RESUMEN – TRABAJO DE GRADO

AUTORES	María Fernanda Álvarez Moreno Cód. 240894 Daniela Alexandra Payares González Cód. 240922
FACULTAD	FACULTAD DE EDUCACION ARTES Y HUMANIDADES
PLAN DE ESTUDIOS	DERECHO
DIRECTOR	Keidy Aceros Flórez
TÍTULO DE LA TESIS	Los hijos de crianza en la legislación colombiana: Análisis derechos de herencia
TITULO EN INGLES	Foster Children in Colombian Law: Inheritance Rights Analysis

RESUMEN
(70 palabras)

Con la evolución y diversificación del concepto de familia, se han reconocido a aquellas familias que surgen por vínculos diferentes a los naturales y jurídicos, sin embargo, se avizora que el código civil colombiano se ha quedado corto en desarrollar las diferentes acepciones de hijos con la exclusión de los hijos de crianza. Debido a ese vacío legal se evidencia la vulneración de múltiples derechos, principalmente aquellos de carácter herenciales.

RESUMEN EN INGLES

With the evolution and diversification of the concept of family, those families that arise from links other than natural and legal have been recognized, however, it is envisaged that the Colombian civil code has fallen short in developing the different meanings of children with the exclusion of foster children. Due to this legal vacuum, the violation of multiple rights is evidenced, mainly those of an inheritance nature.

PALABRAS CLAVES	Hijos, herencia, vínculos, derechos
PALABRAS CLAVES EN INGLES	Children, inheritance, ties, rights

CARACTERÍSTICAS

PÁGINAS: 67	PLANOS:	ILUSTRACIONES:	CD-ROM:

Los Hijos de Crianza en la Legislación Colombiana: Análisis Derechos de Herencia

Autores

María Fernanda Álvarez Moreno

Daniela Alexandra Payares González

Monografía de investigación como requisito para optar el título de abogados

Director

Keidy Acero Flórez

Abogado

Universidad Francisco De Paula Santander Ocaña

Facultad de Artes y Humanidades

Derecho

Ocaña, Colombia **Abril, 2021**

Índice

Capítulo I La Familia en el Derecho Colombiano 1

1.1. Contexto y generalidades de familia en el Derecho Civil 1

1.2 Análisis a las formas de parentesco en la Ley Civil, diferencias 4

1.3 posesión notoria del hijo 10

Capítulo II De los Derechos Herenciales 15

2.1. Análisis Jurisprudencial 15

2.2. Análisis al artículo 1045 Ley Civil, se advierte discriminación de hijos de crianza en orden sucesoral 27

Capitulo III Vulneración al Derecho a Heredar en los Hijos de Crianza 29

3.1. Análisis crítico a la vulneración del principio de pluralismo en las familias 29

3.2. Estudio a la vulneración de derechos prevalentes de menores hijos de crianza 34

3.3. Análisis de vulneración a la debida protección constitucional de la familia como institución 39

3.4 Análisis de omisión legislativa absoluta en la materia de estudio 43

3.5 Concepto sobre el debido proceso vulnerado al acudir a jurisprudencia y no directamente a legislación en materia de hijos de crianza 44

Capitulo IV Estudio Sobre la Competencia Para el Desarrollo Normativo de los Derechos de los Hijos de Crianza: ¿Corte Constitucional; Congreso de la Republica; jurisprudencia de las Altas Cortes? 46

Conclusiones 51

Referencias 55

Introducción

El presente documento académico es una monografía de investigación por medio de la cual se pretende estudiar la figura de los hijos de crianza respecto a su derecho a heredar y su contemplación en la Ley y la jurisprudencia.

La Corte Suprema de Justicia, en su sala civil ha enunciado en varias ocasiones que las familias no obedecen a un mismo patrón consanguíneo, sino que, por figuras como la adopción o circunstancias de hecho, se pueden generar vínculos que igualan las relaciones afectivas, patrones de crianza y educación, derechos y deberes dentro del núcleo familiar y demás circunstancias que amplían el concepto de familia y lo diversifican.

Existen unas circunstancias de hecho dentro de las cuales se sitúan los hijos de crianza, que, según la misma Corte, debido a la ampliación del concepto de familia, deberían compartir los mismos derechos que los demás hijos legítimos o extramatrimoniales. Sin embargo, la Legislación Civil no hace referencia a esta clase de vinculo o a esta categoría de hijos como personas con derecho a recibir herencia propiamente hablando, por lo cual surge el siguiente problema jurídico: ¿Se constituye una exclusión y violación de derechos herenciales igualitarios la no consagración de los hijos de crianza dentro de la legislación civil colombiana?

Se busca como objetivo general ahondar en los derechos que deben ser reconocidos junto con la evolución y cada vez mayor diversificación del concepto de familia en el ordenamiento jurídico colombiano, esto por medio de objetivos específicos como indagar respecto de la ubicación de los hijos de crianza dentro del mismo, no como un concepto aislado sino como una categoría de hijos que debe ser reconocida y se supone debe estar reglada en la medida de los

derechos que les asisten a estos, con especial énfasis en lo que tiene que ver con los derechos herenciales.

En cuanto a la delimitación del tema esta investigación abarcará la legislación civil en términos de familia, puntualmente lo que comprende dicha legislación en cuanto a hijos se refiere; se indagará frente al reconocimiento de esta clase de hijos desde el ordenamiento jurídico y sus derechos frente a la herencia determinando si legalmente dichos hijos gozan en plena libertad del reconocimiento, aspectos a tener en cuenta para ser reconocido como uno y, como tema central, si hay una postura legal determinante frente al derecho a recibir herencia en condiciones iguales a otros hijos.

Se abordará el tema desde la óptica jurídica, derechos humanos y derecho civil. Se evaluará la consignación legal de esta clase de hijos y las garantías de protección de los derechos de la familia en su totalidad; las fuentes a utilizar serán la jurisprudencia, la Ley y la doctrina.

Se acudirá al método cualitativo con el cual se busca describir las características que comprenden el tema de los hijos dentro de la legislación civil, además por medio del mismo, se busca describir la situación jurídica que plantean la legislación y la jurisprudencia frente al tema.

Por medio del método analítico, se busca sentar una postura que dé respuesta al problema jurídico una vez analizado el margen normativo y para finalizar, haciendo uso de la hermenéutica jurídica se concertaran las conclusiones que reflejen el aporte dogmático de este proyecto.

Los Hijos de Crianza en la Legislación Colombiana: Análisis Derechos de Herencia.

María Fernanda Álvarez Moreno

Daniela Alexandra Payares González

Directora, Keidy Aceros Flórez

Abril,2021

Resumen. Actualmente en términos de Legislación Civil solo se reconocen como hijos aquellos legítimos, adoptados o extramatrimoniales; Por su parte, la jurisprudencia ha mencionado en reiteradas ocasiones la figura de los hijos de crianza en la que se hace referencia a estos hijos como sujetos de derechos dentro del espacio familiar, la misma nace de una realidad social en la que muchas familias crían hijos con los que no comparten vínculos consanguíneos o civiles constituyéndose una verdadera relación familiar de hecho, por medio de sentencias aisladas se han reconocido ciertos derechos entre esta relación padres e hijos de crianza; sin embargo, por ser una situación que necesariamente comporta derechos Fundamentales incluso derechos de niños y niñas con carácter prevalente; tras realizar un corto estado del arte, pudimos evidenciar que son muy pocos los estudios que se han adelantado frente a los hijos de crianza y los pocos que existen han tocado otras perspectivas, por lo cual desarrollar este tema desde la academia representa un aporte a la dogmática jurídica, al derecho civil y un aporte en materia de protección de derechos fundamentales a fin de evitar su vulneración en un estado intervencionista y garantista como lo es nuestro modelo de Estado Social de Derecho. Por medio de la hermenéutica jurídica se concluye que no se puede hablar de violación del derecho a la igualdad en relación a derechos herenciales de los hijos legítimos puesto que no se advierte desigualdad o desequilibrio entre las clases de hijo sino una exclusión a causa de una omisión absoluta por parte del legislador en relación a la consagración de los hijos de crianza como tales lo cual impide que desde la legalidad se pueda alegar la vocación hereditaria pues la misma tiene por fuente la Ley y no las simples presunciones legales.

Capítulo I La Familia en el Derecho Colombiano

El concepto de familia en el derecho civil es en términos generales usado para referirse al conjunto de personas que en orden descendiente provienen de una misma raíz, teniendo en cuenta que deben relacionarse bien sea por el matrimonio o por la denominada filiación que como bien sabemos, hace referencia a la relación entre los padres y los hijos, normalmente ocasionada por la genética, aunque el desarrollo tanto social como jurisprudencial ha ido flexibilizando este concepto permitiendo la inclusión de hijos por adopción y el tema que hoy nos ocupa: los hijos de crianza. Estos lazos bien sean consanguíneos o civiles se denominan parentesco y es por medio de este que se originan gran cantidad de derechos incluyendo los que se ocasionan tras la muerte de los padres.

Nadie discute la existencia de diferentes tipologías de familia, algunas carentes de presupuestos formales, como las constituidas "al margen de vínculos biológicos, como las familias de crianza, con las que no se comparte un parentesco" (Ambito Juridico , 2018)

1.1.Contexto y generalidades de familia en el Derecho Civil

De acuerdo al orden constitucional en su artículo 42 (Congreso de la Republica de Colombia, 1991) la familia se define como el núcleo fundamental de la sociedad, la misma debe ser constituida por vínculos naturales o jurídicos. El mismo artículo establece un factor determinante y es la obligación del Estado y de la sociedad de proteger de forma íntegra a la familia, convirtiéndose este en el primer factor a tener en cuenta como vulneración debido al no reconocimiento legal del concepto de hijos de crianza al margen de los derechos hereditarios.

