acogedor y comprensivo dentro del cual pueda desenvolverse en las distintas fases de su desarrollo físico, moral, intelectual y psíquico” (Corte Constitucional, 1999).

Como puede evidenciarse el concepto de familia al que hace referencia la Corte es bastante amplio, lo que hace que en él se incluyan diversidad de tipologías familiares. Empero, dados los constantes cambios que ha sufrido la sociedad en los últimos tiempos, la Corte Constitucional, ha tenido que ampliar aún más la manera de interpretarse el artículo 42 de la Constitución Política de 1991, porque como bien lo afirma Vela:

(...) la familia siempre será una entidad en constante cambio en razón a las variaciones en las dinámicas sociales que la atraviesan, pero que independientemente de estas, generalmente ha conservado las funciones que en todas las sociedades le han sido asignadas como institución primaria para la trasmisión de valores y tradiciones (socialización primaria), producción, reproducción, protección de la vida, control social y que con los cambios contextuales se transforma la manera en que se desempeñan. (2015, p. 6).

Con base en lo anterior, la Corte Constitucional comprendió que no es oportuno limitar la conformación familiar solo a parejas heterosexuales o las conformadas a través de matrimonio y/o uniones maritales, porque va en contravía de los derechos fundamentales y de los que se encuentran intrínsecamente relacionados. Ello soportado en lo expresado por Moliner, cuando afirma:

“La actual diversificación de los modelos de convivencia afectiva ha generado, por un lado, la extensión del concepto a realidades como la familia no matrimonial (uniones de hecho), la familia monoparental (un solo progenitor e hijos) o, incluso, la denominada “familia homosexual” (convivientes del mismo sexo e hijos biológicos de uno de ellos o adoptados por uno o conjuntamente por ambos)” (2013, p. 60).

Así las cosas, la corte Constitucional ha señalado que el artículo 42 de la Constitución Política debe ser comprendido de forma aunada al principio de dignidad humana base de un Estado Social de Derecho, así mismo en articulación con el derecho a la libertad individual e igualdad, por la presencia de pluralismos en el contexto social, que deben ser asumidos y respetados.

Por ende,

“(…) el concepto de familia no puede ser entendido de manera aislada, sino en concordancia con el principio de pluralismo, porque en una sociedad plural, no puede existir un concepto único y excluyente de familia, identificando a esta última únicamente con aquella surgida del vínculo matrimonio” (Corte Constitucional, 2011).

En la Sentencia en mención, la Corte Constitucional, enfatiza que el concepto de familia está supeditado a las condiciones sociales, culturales, y las del entorno de los individuos que la confirman, entre otras situaciones que puedan presentarse.

Con base en lo anterior, la familia en el momento actual se debe entender como una noción dinámica y en constante cambio, que depende de muchos factores, desde biológicos y naturales, hasta sociológicos; por tanto:

“no puede entenderse como familia única y exclusivamente a la que se conforma por los hijos y por un padre y una madre que se unieron bajo la institución del matrimonio. Puesto que dicha circunstancia, atentaría contra los derechos a la igualdad, dignidad y libertad de los demás individuos que independientemente de sus condiciones sociales y de su sexualidad pertenecen al género humano y que por sus propia naturaleza buscan la compañía de otras personas con las que crean lazos de afecto y se proporcionan ayuda mutua, lo que se traduce en la conformación de una familia” (Villamizar, 2016, p. 14).

Actualmente, se conforman familias con personas del mismo género, hay familias ensambladas, familias monoparentales, familias de crianza aunado a un país donde cotidianamente se presentan múltiples escenarios y formas de violencia, es muy usual que niños, niñas, adolescentes, sean criados por personas que no son los padres naturales, por ende, sería “un despropósito inconstitucional el aceptar solamente como familia el concepto

tradicional que se tiene de la misma y que se conforma por padres e hijos bajo la figura de matrimonio” (Villamizar, 2016, p. 14).