Ahora, en tanto institución social, se incluye el conjunto de valores y normas compartidas, que orientan el modo de pensar, sentir y actuar de las personas que constituyen las familias, influyendo en la forma de integración y en el reconocimiento de derechos y deberes al interior del colectivo familiar. (Rubio, 2011)

El artículo segundo de la Ley 1361 de 2009 (Congreso de la Republica de Colombia , 2009) por medio de la que se desarrolla el artículo 42 Constitucional y en la cual se afirma que la familia debe constituirse de manera natural o jurídica es determinante al momento de visibilizar a los llamados hijos de crianza como verdaderos hijos que si bien no comparten vínculos consanguíneos sí los tienen de manera emocional y en general con lo que a responsabilidad parental atañe, lo cual es una manifestación integra de la caracterización de hijos y por ende es discriminatorio el hecho de no estar consagrados como tal, constituyéndose, desde el ámbito civil, en una vulneración de la Ley y los derechos que esta comporta.

En el mismo sentido, el numeral cuarto del mismo artículo segundo de la Ley en comento señala que son parte de la familia quienes de manera permanente se hallen integrados a la unidad doméstica, es decir, debe entenderse entonces que quienes sin vínculos jurídicos o naturales hagan parte del núcleo familiar y la relación entre los padres y este de cuenta de un verdadero vinculo parental también deben ser considerados familia y por ende ser reconocidos taxativamente en lo que a derechos fundamentales y conexos al derecho a tener una familia se refiere.

En sentencia C/577 de 2011 (Corte Constitucional de Colombia, 2011) se evidencia como jurisprudencialmente se ha venido relacionado el tema de las diferentes formas de consolidación

de la familia, pero también se hace mención no solo a la conformación de matrimonios o relaciones sentimentales sino a lo que a hijo compete y en este sentido, señala: en materia de filiación rige un principio absoluto de igualdad, porque, en relación con los hijos, “no cabe aceptar ningún tipo de distinción, diferenciación o discriminación, en razón de su origen matrimonial o no matrimonial”, igualdad absoluta que no existe “en la protección de las diferentes uniones convivenciales”.

En este sentido la Corte ha explicado que “el derecho de los niños a tener una familia se puede materializar en el seno de cualquiera de los tipos de familia que protege la Carta Política”, habida cuenta de que “el primer espacio al cual el infante tiene derecho a pertenecer es su núcleo familiar, en el cual ha de encontrar las condiciones personales y afectivas más adecuadas para que su proceso de educación moral y formación ciudadana sea llevado a cabo cabalmente”. (Corte Constitucional de Colombia , 2011)

Por otra parte, el Ministerio de Justicia narra que on ocasión de la evolución del concepto de familia, además de la autonomía de la mujer, encontramos una ampliación de las garantías para los hijos sin importar su procedencia. Si en el siglo XIX existía una discriminación entre hijos naturales, adúlteros, incestuosos, legítimos y legitimados, ya en la mayor parte del siglo XX esta discriminación se reduce a hijos naturales (o ilegítimos) y legítimos. (Minsisterio de Justicia de Colombia , 2014)

Debe entenderse además que, la familia, como medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, es el escenario en donde se cumple el derecho de padres e hijos a establecer y conservar relaciones personales, mediante manifestaciones de recíproco afecto, trato continuo y comunicación permanente, que contribuyen a satisfacer en unos y otros naturales y legítimas aspiraciones derivadas de los lazos de sangre.

El derecho de familia, aunque es autónomo e independiente, nace del derecho civil el cual a su vez se fundamenta en la persona individual. La necesidad de que el derecho civil expandiera su concepción individual radica en la importancia de proteger las relaciones entre los miembros de la familia e incluso la de estos con terceros; razón por la cual estas relaciones y los derechos que se derivan de estas no pueden ser vistas desde la autonomía de cada individuo que la conforma, sino que, debe existir una normativa que abarque el matrimonio, la filiación y que proteja siendo garante tanto de los derechos de los niños parte de la familia como de los demás derechos que se derivan dentro de los cuales se comprende no solo las relaciones emocionales y lazos consanguíneos o civiles, sino que además debe verse el derecho de familia como aquel conjunto de normas jurídicas dentro de las cuales se regulan también las relaciones patrimoniales entre los miembros que conforman dicho núcleo familiar. Esta regulación patrimonial que el derecho de familia comporta es donde se ubica el derecho a heredar que nace con el vínculo que debe ser reconocido entre los hijos de crianza y quienes hicieron las veces de sus padres.

1.2 Análisis a las formas de parentesco en la Ley Civil, diferencias

Partiremos por la filiación siendo este el vínculo jurídico que establece la Ley entre los hijos, bien sea biológicos o adoptados, y sus padres.

La filiación haya fundamento en la maternidad al determinarse el nacimiento de un hijo y que se demuestre que el tal es producto del parto de dicha mujer. Entre tanto, la filiación desde la paternidad se presume generalmente por el vínculo matrimonial; es decir, el fundamento por excelencia de la filiación es la procreación; Sin embargo, la adopción también hace parte de la filiación, es decir que es considerada y reconocida legalmente al momento de establecer cuál es el vínculo que da lugar a la relación padres e hijos. “la palabra adopción proviene del latín Ad-

opto, “optar”, referida a la voluntad del adoptante de optar, de decidir que un niño o una niña, o un grupo de hermanos, van a ser sus hijos. De igual manera, puede afirmarse que un progenitor, generalmente la mujer, opta por renunciar a la crianza de su hijo Adopción del Hijo de Crianza en Colombia 13 biológico. Esta facultad de optar también recae en los operadores de justicia quienes pueden, según las circunstancias propias de un caso sancionar a los padres biológicos y “quitarles” los hijos como una medida de protección cuando éstos son víctimas del maltrato, la crueldad, el abandono de quienes los procrearon. (Gomez, 2015)

Es importante, traer a colación la filiación toda vez que esta no es un simple capricho de la legislación, sino que comporta un verdadero estado civil que determina la situación jurídica de los hijos frente a su familia y la sociedad y, por ende, es determinante al momento del ejercicio de derechos y cumplimiento de obligaciones.

El parentesco puede nacer desde tres situaciones jurídicas posibles: la consanguinidad que hace referencia al vinculo filial que se origina por sangre o la pertenencia natural a un grupo familiar; la afinidad que se refiere al vinculo que existe con los familiares del esposo o esposa, y el parentesco civil o legal que obedece propiamente a la adopción. Respecto al parentesco de consanguinidad este haya su origen en la filiación, es por esto que la misma es un elemento indispensable para establecer instituciones jurídicas como derechos de alimentos, nacionalidad y, en el caso que nos ocupa, se estableces los órdenes sucesorales, siendo este no un detalle menor, pues nos encontramos frente a una desigualdad en la que solo se reconoce legalmente en Colombia la adopción y la consanguinidad como parte de la filiación, excluyendo la crianza continua y permanente del reconocimiento por medio del cual se establecen entre otras cosas, el

orden sucesoral. En el mismo sentido, es por medio de la filiación como se determinan la paternidad y patria potestad.

En el mismo sentido, de acuerdo con lo que, en derecho de familia, legal y jurisprudencialmente se ha desarrollado. Los hijos desde la filiación pueden clasificarse en: Legítimos; legitimados; extramaritales y; adoptivos.

La filiación comprende el vínculo jurídico que existe entre los sujetos llamados ascendientes y descendientes, sin limitaciones de grados, es decir, entre personas que descienden las unas de las otras (Perez, 2006).

Siendo los hijos legítimos aquellos que nacen dentro del vínculo matrimonial o unión marital de hecho, es importante señalar que la Ley civil (Congreso de la Republica de Colombia , 1873, pág. Art 149) determina que aun cuando se declare la nulidad de un matrimonio, los hijos habidos siguen considerándose como legítimos y por ende acreedores de todos los derechos incluyendo los derechos sucesorales.

La legitimidad de un hijo desde esta clase de filiación se prueba en cuanto a la madre por medio del certificado de nacido vivo expedido en el centro médico donde se dio el nacimiento. En cuanto al padre, esta se presume entre tanto sea concebido durante el matrimonio o unión marital de hecho, valga añadir que el hijo nacido durante los 180 días posteriores a la celebración del matrimonio se presume como hijo legítimo de ambos cónyuges.

Por otra parte, respecto de los hijos reconocidos como tales debido al parentesco de consanguinidad el Código Civil en su artículo 92 contempla una situación de paternidad natural presumida, presunción que armoniza con el Articulo 4 de la Ley 45 de1936. La Ley Civil

estipula que se presume la paternidad en caso de violación cuando el tiempo del hecho concuerda con el de la gestación; la seducción realizada mediante hechos dolosos, abuso de autoridad, e incluso promesa de matrimonio para conseguir la relación sexual, también son circunstancias que hacen presumir la paternidad y que por ende desencadenan todos los derechos y deberes para con el menor y la madre de la misma cuando así se requiera.

En caso en que el presunto padre no quiera reconocer al hijo que se alega es suyo existen dos clases de acciones del estado de filiación que son: las acciones para averiguar el estado civil de quién es la mamá o el papá que a su vez son la acción de investigación de la paternidad o maternidad extramatrimonial que se adelanta de acuerdo a la Ley 721 de 2001 cuando el demandante y el demandado están vivos. Y la acción de filiación de la paternidad o maternidad la cual se adelanta mediante proceso ordinario según el artículo 396 del Código civil. Y las acciones de impugnación del estado civil de las personas o de maternidad y paternidad las cuales se encuentran reguladas en la Ley Civil y contemplan términos específicos para poderse adelantar.

En cuanto a los hijos legitimados, estos son aquellos que se legitiman con el posterior matrimonio de los padres ya que en el momento de la concepción no se encontraban casados o en unión marital de hecho.

La legitimación es un derecho que tienen los hijos concebidos prematrimonialmente para que una vez casados legalmente los padres estos puedan ser considerados como hijos matrimoniales, por lo tanto, es requisito indispensable la unión civil entre estos.

Esta puede darse de dos maneras: de pleno derecho que ocurre cuando se celebra el matrimonio de los padres, esta pueda darse cuando el nacimiento ocurre después del matrimonio, pero la concepción fue previa a este o puede generarse cuando el hijo tiene la condición de hijo extramatrimonial pero luego los padres contraen matrimonio. Voluntaria o bilateral, esta clase de legitimación ocurre cuando una vez celebrado el matrimonio se expone el deseo de reconocer como hijos matrimoniales a aquellos que nacieron con anterioridad a la celebración del mismo.

El hijo legitimado tiene iguales derechos que el hijo legitimo o matrimonial, sin embargo, la legitimación no surte efectos anteriores a la fecha de celebración del matrimonio toda vez que es precisamente este acto el que cambia el estado civil del menor respecto a su filiación. En cuando a las sucesiones, como tema central, el hijo legitimado no puede suceder a quien haya muerto antes de la celebración del matrimonio entre sus padres pues sus derechos herenciales nacen una vez oficiado el matrimonio que dio lugar a su legitimación. Esta clase de filiación se encuentra sustentada en el artículo 236 y S.S. del Código Civil Colombiano. (Congreso de la Republica , 1873)

Continuando con las clases de filiación, la Ley Civil también contempla a los hijos extramatrimoniales o ilegítimos.

Los llamados “hijos naturales” que eran aquellos que nacían por fuera del vínculo matrimonial anteriormente eran sometidos a tratos discriminatorios por parte de la Ley tanto así que estos eran excluidos por los hijos legítimos en las sucesiones, por lo tanto, solo tenían derechos a la alimentación básica sin que en ningún momento pudieran alegar mayores derechos o llegar a heredar de su padre por el simple hecho de no ser legítimos. Con una evidente vulneración de derechos los hijos naturales no tenían ninguna situación jurídica.

Fue con la ley 45 de 1936 (Congreso de la Republica de Colombia , 1936) que se permite al hijo natural ser declarado como tal y de este modo otorgarle una identidad; entre otras cosas, se permite por medio de esta la posibilidad de que el hijo natural pueda reclamar alimentos congruos y no solo los de básica supervivencia.

Actualmente, un hijo extramatrimonial puede ser reconocido de forma voluntaria y gozar de los mismos derechos que los hijos legítimos incluyendo los derechos herenciales sin que pueda atribuírsele clasificaciones discriminatorias o desiguales en razón de su forma de filiación.

De acuerdo a la Ley Civil, el reconocimiento de hijo extramatrimonial es un acto personal, expreso, unilateral, solemne, irrevocable, puro y simple, y es un acto declarativo.

Ahora bien, la única modalidad de filiación reconocida legalmente en la que no media la consanguinidad es la adopción considerándose este como una medida de protección por medio de la cual se establece la relación padres e hijos entre aquellos que no comparten tal relación naturalmente, es de manera irrevocable y con vigilancia del Estado. En cuanto a carácter de hijo adoptivo, este tiene los mismos derechos que los hijos legítimos, legitimados y extramatrimoniales. Pueden ser adoptados tanto mayores como menores de edad con el lleno de requisitos legales y administrativos según sea el caso.

Es claro que la Ley colombiana en materia de filiación y reconocimiento de derechos de los hijos, calidad de hijo y demás, ha ido evolucionando en aras de amparar el desarrollo e identidad de las personas sin ánimo de generar discriminación o diferenciación en facultades y derechos de acuerdo a la clase de hijo, sin embargo, a pesar de la aceptación de las diferentes clases de familia, diversas formas de procreación, diferentes vínculos que incluyen no solo el

consanguíneo y a pesar de los esfuerzos legislativos por proteger el derecho a la familia, a un nombre y una identidad no está siendo salvaguardado desde todas las perspectivas pues sigue siendo evidente el trato diferenciador con los hijos de crianza respecto de aquellos que fueron anteriormente desarrollados. Por otra parte, se puede asegurar que la conformación de la identidad no es un problema de carácter eminentemente intrapsíquico, sino que por el contrario cae en el ámbito de lo social, en la medida en que la identidad es producto de la interacción. (Avila, 2000) Sin embargo, existe una situación contemplada en la Ley que se denomina: posesión notoria del hijo la cual se relaciona íntimamente con la situación jurídica del hijo de crianza.

1.3 posesión notoria del hijo

En el desarrollo de los procesos de filiación, se ha venido presentando una disputa entre la prueba biológica de ADN y la posesión de un hijo. Esta disputa radica en las presunciones o en la existencia de los medios indirectos para probar la paternidad.

Obedeciendo a lo que constitucionalmente se consagra como libertad probatoria, los jueces no pueden limitarse solo a valorar la prueba biológica como único medio probatorio pues se estaría frente a una vulneración del debido proceso a la vez que se vulneran derechos de los menores como el de pertenecer a una familiar, tener una identidad y demás que provienen de sus relaciones filiales que no necesariamente son siempre consanguíneas.

En cuanto a los medios indirectos para probar la paternidad, que mencionamos anteriormente, se encuentra la posesión notoria que representa una presunción por medio de la cual es posible reclamar la paternidad de manera indirecta, de acuerdo con la Ley 45 de 1936,

esta puede alegarse cuando se ha suplido en general las necesidades del hijo: alimentación, educación, salud, recreación y todo cuanto encierra el cuidado integral de los hijos además de habérsele reconocido como tal en público.

La Ley define la posesión notoria como aquella situación en la que el padre o la madre hayan tratado como hijo, pero, además, se requiere que el que pasa por hijo sea reconocido como tal por los amigos, familiares y demás personas del círculo social. Este trato como hijo debe haber perdurado como mínimo cinco años continuos. Estos hechos continuos y públicos de afecto y cuidado son los que permiten inferir que quien los ejecuta es en realidad el padre o la madre. (Congreso de la Republica de Colombia , 1998)

La posesión notoria durante el tiempo descrito es fundamental para acreditar la filiación prefiriéndose incluso por encima de las pruebas biológicas que demuestren el vínculo consanguíneo con sus progenitores. Es decir, que aun cuando dentro del proceso se pruebe que los progenitores son otros el juez puede determinar la filiación en razón de la posesión comprobable del hijo en excelentes condiciones por parte de su familia no natural a menos de que se demuestre que el hijo corre peligro con la familia de hecho, es importante aclarar que jurisprudencialmente se ha determinado que deben coexistir tres factores para que pueda acreditarse tal calidad y esta pueda estar por encima de las pruebas biológicas; estos factores son: el trato, la fama y el tiempo.

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, expone que la posesión notoria del estado civil de hijo “exige un reconocimiento público de ese hecho, rodeado de un claro y contundente comportamiento, propio de quien se cree padre de una persona determinada. (Corte Suprema de Justicia , 2006)

Así mismo, el artículo 10 de la Ley 75 de 1968 (Congreso de la Republica , 1968) y el artículo 399 del Código Civil expresan que "la posesión notoria del estado civil se probará por un conjunto de testimonios fidedignos, que la establezcan de un modo irrefragable". Siendo así, se puede presumir el derecho en la filiación siempre y cuando la posesión notoria sea prolongada y permanente.

La filiación es sin duda alguna el factor determinante en la vida de todos los individuos. Pues es por medio de esta como se establece la calidad de hijo y con ella todos los derechos y deberes correspondientes, es decir, que todos los efectos jurídicos y derechos civiles empiezan a raíz de la identificación y pertenencia a un núcleo familiar del hijo, es por esta razón que es de suma importancia establecer los vínculos de los menores no solo en virtud de quien biológicamente es progenitor sino establecer una filiación teniendo en cuenta los vínculos emocionales, crianza, desarrollo y donde se suplen de manera íntegra las necesidades de los hijos, no puede relacionarse el derecho a conocer la procedencia con los derechos que conllevan una vida digna e integra para los hijos esta es razón suficiente para que jurisprudencialmente se haya tomado por prioridad la posesión notoria antes que la consanguinidad.

Ahora bien, otro es el caso cuando se trata de un hijo extramatrimonial caso en el cual cuando se pretende alegar posesión notoria del estado de hijo es necesario que el juez esté plenamente convencido de que los tres requisitos antes descritos (fama, trato y tiempo) hayan concurrido durante cinco años o más, pero ese convencimiento está a cargo del demandante quien por medio de testimonios y pruebas contundentes podrá solicitar la el reconocimiento de la paternidad y de este modo pueda ser declarada o en caso contrario la parte demandada puede controvertir lo aducido por la contraparte.

Finalmente, la posesión notoria al enfrentarse a la prueba científica, que es la de mayor fiabilidad, debe ser probada de manera idónea y no por simples suposiciones o presunciones ya que estas solo comportan reglas jurídicas que por sí mismas no representan un medio probatorio conducente por lo tanto deben concurrir pruebas testimoniales, documentales, indicios que soporten la base de un proceso con el cual se definirá no solo la identidad sino todo el despliegue de los derechos civiles del hijo.

Con la presunción de paternidad por vía de declaración de posesión notoria del estado de hijo la jurisprudencia colombiana ha ido abriendo camino a la necesidad de que se reconozcan los lazos filiales más allá de la consanguinidad permitiendo que se repute como padre a aquel que ha suplido las necesidades tanto emocionales como físicas del hijo aun sin compartir lazos de sangre.