Para el caso de las familias de crianza, que es el tema que atañe en el presente estudio, la Corte Constitucional señala: “surge cuando un menor ha sido separado de su familia biológica y cuidado por otra familia, durante un lapso considerable, que ha permitido desarrollar vínculos afectivos recíprocos, de tal magnitud que separarlos implicaría afectar la estabilidad psicológica y emocional del menor” (Corte Constitucional, 2011).

Lo anterior se complementa por lo manifiesto por la Corte Constitucional a través de la Sentencia T – 049 de 1999:

“El concepto de familia no incluye tan sólo la comunidad natural compuesta por padres, hermanos y parientes cercanos, sino que se amplía, incorporando aun a personas no vinculadas por los lazos de la consanguinidad, cuando faltan todos o algunos de aquéllos integrantes, o cuando, por diversos problemas -entre otros los relativos a la destrucción interna del hogar por conflictos entre los padres, y obviamente los económicos-, resulta necesario sustituir al grupo familiar de origen por uno que cumpla con eficiencia, y hasta donde se pueda con la misma o similar intensidad, el cometido de brindar al niño un ámbito acogedor y comprensivo dentro del cual pueda desenvolverse en las distintas fases de su desarrollo físico, moral, intelectual y síquico” (Corte Constitucional, 1999).

En la Sentencia T 316 – de 2017, la Corte Constitucional, reitera:

“En conclusión, la institución familiar se encuentra protegida por la Constitución como fundamento de la sociedad, y responde a una construcción dinámica y plural cuyo resguardo no distingue entre las diversas formas de origen, como la biológica, jurídica o de hecho. Una protección integral a la familia implica garantizar la igualdad frente a

los derechos y obligaciones que tienen sus miembros La Sala estima pertinente reiterar que, en Colombia, como consecuencia de la evolución de las relaciones humanas y de la aplicación del principio de solidaridad, existen diferentes tipos de familia. Entonces, el derecho debe ajustarse a las realidades sociales, de manera tal que reconozca y brinde la protección necesaria a las relaciones familiares, donde las personas no están unidas única y exclusivamente por vínculos jurídicos o biológicos, sino en virtud de los lazos de afecto, solidaridad, respeto, protección y asistencia” (Corte Constitucional, 2017).

En complemento al concepto de la Corte Constitucional, Parra Benítez, afirma:

“es la familia que se constituye de relaciones en las que el menor ha desarrollado vínculos de afecto y dependencia con personas con las que no tiene vínculos biológicos derivados por el hecho físico del nacimiento y sin que se haya llevado a cabo el trámite de adopción; de esta definición provienen los hijos y los padres de crianza” (2008).

En complemento a lo anterior, Quiroz Monsalvo, señala que: “la existencia de éstas familias (de crianza), es reconocida en el Código de la Infancia y la Adolescencia, (Ley 1098 de 2006, artículo 67), a la que la doctrina también denomina familia solidaria” (2011, p. 47).

Las diferencia entre las familias y adoptivas y las familias de crianza, como bien se mencionó en apartados anteriores, es el trámite jurídico de adopción que reglamenta cada legislación, razón por la que nada obsta para aplicar los criterios sobre el desarrollo psicológico de las familias adoptivas a las familias de crianza, en lo atinente al afecto y el apoyo económico (Álvarez Vanegas, 2013, p. 57).

“Un padre o una madre adoptivos son, ante todo, un padre o una madre. Una familia adoptiva es, sobre todo, una familia. Y las relaciones padres – hijos en familias adoptivas se parecen más que ninguna otra cosa a las relaciones padres e hijos en las familias no adoptivas” (Oliva, Parra & Antolín, 2010, p. 51).

Ahora bien, el concepto de hijo de crianza, da cuenta de una realidad que es el resultado de una multiplicidad de situaciones y circunstancias que conllevan a que un niño, niña, adolescente, no se críe bajo la tutoría de sus padres biológicos, sino que crece bajo la protección y cuidado de otras personas, entre quienes surgen lazos de afectividad tan fuertes como entre los que se suscitan entre un padre y un hijo vinculados consanguíneamente.