Respecto a esta presunción llamada posesión notoria del hijo la Corte Suprema de Justicia se ha mantenido en una posición bastante apegada a lo que en la Ley 721 de 2001 se establece respecto a la obligatoriedad de la prueba de ADN en los procesos de filiación o investigación de paternidad; la Corte sostiene que debe prevalecer el derecho a saber quiénes son los padres, además de sostener que la paternidad o maternidad es un asunto de orden biológico y por tanto la prueba científica es el único medio idóneo para determinar quién es el progenitor del sujeto, es decir, que aunque se esté frente a un caso en el que se demuestre la posesión notoria esta no puede prevalecer sobre un tema que es de carácter consanguíneo. Contrario a lo que sostiene la Corte Constitucional la cual no niega la idoneidad de la prueba de ADN, pero a la par reconoce que no pueden ser los auxiliares de la justicia quienes fallen en los procesos de filiación esto debido a que debe ser el sistema judicial en cabeza del juez quienes valoren todo el acervo

probatorio sin que el dictamen del auxiliar judicial sea el que determine el fallo. A su vez, sostiene que amén de la autonomía judicial corresponde al juez tras observar la idoneidad de las pruebas determinar la declaratoria de paternidad. Cabe aclarar, que la misma Corte ha manifestado que en todo caso la posesión notoria carece de sustento jurídico y por tanto no es el derecho declarar paternidad en virtud de esta a pesar de que jurisprudencialmente se ha hecho. La posición de la Corte deja ver cómo, aunque se admite que existen diversas clases de familia no hay una posición contundente que dé lugar legal a las familias que se conforman de hecho o bajo la modalidad de “familias de crianza”.

Capítulo II De los Derechos Herenciales

2.1. Análisis Jurisprudencial

¿Cuál es la postura de la jurisprudencia colombiana respecto a los derechos patrimoniales de los hijos de crianza?

Necesidad de análisis jurisprudencial

Teniendo en cuenta que nos encontramos frente a un tema que comporta derechos fundamentales y patrimoniales sin que se encuentre taxativamente en la legislación, resulta pertinente conocer desde la jurisprudencia cómo se ha desarrollado este tema y cuáles han sido las diferentes posturas.

Corte Constitucional; Sentencia C-085 de 2019; 27 de febrero de 2019; M.P. Cristina Pardo Schlesinger (Corte Constitucional de Colombia , 2019)

Hechos Relevantes

Un ciudadano demanda la inconstitucionalidad de la expresión “hijos” del artículo 1045 del Código Civil, por considerar que vulnera, entre otros, el derecho a la igualdad al excluir a los hijos de crianza del orden sucesoral.

Aspecto jurídico considerado

Demanda de inconstitucionalidad

Problema jurídico

¿Se considera una vulneración de derechos fundamentales la exclusión de los hijos de crianza en el orden sucesoral?

Ratio Decidendi

Aunque la Corte se declara inhibida para fallar, se pronuncia frente a la situación jurídica de los hijos de crianza de la siguiente manera:

Asegura que los hijos de crianza constituyen una categoría de sujetos que ha sido creada por la jurisprudencia y cuyo fundamento es el afecto, solidaridad y respeto y que la misma se origina por miembros que no comparten vínculos consanguíneos o civil. Sin embargo, se reconoce que esta es una categoría de familia cuyos miembros han sido protegidos solo de manera excepcional por la Corte Constitucional en casos evidentes de vulneración de derechos fundamentales sin que esto sea suficiente para que se configure una categoría de hijos tales como los ya existentes en la norma Civil.

La misma sentencia reconoce que la protección que se ha otorgado frente a algunos derechos en esta clase de familias obedece solo a casos muy particulares y las decisiones han aplicado justamente a caso por caso sin que se pueda hablar de una normativa de carácter general que reconozca estos derechos, esto es importante toda vez que el desarrollo jurisprudencial que ha tenido la figura de la crianza no es suficiente para definir qué efectos jurídicos tiene esta en aspectos trascendentales como la filiación o el parentesco ya que desde la corporación solo se han amparado derechos fundamentales sin que se puede pronunciar sobre los vínculos filiales.

Dentro de los aspectos que desarrolla sentencia en relación a la materia tenemos por aportes los siguientes.

La Corte llama la atención en relación a la carencia de mecanismos legales que tienen las familias de crianza para proteger su situación. Jurídica. En la misma se hace referencia a las presunciones legales en contra posición a los recursos judiciales idóneos para determinar un verdadero estado civil y parentesco.

Dentro de los órganos que intervienen en la sentencia destacamos el aporte de la representación de Registraduría Nacional del Estado Civil, más allá de la exequibilidad o no de la norma traemos a colación su pronunciamiento frente a la situación de esta clase de hijos. Desde la Registraduría se habla sobre la igualdad en su función de valor fundante, principio y derecho, esto con el fin de que se reconozca la vulneración a la igualdad no solo como derecho sino como valor que debe ser reconocido en la legislación teniendo en cuenta la prohibición de tratos discriminatorios y más cuando ya no se trata de una situación desconocida sino que es un tema que ha sido desarrollado por la Corte Constitucional y por tanto su evasión podría considerarse discriminación respecto de los hijos de crianza.

Se sigue haciendo énfasis en los diferentes pronunciamientos constitucionales en los que se ha afirmado que a partir de lazos afectivos también puede nacer un verdadero vinculo filial, tal es el caso de la adopción en la cual independientemente de su formalismo, el vínculo parte del afecto y no desde la consanguinidad.

El pluralismo hace parte de este reconocimiento de no un solo tipo de familia sino de la diversidad en razón de estos lazos afectivos y solidarios. En ese sentido, seguir protegiendo solo los derechos de los hijos matrimoniales, extramatrimoniales o civiles representa un estado estático que no reconoce que existe otra clase de hijos cuyo desconocimiento afecta entre otros derechos, los derechos patrimoniales de manera directa.

En cuanto a las personas llamadas a suceder, esta sentencia resulta de gran importancia para sustentar la falencia legislativa pues en ella se determina que no hay ninguna otra manera de que alguien tenga vocación hereditaria más que aquellos que la Ley señala taxativamente con aquella potestad. Es decir que, independientemente de la competencia de la Corte Constitucional para conocer de derechos fundamentales si no existe en la norma la categoría de hijos de crianza es imposible que por medio de jurisprudencia se pueda otorgar tal derecho al sujeto.

En cuanto a otras prestaciones económicas, diferentes al derecho de herencia, por vía jurisprudencial se han reconocido a los hijos de crianza en casos concretos algunas como, subsidios familiares, afiliaciones a sistema de seguridad social, reparaciones e indemnizaciones, entre otras. Sin embargo, sigue siendo un proceso excepcional y tedioso por la difícil manera de acreditar el estado de hijo bajo esta modalidad.

Otro pilar contenido en esta sentencia en cuanto al orden sucesoral versa lo siguiente: el derecho a suceder está consagrado en la Ley y no en la Constitución Política, por lo tanto, debe quedar a consideración del órgano legislador cuál es la situación de los hijos de crianza respecto a la herencia.

La situación de la familia de crianza sigue siendo un desacuerdo toda vez que si bien se reconocen ciertos derechos estos no son de aplicación general ya que se han atribuido solo en casos concretos, por otra parte, el artículo 42 Constitucional es claro en determinar que corresponde a la Ley desarrollar lo concerniente al estado civil de las personas y por ende lo relativo a sus derechos y deberes. En este caso, quien debe pronunciarse no lo ha hecho y actualmente se sigue desprotegiendo el derecho a la familia desde esta categoría por la inexistencia legislativa de la misma.

Por otra parte, en la sentencia descrita se menciona la Sentencia T-603 de 2013.

Corte Constitucional; Sentencia T-603 de 2013; 02 de septiembre de 2013; M.P. Alberto Rojas Ríos (Corte Constitucional de Colombia, 2013)

Hechos Relevantes

Un padre de crianza presenta acción de tutela contra Ecopetrol S.A. por considerar que se vulnera el derecho a la igualdad a la protección de la familia al no permitirle inscribir como beneficiar del régimen de salud a su hija menor de edad la cual convive con él desde los dos años de edad.

Aspecto Jurídico Considerado

Acción de Tutela

Problema Jurídico

¿Es viable reconocer la inclusión de la menor de edad en el régimen de salud que cobija a su padre, madre y hermana de crianza, bajo el presupuesto de que la no inclusión contraria el derecho de igualdad?

Ratio Decidendi

Se decide amparar los derechos de igualdad y protección integral a la familia.

La decisión de la Corte es fundamentada en la obligación que tiene el Estado de amparar todas las formas de familia y garantizar los derechos de cada uno de sus miembros, trátese de derechos laborales, económicos, fundamentales y demás.

El Estado de actuar en pro de la protección del núcleo de la familia y nunca bajo el desconocimiento de los derechos de algunos de sus miembros.

En esta sentencia, en primera instancia en fallo emitido por el juzgado primero penal del circuito de Barrancabermeja se reconoce la protección de derechos de la menor y se ordena la inclusión de la misma en el sistema de salud. Sin embargo, en segunda instancia el Tribunal Superior del Distrito de Barrancabermeja revoca la decisión y decide que no es procedente amparar ese derecho a la menor por no pertenecer a la lista de beneficiarios. En este aspecto se pronuncia la Corte asegurando que negarle la oportunidad a la menor de pertenecer al sistema especial de salud de Ecopetrol no solo vulnera su derecho prevalente a la salud sino también el de pertenecer a una familia y no se tratada bajo la desigualdad y discriminación respecto a los demás miembros.

Por medio de esta sentencia se recuerda que la consagración de la protección especial de la familia en todas sus formas y de los derechos de los hijos no solo en materia de afecto sino prestacionales y económicos tienen origen en la Declaración de Derechos Humanos en la cual se establece la obligación estatal y social de proteger la familia. Es con fundamento en este estandarte internacional que la Corte Constitucional ha tenido a bien reconocer y proteger los derechos de los miembros de la familia sean estos naturales, jurídicos de hecho e incluso los de crianza.