Infortunadamente, la ley excluye a los hijos de crianza, porque “en forma taxativa enumera las modalidades de los vínculos familiares, sin que aparezca por ninguna parte la crianza como generadora de derechos” (García, 2003, p. 1).

Empero, el Consejo de Estado, expresa con relación a los hijos de crianza, lo siguiente:

“(…) encuentra oportuno la Sala esbozar unos leves lineamientos sobre lo que con inusitada frecuencia en nuestra realidad social se denomina “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, 2013).

Con relación a los hijos de crianza, la Corte Constitucional, afirma:

“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” (Corte Constitucional, 2014).

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia, hace referencia a los padres de crianza, así: “(...) 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, 2013).

Como puede evidenciarse, existe un reconocimiento por parte de las Cortes a la figura de familia de crianza, así como de padres e hijos de crianza, entendidos como una modalidad de conformación familiar, que en el momento actual prevalece en el contexto social y cultural, como resultado de diferentes situaciones fácticas que hacen que un niño, niña, adolescente, sean criados por personas distintas a los padres biológicos, pero que cuenta con vínculos afectivos que no pueden ser rotos ni perturbados porque iría en contra del interés superior del menor (Villamizar, p. 17).

Capítulo 2. Criterios Legislativos Vrs Pronunciamientos Jurisprudenciales, relacionados con la pensión de sobrevivencia de los hijos de crianza.

En el siguiente apartado se dará a conocer los criterios legislativos con relación a la pensión de sobrevivientes para los hijos de crianza; de igual manera se expondrán los pronunciamientos jurisprudenciales al respecto.

El punto de partida de la discusión desde lo legislativo, está en la Ley 100 de 1993. Se hace menester referenciar los artículos 46 y 47 de dicha norma, los cuales señalaban al grupo familiar del pensionado como beneficiarios de la pensión de sobreviviente. Vale la pena mencionar, que con base al contenido de los artículos, del grupo familiar se reconocían como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes a los hijos de crianza, toda vez que el concepto de familia no se limitaba a vínculos consanguíneos o por adopción, los hijos matrimoniales o extramatrimoniales, o por adopción, no eran los únicos que integraban el grupo familiar del pensionado o afiliado, también lo eran los hijos de crianza.

Posteriormente, el contenido de los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, fueron modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, reformando el concepto de familia, quedando como una institución que se rige por vínculos de consanguinidad y civil, lo que análogamente corresponde en el Código Civil, al artículo 35 de parentesco consanguinidad y el artículo 50 parentesco civil.

Así las cosas, a partir de la Ley 797 de 2003, para el caso de los hijos, solamente tienen derecho a la pensión de sobreviviente, los matrimoniales, extramatrimoniales o adoptivos. Son excluidos los hijos de crianza, por no tener un vínculo consanguíneo o civil con el afiliado o pensionado, los cuáles son una condición sine qua non explícita en los artículo 35 y 50 del Código Civil de 2010.

Empero, hablar de familias de crianza, no es un tema de reciente data, se tiene registro de un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, de 1953, donde explicita los requisitos para que se configure la posesión notoria como medio de prueba para demostrar el vínculo afectivo existente en casos de familia de crianza.

“Tres son los requisitos indispensables para configurar la posesión notoria del estado civil del hijo natural. 1. Que el respectivo padre o madre haya tratado al hijo como tal, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento; 2. Que los deudos y amigos del padre o madre del vecindario del domicilio en general, lo haya reputado como dicho padre o madre. 3. Que las relaciones de tal género entre el padre o la madre e hijo y la reputación aludida haya durado 10 años, al menos, en forma continua” (Corte Suprema de Justicia, 1953, p. 592).

En suma, para la época, los criterios para el reconocimiento del hijo de crianza era, el trato entre los integrantes de la familia (padre / madre – hijos); la fama (con los vecinos) y el tiempo (10 años), con relación a este último a partir de la Ley 75 de 1968, son 5 años.

Actualmente los pronunciamientos de la Corte Constitucional con relación al tema de los derechos que tienen los hijos de crianza y por ende los padres de crianza, cuando se han establecido vínculos afectivos estrechos, se hacen manifiestos en varias sentencias, a saber: Sentencia T – 217 de 1994, Sentencia T – 278 de 1994, Sentencia T – 715 de 1999, Sentencia T – 941 de 1999, Sentencia T – 292 de 2004, Sentencia T – 497 de 2005.

Las decisiones a las que llegan las sentencias referidas, son muy similares, toda vez que el asidero de los fundamentos que éstas expresan, están basadas en el vínculo afectivo, de los hijos de crianza con sus cuidadores o padres de crianza; dichos lazos afectivos son tan fuertes que de generarse una ruptura o perturbación afectan el interés superior del menor, lo

que iría en contravía de sus derechos fundamentales el separarlo de la familia de crianza, incluso en casos donde el fin sea restituirlo a su familia biológica (Salazar Morales, 2015, p. 32).

En lo que respecta a la relación paterno filial, que existe entre padre/ madre – hijo de crianza, ésta es verdadera, de una permanencia indiscutible y un vínculo que no es inestable, no es oportunista y no es fraudulento.

Un criterio importante para las Altas Cortes, es el demostrar la dependencia económica, porque es a través de ésta que se genera la necesidad de protección de la seguridad social; todas las cortes sin excepción, desde sus pronunciamientos jurisprudenciales, han llegado a reconocer la pensión de sobreviviente para los padres de crianza e hijos de crianza.

Son algunos ejemplos de fallos de las Cortes:

Corte Suprema de Justicia, Sección laboral en Sentencia del 16 de marzo de 2002. Magistrado Ponente Francisco Escobar Enríquez. Concede a una persona en condición de hijo de crianza e integrantes del grupo familiar del causante, ser acreedor de la pensión de sobreviviente de éste del cual dependía económicamente (Salazar Morales, 2015).

El Consejo de Estado, Sección 4 de mayo 6 de 2009, Consejera Ponente Martha Teresa Briceño, considera que se vulnera el derecho a la igualdad, a la dignidad, a la seguridad social y a la protección integral y de la familia, cuando:

“el Ejército Nacional no otorga la pensión de sobrevivientes a los padres de crianza respecto de su hijo de crianza miembro de las FFAA muerto en combate, del cual se hicieron cargo cuando murieron sus padres biológicos, y al que le brindaron el cuidado y sostenimiento propio de los padres biológicos” (Consejo de Estado, 2009).

Por su parte, la Corte Constitucional en Sentencia T – 495 de 1997, Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz, reconoce la pensión de sobrevivientes a los padres de crianza respecto de su hijo de crianza, quien fue dado de baja mientras prestaba su servicio militar. Es de anotar que dicho reconocimiento se hizo sin estar contemplada la figura de hijo de crianza y padres de crianza como beneficiario de pensión de sobreviviente, empero se llevó a cabo por los siguientes argumentos.

En primer lugar prevalece el derecho sustancial sobre el formal, por ende, es necesaria la protección constitucional de las familias de hecho, a ello se suma, la decisión de los padres de crianza de poner fin a la situación de abandono de un menor, para brindarle un hogar, estabilidad emocional, afectiva, económica, de la cual carece por parte de la familia de origen; para el caso de la sentencia en mención, las relaciones que se establecieron entre padres de crianza y el hijo de crianza fue hasta la muerte, que son las mismas que se establecen por lo general entre padres e hijos.

En segundo lugar, el trato afectivo y la asistencia mutua que se da en la familia de crianza, es similar a la de cualquier grupo familiar conformado formalmente, por ende, la muerte suscita las mismas implicaciones jurídicas, en ambas tipologías familiares; así las cosas, “no cabe duda que el comportamiento mutuo entre el padre de crianza y el hijo de crianza, revela una voluntad inequívoca de conformar una familia, el artículo 228 de la Constitución Política de 1991, establece que prevalecerá el derecho sustantivo” (Salazar Morales, 2015, p. 34).