La jurisprudencia también ha reconocido que todas las familias y por ende todos los que sean considerados hijos al interior de ellas son igualmente dignos de tratos respetuosos y protectores sin importar cuál es el origen del vínculo familiar. Asegura que si desde la constitución se equiparan los hijos matrimoniales con los extramatrimoniales es justamente porque de este modo se abre camino a la no discriminación ni distinción entre estos, así como se iguala la relación matrimonial con la de hecho en materia de derechos y deberes. De este modo es como constitucionalmente se elimina cualquier clase de discriminación en razón a la forma en cómo se originan los vínculos familiares.

De este modo, se concluye con que los derechos prestacionales de los hijos no pueden predicarse solo de aquellos que son consanguíneos o civiles, sino que teniendo en cuenta la diversidad familiar deben ampararse para todos aquellos que se reputen como miembros de la familia y por esto se reconocen en el caso concreto a favor de la menor en su condición de hija de crianza.

Se advierte en la sentencia que, en un país con el pluralismo como propio de su conformación no pueden entenderse las familias desde una concepción aislada, sino que en una sociedad plural también deben reconocerse familias desde el pluralismo y no desde el concepto limitado del matrimonio o la consanguinidad.

Citando también a la doctrina, se ha dado a conocer la figura de la heterogeneidad de los modelos familiares, en la cual se habla de pasar de un modelo estático de familia a uno dinámico en el que se reconoce la maleabilidad de la familia, la multiculturalidad y el aspecto pluriétnico en el que se respetan y reconocen los derechos herenciales en iguales condiciones para quienes han formado parte integral de un núcleo familiar.

Se cita la **sentencia C-577 de 2011** en la que la Corte explica que el derecho de los niños a tener una familia se puede materializar en el seno de cualquier familia que protege la Constitución Política teniendo en cuenta que habiendo o no lazos consanguíneos es al interior de ese compartir familiar donde se suplen las necesidades tanto afecticas como económicas y de formación social, cultural, individual y religiosas.

La sala que revisa el caso es clara en determinar que, la protección constitucional no puede restringirse únicamente a las familias consanguíneas o civiles, sino que aquellas que se forman de facto o de crianza también deben ser objeto de protección y refiere un concepto sustancial y no meramente formal de la familia.

La crianza como elemento mediante el cual puede surgir el parentesco también es abordada por esta sentencia al mencionar que la protección constitucional de la familia también debe proyectarse a los hijos de crianza y asegura que es vinculo no sería la consanguinidad ni la adopción, pero sí el afecto, respeto, solidaridad, comprensión, y protección que son factores fundamentales para la construcción de una verdadera familia.

Por otra parte, en dicha sentencia se hace mención de la sentencia T-495 de 1997.

Corte Constitucional; Sentencia T-495 de 1997; 3 de octubre de 1997; M.P. Carlos Gaviria Díaz (Corte Constitucional de Colombia, 1997)

Hechos relevantes

Una pareja sin hijos naturales decide tomar como suyo un menor abandonado y proveerle todas sus necesidades básicas revelando un verdadero trato como hijo. El hijo al cumplir la

mayoría de edad decide prestar el servicio militar y en su momento muere con ocasión al servicio.

Los padres ya ancianos y sin ningún otro ingreso que el que proveía su hijo, decide solicitar la correspondiente indemnización, la cual fue negada por considerarse que los padres de crianza no podían ser beneficiarios de tal prestación económica.

Problema Jurídico

¿pueden los padres de crianza, siendo estos, personas de la tercera edad en condiciones de vulnerabilidad, ser acreedores de la indemnización por la muerte de su único hijo, aunque este fuera de crianza y no consanguíneo?

Ratio Decidendi

La situación en la que se encontraba el menor era de abandono, la cual es terminada en el momento en que la pareja decide por voluntad propia y movida en solidaridad acogerlo como hijo propio. Por otra parte, no solo hijo fue suplido en sus necesidades, sino que los padres al ser personas de la tercera edad y su madre al presentar una enfermedad terminal fueron asistidos por su hijo quien respondió por ellos cumpliendo el deber de todo hijo. Esta es la demostración de una verdadera relación paterno filial que da cuenta de una familia en los mismos términos de una familia formal.

La Corte asegura que el no amparar las relaciones filiales que no han sido formalizadas o que no son consanguíneas repercute en el patrocinio de actos que atentan de manera directa contra la familia y su estabilidad, además de atentar contra los derechos de los menores que

crecen en estos hogares, razón por la cual se determina que cuando judicialmente se encuentre que se han formado relaciones filiales de hecho se debe invocar al ICBF para que en primera medida sean protegidos los derechos de los menores y no sean apartados de sus familias de hecho de manera arbitraria.

En este caso, el ICBF tenía conocimiento de la situación, al igual que la iglesia y la sociedad en general, sin embargo, nunca tuvieron a bien indicar el procedimiento de adopción formal del menor lo cual habría evitado la discriminación y desprotección que en el momento sufrían los ancianos.

Por lo anterior, la Corte decide no solo proteger los derechos pecuniarios que le asisten a la pareja que obro como familia del joven sino también instar al reconocimiento del parentesco más allá de la consanguinidad y al ICBF a motivar y promover la adopción en los casos de familias con similar situación a esta para evitar que por su omisión sean sometidos a discriminación y desprotección esta clase de familias.

Esta sentencia resulta de gran importancia toda vez que se exalta el otro lado de la relación familiar. Deja ver como el reconocimiento de la familia de crianza no representa solo derechos para los hijos tras la muerte de sus padres, en caso de herencia, sino que representa también una serie de derechos que le asisten a los padres y cuyo reconocimiento también encuentra tropiezo al no considerarse dentro de la legislación las familias de crianza como un verdadero vinculo filial. Es evidente como la desprotección de familias que solo tienen un hijo y es de crianza tras su muerte quedan a la deriva y con muchos obstáculos para poder acceder a algún beneficio como en el caso específico o incluso a una herencia en algún caso hipotético.

En el mismo sentido se encuentra la sentencia T-495 de 2005

Corte Constitucional; Sentencia T-495 de 2005; 13 de mayo de 2005; M.P. Rodrigo Escobar Gil (Corte Constitucional de Colombia, 2005)

Hechos Relevantes

Hija de una madre con problemas de alcoholismo, una menor de edad es puesta a disposición de un hogar amigo el cual no puede seguir asumiendo su cuidado y en aras de garantizar la protección de la menor, en este hogar se decide entregar a la menor a una pareja con mejores condiciones tanto económicas como afectivas para que cuiden de la menor.

Esta pareja, tras nueve meses al cuidado de la menor, solicita ser inscrita como posible pareja adoptante de la menor sin que el ICBF tenga en cuenta su petición. Posteriormente la niña es sustraída de quienes ahora hacen las veces de padres y es incluida en lista de adopción.

Por lo anterior, la pareja instaura acción de tutela para que sean amparados los derechos de la menor a tener una familia, aunque esta sea de crianza y no ser separada de ella siempre que no existan razones para inferir que en la familia en la que se encuentra se estén vulnerando sus derechos.

Problema Jurídico

¿se vulnera el debido proceso, el derecho a la familia, y derechos fundamentales de la menor al ser llevada a diferentes familias y desconocer el hogar en el que ya había desarrollado lazos emocionales y relaciones familiares?

Ratio Decidendi

Decide la Corte ordenar la restitución de la menor al hogar en el que venía siendo protegida y el cual era considerado por la menor como su verdadera familia.

La Corte asegura que si bien el ICBF es el órgano encargado de velar por la protección de los menores y sus actuaciones administrativas son legales, las mismas deben estar siempre sometidas a la Constitución así que no es permitido de ninguna manera que en su actuar se vulneren derechos fundamentales de índole constitucional. Se exhorta que antes de una decisión administrativa prevalece el mandato Constitucional y los intereses de los menores que son de carácter prevalente.

La menor es dejada al cuidado de quienes han hecho las veces de sus padres, toda vez que un proceso de adopción en el que no son reconocidos como posibles padres adoptantes aquellos que han estado a su cuidado y a quienes la niña reconoce como padres es violatorio de todo derecho y vulnera los derechos de la menor aun por encima de los derechos de sus padres. El pertenecer a una familia que la ha criado y sustentado ante la imposibilidad de su madre biológica de brindar este acompañamiento representa la materialización de todos los demás derechos fundamentales de la menor.

Los hijos de crianza tienen derechos como hijos verdaderos cuando se demuestra que se han desarrollado vínculos afectivos en cuyo caso perturbar su estabilidad emocional vulnera el interés superior del niño. Sobre todo, teniendo en cuenta que estos hijos que deben ser criados en otros hogares distintos al biológico ya de por sí han sufrido una alteración en su trascurrir familiar normal.

La corte señala además que resulta perturbador para el menor dadas las condiciones en las que en primera medida debe ser separado de su familia biológica y tras desarrollar lazos emocionales y afectivos con su familia de crianza ser separado de esta sin razón fundamentada es una violación al derecho a tener una familia y no ser separado de ella sin que importe mucho la inexistencia de lazos consanguíneos con este nuevo hogar.

En cuanto a la intervención estatal dentro de las familias, esta solo puede darse en caso de extrema necesidad. Lo anterior teniendo en cuenta que la familia es la primera institución llamada a la guarda de los derechos fundamentales de los menores, así que la intervención estatal solo puede darse cuando se advierta la vulneración de estos derechos. Esto implica que si al interior de una familia de crianza no se está vulnerando ningún derecho del menor y al contrario se están supliendo todas sus necesidades y se han creado vínculos afectivos, no hay ninguna razón suficiente para que se vulnere esa armonía familiar y se separe al menor de su núcleo familiar. Este pronunciamiento de la Corte deja ver como si se pueden igualar los vínculos de crianza con los formales al momento de garantizar derechos familiares. Se advierte además la necesidad de evitar cambios desfavorables en las condiciones presentes del menor involucrado, esto significa que bajo ninguna circunstancia se puede desmejorar la condición de vida de un menor, ni se puede asumir que el hecho de que esté en una familia de crianza da derecho a que este pueda ser sacado de su ambiente familiar de manera arbitraria.