Como puede evidenciarse la figura de hijo de crianza y de familia de crianza, son el resultado de una situación real que se presenta con frecuencia en la vida cotidiana de los colombianos, de ahí que tanto hijos de crianza como padres de crianza, sean reconocidos por vía jurisprudencial; más aún, la familia de crianza, es asumida por la Corte Constitucional como una tipología familiar, amparada por la Constitución Política de 1991, por tal motivo, actuando en consonancia con el mandato legal referido a los beneficios de la pensión de sobrevivientes son los hijos que puedan acreditar un vínculo o parentesco, consanguíneo o civil como bien lo menciona el Código Civil (2010), se convierte en una medida demasiado restrictiva para la Seguridad Social, cuyo énfasis y filosofía está en proteger a las personas frente a situaciones que afectan la calidad de vida; ahora bien, en consonancia con “los principios de universalidad e igualdad, el servicio de seguridad social debe proteger a todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida” (Salazar Morales, 2015, p 35).

Capítulo 3. Conflicto Jurídico suscitado entre la legislación y la jurisprudencia con relación a la pensión de sobrevivencia de los hijos de crianza.

El conflicto jurídico suscitado entre la legislación y la jurisprudencia con relación a la pensión de sobrevivencia de los hijos de crianza, surge a partir del cambio normativo con la Ley 797 de 2003, en su artículo 13 que modifica el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, el cual excluye al hijo de crianza al exigir como requisito para ser beneficiario de la pensión de sobreviviente, el que tenga un vínculo de consanguinidad o de adopción, según lo estipula el Código Civil (2010).

Con lo anterior se desconoce de una u otra forma el reconocimiento que hizo la Corte Constitucional en la Sentencia C – 577 de 2011, a la familia de crianza, tipología familiar que como institución está amparada por la Constitución de 1991, de ahí que, por ser una familia de hecho, merece total protección del Estado, porque por principio Constitucional prevalece el derecho sustancial sobre el formal.

En consonancia con lo expresado, hay que señalar que la figura de los hijos de crianza, es una realidad jurídica que no se encuentra reglamentada en la legislación nacional, de ahí que sean las Altas Cortes quienes han visibilizado la existencia de los hijos de crianza en el ordenamiento jurídico colombiano (Salazar Morales, 2015, p. 31).

Ahora bien, si una familia por decisión libre y espontánea, brinda un hogar a un menor sin adelantar el trámite de adopción, en ningún momento se debe desconocer a los integrantes de dicha familia, ni mucho menos los derechos que les corresponde, por el mero hecho de no haber cumplido un formalismo.

“En ejercicio del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, la pareja unida por vínculos jurídicos o de hecho, está facultada para construir relaciones de afecto y apoyar económicamente a un niño, proporcionándole una familia, sin necesidad de llevar a cabo el trámite administrativo de adopción, hasta el punto que en un momento dado la familia de crianza puede prevalecer sobre la familia biológica, en aras de proteger el interés superior de los menores de edad, esta situación está siendo desconocida en el actual sistema general de pensiones colombiano, al excluir a los hijos de crianza menores de edad, mayores de 18 años hasta los 25 años si están estudiando y a los hijos de crianza en condición de discapacidad, como beneficiarios de la pensión de sobreviviente” (Salazar Morales, 2015, p. 34).

No se desconoce que la finalidad de la seguridad social es proteger a la familia, en situaciones coyunturales de la vida y frente al riesgo, empero la Corte Constitucional va mucho más allá en la jurisprudencia, porque reconoce derechos a la familia en cualquiera de sus tipologías, porque acepta los cambios que se dan en la realidad social y cultural de los sujetos, lo que conlleva a nuevas formas de conformación de la familia, por lo que hacen presencia, familias por matrimonio, adopción, unión marital de hecho, ensamblada, monoparental, familia de crianza. Agrega la Corte que no se debe desconocer el carácter subjetivo, afectivo, expresivo del ser humano como base para la conformación de una familia, ya sea con la formalización de los vínculos o de manera libre, autónoma y espontánea, de conformidad con la Constitución, para el caso, las familias de crianza.

La familia de crianza, es una forma manifiesta de familia de hecho, y aunque no exista un vínculo natural o civil entre los padres y los hijos, la conformación familiar está amparada por mandato constitucional a través del artículo 42, donde se reconoce diversidad de formas familiares en cumplimiento al principio de pluralidad; por ende, los hijos de crianza no deben ser excluidos del derecho a la pensión de sobreviviente.

Vale la pena mencionar, que el legislador y los pronunciamientos jurisprudenciales deben unificar criterios en torno a los requisitos que deben cumplir los hijos de crianza para gozar de dicho beneficio, como por ejemplo, tiempo de convivencia entre padres de crianza e hijos de crianza, que garanticen el establecimiento de vínculos afectivos estrechos, con una dinámica familiar semejante e incluso mejor que la que se vive con los hijos de procreación.

Conclusiones

El conflicto jurídico entre la legislación y la jurisprudencia con relación a la pensión de sobrevivencia de los hijos de crianza, radica en la exclusión de la figura de éstos últimos en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, donde queda supeditado el derecho para ser el beneficiario de dicha pensión cuando existan vínculos consanguíneos o civiles como versa en el Código Civil colombiano, desconociendo aspectos de la realidad fáctica y por ende de derechos constitucionales como es el reconocimiento de la tipología familiar de crianza, con los mismos beneficios de cualquier forma familiar constituida formalmente, como bien lo señalan las Altas Cortes.

El reconocimiento que hacen las Cortes a la figura de familia de crianza, así como de padres e hijos de crianza, entendidos como una modalidad de conformación familiar, que en el momento actual prevalece en el contexto social y cultural, como resultado de diferentes situaciones fácticas que hacen que un niño, niña, adolescente, sean criados por personas distintas a los padres biológicos, pero que cuenta con vínculos afectivos, no pueden ser rotos ni perturbados, porque se estaría vulnerando otros derechos fundamentales a los menores, como el de tener una familia, una vida digna, estabilidad emocional, quien les provea económicamente, entre otros.

La presencia y sobre todo la permanencia de la familia de crianza en el contexto social y cultural colombiano, amerita que tenga una protección especial, en virtud a los derechos que le atañen a dicha institución, por tanto, en un futuro próximo, la legislación debe contar con las prerrogativas a quien tenga derecho a recibirlas frente a las situaciones que puedan presentarse por el fallecimiento del padre/madre de crianza o del hijo de crianza.

Aunado a lo anterior, la familia de crianza como una modalidad de la familia de hecho, cuenta con un reconocimiento constitucional, manifiesto en el artículo 42, toda vez que se hace alusión a la familia indistintamente si es conformada por matrimonio, ya sea filiación

natural o civil, sino que así mismo le da cabida a la pluralidad de formas familias que puedan constituirse; por tanto, los hijos de crianza como el resultado de una tipología familiar específica, merecen una especial protección por parte del legislador y/o en su defecto por la jurisprudencia, máxime cuando de la pensión de sobrevivientes se trata.

Con la negativa al derecho a ser beneficiario de la pensión de sobreviviente al hijo de crianza, en cualquiera de las circunstancias, menor de edad, en condición de discapacidad o mayor de edad y menor de 25 años que esté estudiando y que dependa económicamente del fallecido, quién en vida obró como padre o madre de crianza, con vínculos afectivos, sin trámites administrativos de adopción, denota el desconocimiento del derecho sustancial sobre el formal.