2.2. Análisis al artículo 1045 Ley Civil, se advierte discriminación de hijos de crianza en orden sucesoral

El artículo que motiva este estudio es el 1045 de la Ley civil, el cual establece que los hijos legítimos, adoptivos y extramatrimoniales excluyen a todos los herederos… (Congreso de la Republica de Colombia , 1873)

Basta con afirmar que la Ley no prevé la figura del hijo de crianza para afirmar que esta no existe. Sin embargo, esta perspectiva implica la asunción de una postura hermética, cerrada e inmóvil del Derecho, en el que este es concebido como monopolio del legislador, reduciendo la totalidad del derecho a la totalidad de la ley. (Arengas, 2012)

El problema con esta categorización es la no inclusión de los hijos de crianza en la posibilidad de poder recibir herencia de quienes a lo largo de toda su vida o gran parte de ella fungieron como padres, así como de los padres poder recibir herencia en caso de que el causante sea el hijo.

Sobre esto, la problemática radica en la vocación hereditaria siendo esta aquella facultad o llamamiento que tiene determinado sujeto para poder hacerse parte en una herencia, la vocación hereditaria es un derecho que se obtiene solo con la Ley como fundamento, por lo cual advertimos la imposibilidad de que miembros de una familia de crianza puedan ser heredero. Sin vocación hereditaria nadie puede reclamar ni recibir herencia, en estos términos, no es viable que se reconozca la familia de crianza con tal vocación.

Capitulo III Vulneración al Derecho a Heredar en los Hijos de Crianza

3.1. Análisis crítico a la vulneración del principio de pluralismo en las familias

La familia ha sido considerada en Sentencia T-525 de 2016 (Corte Constitucional de Colombia , 2016) como principio constitucional, ya no se trata solo de una institución jurídica, sino que su conservación es de índole prevalente y con superioridad jerárquica, lo cual es el punto de partida para analizar si desde el ordenamiento jurídico en materia de derecho de familia se ha ampliado el concepto de esta en aras de garantizar su protección y desarrollo como principio constitucional.

Ahora bien, cuando hablamos de un sujeto dentro de una familia hacemos referencia directa al tema trascendental que comporta la importancia de pertenecer a una unidad familiar, este tema es la identidad como factor fundamental. Esta es la base no solo de los derechos civiles sino del desarrollo de un ser humano integro.

Cuando se habla de identidad, en derecho, se hace referencia no solo a las características personales del individuo sino a todo aquello que, desde el grupo social, cultural y por supuesto familiar, rodea al sujeto.

Aspectos como el nombre, apellidos y nacionalidad forman parte de la identificación del sujeto para con él, su familia y para con la sociedad. De ahí la importancia de que se amplíe la concepción de familia y, en armonía con la actualidad, el derecho a tener un apellido no se limite de forma exclusiva a los lazos consanguíneos.

Otro aspecto importante atiende a que la identidad, sobre todo en menores, va de la mano con el desarrollo de la personalidad la cual a su vez guarda íntima relación con el sentido de pertenecer a determinado grupo familiar, aceptación y orientación que nace con los vínculos desarrollados entre las personas con las que se convive, es decir que gran parte de la personalidad del menor depende de los lazos emocionales que se construyen con su familia o quienes hagan sus veces; considerar que quien ha crecido en determinada familia no forma parte de esta y por tanto no tiene derechos de orden patrimonial como la herencia por no tener vínculos sanguíneos o legales es una alteración directa a la identidad que ha sido formada en dicho sujeto, una desprotección y desvinculación familiar tras la muerte de sus figuras paternas, ello significa no solo un desconcierto personal sino un desequilibrio en el eslabón principal de la sociedad al verse completamente alterado el concepto de familia.

Por otra parte, la familia es considerada una institución jurídica dentro de la cual se llevan a cabo las interacciones primarias más importantes del individuo, en su interior se suplen las necesidades básicas, se garantizan derechos como educación, alimentación, salud y demás. Este sistema conocido como núcleo básico de la sociedad es indispensable para el desarrollo de esta pues se considera como la institución en la que convergen las dimensiones que conforman toda cultura que son: el ámbito social, político, económico e incluso el religioso. Teniendo en cuenta la diversificación que ha tenido el concepto de familia es importante que se garantice su protección en todas sus formas y se trabaje en alimentar el concepto de acuerdo con los cambios de realidad social, adaptándose a la verdad pragmática y no solo a lo realidad teórica.

Ahora bien, en cuanto a esa realidad teórica o legal Colombia como Estado Social de Derecho es responsable de que tanto el ordenamiento jurídico como las políticas públicas

protejan no solo la estabilidad de la familia sino también su unidad prohibiéndose que las familias sean separadas considerándose esta la base principal de una sociedad sana. Amén de esto, se ha reconocido desde la jurisprudencia el término "pluralismo familiar".

Las fuentes de la familia actualmente en términos de legalidad son el matrimonio, la adopción y la filiación; sin embargo, esta institución ha tenido una evolución en la que sigue conservando su importancia en la sociedad pero se ha ido modificando la concepción estricta de su composición, en otras palabras, la familia ha dejado de ser un modelo centralista tal y como lo contenía nuestro ordenamiento y Constitución Política, en la que la misma se conformaba por un hombre y una mujer que contraen matrimonio, para pasar a ser una herramienta del desarrollo de la personalidad, es decir, con un tinte más individualista, tan es así, que hoy se conciben familias monoparentales, homoparentales, familias en unión marital de hecho, quedando en desuso la regla general y exclusiva de hombre y mujer que se casan y procrean.

La jurisprudencia en materia de familia, como se observó en el capítulo anterior, ha tenido fuertes fundamentos que han motivado su diversificación estos son, entre otros, el hecho de que la realidad pragmática refleja que no existe un único tipo de familia y de acuerdo con lo establecido por la Constitución Política en su artículo 7 el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural, teniendo en cuenta que la familia es fuente de la cultura, esta también está cobijada por el reconocimiento de dicha diversidad.

Por otra parte, las llamadas familias de hecho también deben ser protegidas y su derecho a no ser separadas debe ser garantizado en iguales condiciones. La separación familiar no surge solo cuando en términos de distanciamiento físico se habla sino que con el hecho de impedirle a uno de sus miembros ser considerado hijo cuando se le ha tratado como tal se está rompiendo ese

principio y derecho a la igualdad, además de que se desfigura el concepto de familia, identidad y personalidad arraigado a la crianza de estos hijos que crecieron como tales en el seno de un hogar, se le está diciendo desde la Ley Civil que aunque hayan crecido dentro de un hogar este no les pertenece y ellos no están facultados por la Ley para ser acreedores de derechos patrimoniales como el de herencia y demás.

La sentencia T-177 de 2017 (Corte Constitucional de Colombia, 2017) hace un llamado a fortalecer la obligación estatal y social de proteger la familia y reconoce las diversas formas de conformación de las familias. En este aspecto es importante recalcar que la protección de la familia es en torno a su aspecto tanto moral como material, por lo cual no pueden separarse los vínculos emocionales de los meramente materiales, esto en razón de quienes aseguran que no puede asumirse que los vínculos emocionales sean suficientes para la existencia de un verdadero vinculo filial olvidando que la integralidad de una familia incluye las relaciones emocionales como factor determinante en el hecho de sentirse parte de un grupo tal como la familia y con ello todo lo que implica pertenecer a esta.

En este sentido, la igualdad entre los miembros de una familia es determinante y constituye no solo un derecho sino un principio fundante de nuestro Estado Social de Derecho. Desde nuestro modelo de gobierno es inaceptable que exista desigualdad en cualquier ámbito social, pero resulta contra todo derecho que esos niveles de desigualdad se vivan al interior de un mismo núcleo familiar; tal es el caso en una situación hipotética en la que un matrimonio procree hijos legítimos y en el mismo sentido se haga cargo de un menor sin ningún grado de relación por consanguinidad cuyo cuidado no legalizaron vía adopción por determinadas razones. Al trascurrir 30 años, quienes hicieron las veces de padres este joven, mueren en un accidente.

Posterior a esto se inicia el proceso de sucesión intestada, sucesión en la cual este joven no podrá ser llamado a heredar como hijo toda vez que el artículo 1045 del Código Civil no reconoce vocación hereditaria para él y aunque la única familia que tuvo en su vida fue esta sus hermanos de crianza quienes si son legítimos del matrimonio lo excluirían a él por la simple lectura del mencionado artículo sin que estén incurriendo en alguna arbitrariedad pues es un asunto que proviene del legislador y por ende, es completamente ajustado a la Ley actual. Este es un claro ejemplo de vulneración al derecho de igualdad que hoy se contempla en la Ley Civil y con esa desigualdad se vulnera también el pluralismo familiar o la pluri - paternidad, término que se acoge en doctrina internacional para referenciar la concepción de familias de distintas clases. El ejemplo anterior puede invocarse también en casos en los que no se procrean hijos de manera natural y solo se tienen a aquellos llamados hijos de crianza, esta clase de familia también existe en la realidad y al no considerarse como "hijo" legalmente hablando, tras la muerte de los causantes entonces la familia deja de existir y los hijos que de hecho se criaron pierden la posibilidad no solo de heredar sino de pertenecer a un núcleo familiar que no puede reconocerse porque sencillamente no existe en nuestra legislación.