Se hace oportuno recuperar el propósito inicial alusivo a la pensión de sobrevivientes, contemplada en la Ley 100 de 1993, la cual en su momento brindaba protección al grupo familiar, reconocía el beneficio de la pensión de sobrevivientes a los hijos de crianza, toda vez que por mandato constitucional, los derechos de los menores prevalecen por encima de los demás; así las cosas, y en procura de la igualdad jurídica, a los hijos de crianza se les debe salvaguardar los mismos derechos que a los niños, niñas, adolescentes adoptados o consanguíneos.

Finalmente, el excluir a los hijos de crianza del beneficio de la pensión de sobreviviente, se traduce en un déficit en la protección del sistema de seguridad social en materia pensional, que vulnera derechos tales como, la igualdad jurídica, el derecho a tener una familia, a la unidad familiar, y en suma a los derechos que los menores tienen de ser protegidos por el Estado. No hay que perder de vista que el Estado debe proteger a la familia de cualquier clase de discriminación, entonces... ¿en este caso, qué?. Salta a la vista un asunto de tensión jurídica, que sin lugar a dudas tendrá que ser resuelta.

Referentes Bibliográficos

- Abadía Vallejo, MF. (2014). *La pensión de sobreviviente para los hijastros o hijos de crianza en Colombia*. Universidad de San Buenaventura Cali. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Especialización en Seguridad Social. Santiago de Cali. Colombia.
- Álvarez Vanegas, LA. (2013). *Derechos de los hijastros, hijastras, los padrastros y los padres de crianza en el actual sistema general de pensiones colombiano*. Universidad Nacional de Colombia. Maestría en Derecho Laboral y Seguridad Social. Bogotá D.C.
- Barreto Nieto, LH. (2016). *Por fin: Pensión sobreviviente para las familias de crianza*. En: Razón Pública. Economía y sociedad. Recuperado de: <https://www.razonpublica.com/index.php/economia-y-sociedad/9475-por-fin-pensi%C3%B3n-de-sobreviviente-para-las-familias-de-crianza.html>. Consultado en: julio de 2018.
- Congreso de la República. (1993). *Ley 100 de diciembre 23 de 1993. Por la cual se crea el Sistema social de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones*. Bogotá. D.C. Diario Oficial. No. 41. 148 de diciembre 23 de 1993.
- Congreso de Colombia. (2003). *Ley 797 de enero 29 de 2003. 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*. Bogotá D.C. Diario Oficial No. 45. 079 de enero 29 de 2003.
- Congreso de Colombia. (2006). *Ley 1098 de noviembre 8 de 2006. Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia*. Bogotá D.C. Diario Oficial No. 46. 446 de noviembre 8 de 2006.
- Consejo Nacional Legislativo. (2010). *Ley 57 de abril 15 de 1887. Código Civil. Sobre adopción de códigos y unificación de la legislación nacional*. Vigésima quinta edición. Bogotá D.C. Legis Editores S.A. ISBN: 978 – 958 – 653 – 867 – 1.
- Consejo de Estado. (2013). *Radicalización No. 19001-23-31-000-2001-00757-01(31252), del 11 de Julio de 2013*. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. (CP). Enrique Gil Botero. Bogotá D.C.
- Constitución Política de Colombia. (1991).
- Corte Constitucional. (1994). *Sentencia C – 105 del 10 de marzo de 1994*. (MP). Jorge Arango Mejía.
- Corte Constitucional. (1999). *Sentencia T – 049 de Febrero 1 de 1999*. (MP). José Gregorio Hernández Galindo. Santafé de Bogotá. D.C.
- Corte Constitucional. (2011). *Sentencia C – 577 de julio 26 de 2011*. (MP). Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Bogotá D.C.

- Corte Constitucional. (2016). *Sentencia T – 074 de febrero 22 de 2016*. (MP). Alberto Rojas Ríos. Bogotá D.C
- Corte Suprema de Justicia. (1953). *Sentencia 7 de abril de 1953*. Sala de Casación Civil. (MP). Alfonso Bonilla Gutiérrez.
- Corte Suprema de Justicia. (2013). *Sentencia No. 40599 de abril 17 de 2013. Radicado 40.559 Sala de Casación Penal*. (MP). Gustavo Enrique Malo Fernández. Bogotá D.C.
- García, S. (2013). *Padres e hijos de crianza en Colombia, familias reales sin derechos formales en materia de sucesiones*. Universidad de los Andes. Recuperado de: <https://documentodegrado.uniandes.edu.co/documentos/6854.pdf>. Consultado en: octubre de 2018.
- Hernández, G. (2004). *Diccionario de sociología*. Madrid. ESIC Editorial.
- LeComte, M. (1995). *Un matrimonio conveniente: diseño de investigación cualitativa y estándares para la evaluación de programas*. En: Revista electrónica de Investigación y Evaluación Educativa. Vol. 1. No. 1. Escuela de Educación. Universidad de Colorado – Boulder. ISSN: 1134 – 4032.
- Monroy Cabra, M.G. (2008). *Derecho de Familia y de la Infancia y la Adolescencia*. 11ª Edición. Bogotá D.C. Librería Ediciones del Profesional Ltda.
- Moreno Rodríguez, JA. (2009). *Derecho de familia*. Tomo I. Paraguay. Intercontinental.
- Oliva, A; Parra, A; Antolín, L. (2010). *Desarrollo Psicológico en las nuevas estructuras familiares*. Madrid. Ediciones Pirámide.
- Organización de las Naciones Unidas. (1990). *Observación General No. 19. Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos. Artículo 23. La Familia*. 39 período de sesiones. UN. Doc. HRI/GEN/1/Rev. 7 at 171. Recuperado de: <http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/Sgencom19.html>. Consultado en: octubre de 2018.
- Organización de las Naciones Unidas. Departamento de asuntos económicos y sociales. (2010). *Principios y recomendaciones para los censos de población y habitación*. Revisión 2. Serie M. No. 67.
- Parra Benítez, J. (2008). *Derecho de Familia*. Bogotá D.C. Editorial Temis.
- Pensión para hijos de crianza. (2016). En: Asuntos Legales. Recuperado de: <https://www.asuntoslegales.com.co/opinion/pension-para-hijos-de-crianza-2385626>. Consultado en: Julio 2018.
- Pensión sobreviviente para hijo de crianza. (2016). En: Jurisconsultos Law Firm. Recuperado de: <https://www.jurisconsultos.com/2016/07/11/pensi%C3%B3n-sobreviviente-para-hijo-de-crianza/>. Consultado en: Julio 2018.

- Quiroz Monsalvo, A. (2011). *Manual Civil*. Tomo V. Bogotá D.C. Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Rodríguez, G; Gil Flores, J; García Jiménez, E. (1996). *Metodología de la investigación cualitativa*. Málaga. Editorial Aljibe.
- Salazar Morales, LJ. (2015). *Derecho a la pensión de sobreviviente, para los hijos de crianza en el actual sistema general de pensiones colombiano*. Facultad de Derecho. Universidad Católica de Colombia. Sede Bogotá. Bogotá D.C.
- Senado de los Plenipotenciarios. (1873). *Ley 84 de mayo 26 de 1873. Código Civil de los Estados Unidos de Colombia*. Bogotá. Diario Oficial No. 2.867 de mayo 31 de 1873.
- Tylor, S; Bogdan, R. (1986). *Introducción a los métodos cualitativos de investigación*. Argentina. Paidós.
- Taylor, SJ; Bogdan, R. (1992). *Introducción a los métodos cualitativos en investigación. La búsqueda de los significados*. España. Paidós.
- Vela, A.C. (2015). *Del concepto jurídico de familia en el marco de la jurisprudencia constitucional colombiana: un estudio comparado en América Latina*. Universidad Católica de Colombia. Recuperado de:
<http://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/2746/1/DEL%20CONCEPTO%20JURIDICO%20DE%20FAMILIA.pdf>. Consultado en: octubre de 2018.
- Villamizar, M. (2016). *El Derecho a la pensión de sobrevivientes en las familias de crianza en Colombia*. Facultad de Derecho. Universidad Católica de Colombia.