Así las cosas, el pluralismo en las familias, reconocido por la jurisprudencia se ve directamente vulnerado por la norma civil, si bien esto representa un desacuerdo entre el poder legislativo y el judicial es una situación que va más allá de una simple contradicción normativa y procedimental y pasa a ser un problema que afecta de manera directa la identidad y personalidad de los hijos y las familias, es así como un problema de omisión legislativa redunda en un desequilibrio del soporte de la sociedad: la familia, la situación aquí planteada representa la falta de garantía legal en términos de protección individual, familiar y prestacional que no puede pasar desapercibida, sobre todo cuando son muchas las formas en que alguien puede ser criado por una

familia que no es la suya biológicamente hablando o que si bien comparten algún grado de consanguinidad este no es el de padres e hijos.

3.2. Estudio a la vulneración de derechos prevalentes de menores hijos de crianza

La efectividad de los derechos constitucionales de los menores es otro aspecto que se relaciona con el hecho de aquellos que son criados por una familia que no es su núcleo biológico y que tampoco han sido reconocidos como hijos mediante un proceso de adopción.

Esta temática debe ser abordada sobre todo en atención a que es un tema que ha llegado en casos concretos a la Corte Constitucional en materia de reconocimiento de prestaciones sociales tales como salud y demás beneficios en los que se pide sean reconocidos como beneficiarios aquellos "hijos" que no comportan tal calidad por reconocimiento legal o natural. En estos casos la Corte ha pronunciado la necesidad de que se reconozca la multiforme posibilidad de conformación de familias, pero además de esto, expresa la obligación de que en casos en los que sean objeto los menores de edad se propenda por su guarda a todo lugar.

Ahora bien, una vez reconocido que existe una desigualdad en orden sucesoral entre las diferentes clases de hijos y los hijos de crianza al no estar estos contemplados en la Ley, nace un cuestionamiento mucho más delicado y es cuando estos hijos son menores de edad y se encuentran en la situación de proceso de sucesión causado por quienes fungieron como sus padres.

En este caso es menester traer a colación el artículo 44 Constitucional el cual reconoce que los derechos de los niños, niñas y adolescentes son de carácter prevalente además de que en caso

de cualquier controversia en la que medien estos derechos, la misma debe dirimirse protegiendo siempre a los menores y dándoles prioridad.

Por su parte, (pallares, 2011) sostiene que, la Declaración de los Derechos Humanos y la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño representan un cambio de paradigma. Se reconoce a niños/as, hoy, también a los adolescentes como sujetos de derechos. No obstante, aún resulta dificultosa la adecuación de políticas, medios y leyes para el sólido establecimiento de la Doctrina de Protección Integral. Evidenciando las carentes garantías en favor de los menores.

La Ley 721 de 2001 (Congreso de la Republica de Colombia, 2001) en nuestro país, señala precisamente que los derechos de los niños prevalecen sobre los demás, si esto es así, la legislación civil debe estar a la par de esta normativa y evitar toda zona gris que deje de alguna manera a los niños en situación de vulnerabilidad. No puede ser aceptado que en caso en que un menor quede huérfano a causa de que sus padres de crianza mueran este por Ley no tenga derecho a una herencia que garantice su subsistencia, ni a no ser separado de su familia, pues en ese caso al no reconocerse ningún vínculo familiar seria el Estado el encargado de proveerle un hogar de paso o en otro caso iniciar un proceso de adopción con terceros aun cuando este menor ha crecido y formado vínculos con una familia no solo nuclear sino también extensiva.

Como puede observarse, el hecho de que los menores criados bajo la modalidad de crianza de hecho no tengan un lugar en la legislación no es solo representativo en cuanto vulneración de derechos patrimoniales, sino que esto conlleva a toda cadena de vulneración de derechos civiles fundamentales de carácter prevalente.

Los menores representan un interés superior y dentro de sus derechos se encuentran el de tener una familia y no ser separado de ella, en ese sentido, la familia, la sociedad y el Estado se encuentran en la obligación de asistir y proteger al menor y a su vez garantizar el desarrollo integro de este. El panorama de los menores en esta situación sería el siguiente: un menor criado en una familia de hecho cuenta con protección constitucional superior; su familia de hecho cumple con el deber de cuidado de este en todas sus formas; y por último la sociedad reconoce como hijo perteneciente a determinada familia y cumple con su obligación de no discriminar ni dañar en nada al menor. Así las cosas, el mandato constitucional de protección de los niños desde estas tres esferas (sociedad, familia y Estado) está siendo trasgredido no por la familia, ni por la sociedad ni por las altas Cortes sino por el poder legislativo que no está cumpliendo con la obligación de ser garante de los derechos de los niños y está dejando un vacío en cuanto a la identidad familiar e individual de estos en cuanto a la situación de referencia.

El trascurrir jurisprudencial ha evidenciado casos como el consagrado en la sentencia T-177 de 2017 (Corte Constitucional de Colombia, 2017) en la que una docente tiene a su cargo la custodia de su sobrina menor de edad por lo que ella solicita que su sobrina sea afiliada al sistema de seguridad social en salud del magisterio, lo relevante del caso es que esta solicitud le fue negada a pesar de que es ella quien responde tanto económicamente como afectivamente por la menor. La respuesta ante la negativa fue argumentada en que los sobrinos, aunque se haya demostrado que se tiene la custodia del mismo, no pertenecen al grupo familiar de beneficiarios y por tanto no pueden ser reconocidos como hijos con sus beneficios aún si en la realidad su relación es de madre e hija y no de sobrina y tía.

Esta situación provoca el pronunciamiento de la Corte Constitucional la cual, en la sentencia referenciada, Sentencia T-177 de 2017, establece que el pluralismo y la evolución de las relaciones humanas tienen como consecuencia la formación de nuevas clases de familia y que las mismas deben ser tanto reconocidas como protegidas, asegura que es necesario que el derecho se ajuste a la realidad.

Esta sentencia es uno de los referentes que dejan ver como desde el poder judicial se ha tenido que ir solventando caso por caso esta vulneración de derechos en general y a menores de edad por cuenta del no reconocimiento de derechos a los hijos de crianza compartan o no algún grado de lazo consanguíneo.

La decisión de la Corte fue ordenar la inclusión de la menor de edad sobrina de la docente en el Sistema de Salud del magisterio por tratarse de derechos fundamentales de una menor de edad además de evidenciar que las familias de crianza son una realidad que se fundamenta sobre pilares de afecto, solidaridad, respeto y asistencia económica que se crean entre sus miembros y que son susceptibles de generar efectos jurídicos. La Corte también concluye que no es necesario establecer presupuestos formales y específicos que definan la familia de forma limitada, más bien la define como una institución abierta que es prioritaria especialmente porque es la encargada de la formación de la niñez.

En esta misma sentencia la Corte expresa que con fundamento en la Constitución Política el núcleo familiar debe resguardarse y la misma puede ser constituida por vínculos naturales, jurídicos e incluye la posibilidad de que pueda ser constituida de hecho, abriendo paso al reconocimiento de hijos de crianza.

A propósito del pronunciamiento de la Corte, cabe anotar que la solidaridad en el mismo lugar que la igualdad son principios fundantes de nuestro Estado, que una familia se construya bajo este presupuesto y que la crianza de un menor se de en nombre de la solidaridad y no solo de la biología es completamente Constitucional y es urgente que también sea legal.

Es inaudito que el reconocimiento de derechos económicos de los menores de edad, por un lado, sean considerados prevalentes y por el otro, sea necesario acudir a acciones de tutela, derechos de petición, revisiones constitucionales y demás para que sean otorgados, cuando la protección de estos derechos debe darse sin dilaciones y no debe requerirse un sin número de pronunciamientos cuando desde el ámbito internacional y nacional se reconocen como prioritarios.

En este momento en nuestro país los menores que son criados por sus abuelos, tíos, hermanos mayores, o cualquier otra representación, no tienen un lugar en la legislación ni un camino claro sobre las garantías de sus derechos prestacionales y económicos. Tampoco tienen claro su lugar ante la Ley, a pesar de que teóricamente todos somos iguales ante esta, tras la muerte de sus padres no tienen garantías económicas, no tienen una identidad definida, no tienen la calificación de hijos, aunque exista una evidente relación paterno – maternal y aun así se sigue considerando que son sujetos de especial protección.

Por otra parte, debe recordarse que estos casos en que se reconocen ciertos derechos a menores de edad son casos autónomos considerados por la Corte lo cual significó un largo camino para que pudieran ser reconocidos a diferencia de la diligencia cuando se trata de otra clase de hijos para acceder a esta clase de beneficios que en más es un derecho, por cierto, de índole reforzada por tratarse de la garantía de salud de un menor. En el mismo sentido,

recuérdese que para que la jurisprudencia sea aplicada deben converger hechos similares lo cual indica que estos pronunciamientos no son de aplicación general y no representan una normatividad que desarrolle los derechos de estos hijos sin lugar legal.

En síntesis, la protección reforzada que refiere el Derecho Internacional y la Constitución Política cuando de menores se trata, se ve completamente violentada cuando hablamos de menores hijos de crianza, no solo en sus derechos económicos, prestacionales y de herencia sino en el desarrollo de su personalidad como individuos además la imposibilitar al menor de poder contar con el espacio natural para su crianza y desarrollo que es por naturales: la familia.

3.3. Análisis de vulneración a la debida protección constitucional de la familia como institución

La sentencia T-070 de 2015 (Corte Constitucional de Colombia , 2015) advierte que los derechos de los miembros de la familia deben ser compatibles con los intereses tanto de la familia misma como con los de la sociedad que a su vez encuentra su núcleo fundamental en la institución de la familia, en otras palabras, los derechos de cada uno de los integrantes de la familia deben ser cuidadosamente reconocidos y garantizados en función de la sociedad y su correcto funcionamiento así como en función de la misma familia en aras de que esta sea resguardada correctamente.

Sin embargo, no pueden ser reconocidos derechos a una institución en abstracto cuando la misma está conformada por individuos que de acuerdo a su lugar dentro de la familia tienen unos derechos y deberes. Ahora bien, nuestro ordenamiento jurídico es muy completo en determinar los deberes de los padres para con los hijos y viceversa, también hay una normativa en cuanto al

cuidado prevalente de los menores, cuidado superior de personas de la tercera edad, hay normas específicas en cuanto a la mujer en el hogar, orden sucesoral, vocación hereditaria y en general el derecho de familia ha cubierto en gran medida este proceder normativo, sin embargo, no encontramos un lugar en la legislación que privilegie a las personas criadas por alguien diferente a sus progenitores con el título de hijos.

La Constitución y la Jurisprudencia reconocen la importancia de la familia y sus integrantes. En cuanto a los hijos, ha creado diferentes clases de filiación con una única intención de reconocer el parentesco mas no con un fin discriminatorio, al contrario, todos tienen los mismos deberes y derechos en sus relaciones familiares. Se puede decir que en materia de hijos la Ley ha sido justa en no distinguir derechos diferentes para cada categoría. Eso en el caso de los hijos legalmente reconocidos, sin embargo, existe la variante de estos hijos de crianza que no encajan en ninguna de las categorías existentes, nos encontramos entonces no frente a una necesidad de reconocimiento de derechos diferentes y especiales para los hijos sino frente a una omisión absoluta en la consignación de hijos de crianza como iguales a aquellos.

Una contradicción frente a la diversificación de las familias y el reconocimiento de esta clase de miembros en ellas.

La Ley 1361 de 2009 (Congreso de la Republica de Colombia , 2009)por medio de la cual se crea la Ley de protección integral a la familia tiene por objeto fortalecer y garantizar el desarrollo integral de la familia.

La misma establece que es un deber Estatal proveer herramientas para que sean fortalecidos al interior de las familias los lazos tanto afectivos como económicos y culturales priorizando su unidad.

Esta Ley tiene por principios la equidad que versa sobre la igualdad de oportunidades para todos los miembros de la familia sin ningún tipo de discriminación; la solidaridad en cuanto a la construcción de un ambiente con fundamento en la ayuda entre los miembros de la familia; la atención preferente la cual refiere la obligación del Estado de minimizar todas aquellas acciones u omisiones que aumenten la vulnerabilidad de las familias; entre otros tantos principios también se encuentra la universalidad que advierte que las acciones dirigidas al fortalecimiento aplican a todas las familias. Respecto a esto, estamos frente a una Ley que no es nueva, hace 12 años se viene hablando de la atención preferente que es un llamado al Estado a través de todos sus órganos a adelantar todas las acciones pertinentes para no debilitar a las familias; universalidad y todos estos principios que se suponen deben dirigir el camino al fortalecimiento de las familias. Entre todos los derechos que se les reconocen a las familias en esta Ley destacamos el derecho a la educación en igualdad de oportunidades para los miembros de la familia, garantizar la asequibilidad, la adaptabilidad, derecho a la armonía y unidad, derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos que deseen tener, y derecho a una estabilidad y bienestar físico, mental y emocional. Estos derechos son los que consideramos se ven mayormente vulnerados por parte del Estado al interior de las familias con hijos de crianza al no otorgárseles un lugar dentro de la Ley.

En cuanto a los deberes del Estado frente a las familias, el artículo 5 de esta Ley contempla promover el fortalecimiento de las familias; dar orientación a las familias en el afianzamiento de

sus relaciones entre pareja y con los demás miembros; garantizar el ejercicio pleno de todos los derechos para todos los miembros de la familia.

Si se pone esta lista de deberes de cara al artículo 1045 de la Ley Civil y está en general, no concuerdan las estipulaciones normativas versus lo reconocido por la Ley Civil en materia de hijos y vínculos familiares. Nuevamente es más que evidente la omisión legislativa absoluta y a su vez la desprotección de la familia en los términos en los que la Ley 1361 de 2009 lo establece.

Ese único modelo de vida familiar ya no existe en nuestra realidad social, la familia ya no obedece a un mismo patrón, no se puede seguir protegiendo a una única clase de familia y amparando derechos a una determinada categoría de hijos cuando la práctica habla de otra realidad, cuando se está en medio de una vulneración de derechos de una población vulnerable como son los menores de edad y una institución fundamental como es la familia.

Hoy en día nos encontramos frente a modelos de familia relacionales, es decir, estas nacen a partir de diferentes clases de relación consentida por las partes integrantes y no solo por consanguinidad o formalidades como la adopción. A esta verdad debe ajustarse la norma para no pecar por omisión y dejar el vilo los derechos en comento.

Recordemos la importancia de la familia como institución, y el por qué es importante que no se deje a la deriva aquellos miembros que hacen parte integral de ellas: La familia es la más antigua institución y es la única que surge de manera natural; esta es indispensable en el equilibrio y desarrollo social; en ella se desarrolla un modelo de sociedad política; en ella se aprende de forma natural el modelo de cumplir roles y normas. Al interior del hogar se aprende a

ser ciudadano por tanto la sociedad necesita que la Legislación proteja a la familia desde pluralismo, esta es la máxima garantía de una sociedad equilibrada.

3.4 Análisis de omisión legislativa absoluta en la materia de estudio

Es de común conocimiento que el Estado responde tanto por acciones como por omisiones, en nuestra legislación existen omisiones absolutas y relativas.

En el caso que nos ocupa, advertimos una omisión legislativa absoluta a saber.

Se habla de esta clase de omisión cuando el legislador no ha hecho ningún pronunciamiento respecto al tema. Es esta la situación que presenta el Código Civil Colombiano y la normativa en materia de familia. Las pocas apreciaciones que se hacen frente a esta clase de familia y de hijos existen únicamente en jurisprudencia. Si bien existen normas que desarrollan el Código, ninguna de estas habla propiamente de los hijos de crianza o familias de hecho, a pesar de los múltiples reconocimientos en materia de pluralismo familiar a nivel jurisprudencial, en la norma lo único referente a hijos no consanguíneos es la adopción como procedimiento formal, sin que este se acerque de ninguna manera a las características que comportan los hijos de crianza.

Hablamos de una omisión absoluta porque consideramos, tras el desarrollo de los derechos mencionados, que este no es un vacío cualquiera, sino que comporta derechos de máxima

importancia y jerarquía constitucional, por lo cual es realmente oportuno el pronunciamiento respecto a este, además es necesario el lleno de este vacío para que pueda surtirse un correcto proceso de herencia en la que los hijos de crianza no puedan ser excluidos

sino que sean reconocidos sus derechos y puedan ser llamados a heredar, entre tanto no puede hablarse de una desigualdad entre hijos en materia de derecho a heredar puesto que al no estar contemplada esta clase de hijos y por tanto, no existir para la Ley no es procedente hablar de desigualdad entre unos y otros. Siendo así, estos hijos carecen de toda clase de derechos y de protección normativa hasta que esa omisión absoluta sea resuelta.

3.5 Concepto sobre el debido proceso vulnerado al acudir a jurisprudencia y no directamente a legislación en materia de hijos de crianza

El artículo 29 constitucional contempla el debido proceso y establece que toda actuación judicial debe seguir el curso correcto. Este principio rige todo el ordenamiento jurídico, procedimental, judicial y administrativo. Al hablar de derechos de los menores en la familia, derechos de familia en general y derechos de los hijos sobre la herencia la jurisdicción correspondiente es la norma en derecho de familia tanto en lo sustancial como en lo procedimental.

Ese es el deber ser de la actuación, sin embargo, se ha tenido que acudir a otras instancias judiciales y pronunciamientos de la Corte Constitucional en procura del reconocimiento de un derecho propio de miembros de la familia que son de orden constitucional y prevalente y por tanto no deben requerir tramites que eventualmente pueden negar la pretensión por no hallarse contemplada esta clase de familia y de hijos de crianza.

La costumbre crea derecho, si son tantos los casos que han llegado a las altas cortes buscando una solución para esta situación es porque esta es más común de lo que se cree, ¿por qué desde la costumbre como fuente y teniendo en cuenta los derechos fundamentales y

herenciales que se incluyen, no se ha pronunciado la legislación? Esta es una constante evasión del deber estatal y un deterioro a la familia como institución además de un detrimento en derechos económicos de los hijos quienes no cuentan con un soporte financiero tras la muerte de sus padres.

Capitulo IV Estudio Sobre la Competencia Para el Desarrollo Normativo de los Derechos de los Hijos de Crianza: ¿Corte Constitucional; Congreso de la Republica; jurisprudencia de las Altas Cortes?

"Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuye la Constitución y la ley". (Art. 121 C.N.)

Mucho hemos hablado sobre la Corte Constitucional y la jurisprudencia en este documento. Ahora bien, este no es un tema oculto para la Corte Constitucional, de hecho, esta lo ha desarrollado, entonces, tratándose de un tema tan delicado como los derechos fundamentales y el derecho a heredar por qué no se ha hecho nada más que reconocer que existen familias diversas, pero sin que esto pueda llegar más allá y otorgar las calidades y derechos a los diferentes miembros de la familia con esta condición.

Pues bien, esbozaremos las facultades de cada órgano que se ha mencionado en este documento para finalmente determinar cuál es el encargado de resolver la cuestión que nos ocupa.

La Corte Constitucional, como una de las instituciones garantes de mantener el Estado Social de Derecho además de velar por la debida aplicación de la norma constitucional en términos generales tiene por objeto principal guardar la supremacía constitucional, además de esto es deber de la Corte proteger los derechos fundamentales contemplados en la Constitución Política, es por ello que se ha pronunciado en este caso. Sin embargo, en este caso nos encontramos frente a una omisión; la Corte solo puede pronunciarse de fondo y por tanto es competente para defender los derechos fundamentales cuando la norma acusada es reputada con

omisión relativa, pues es facultad suya ordenar que se modifique o adicione a un tema ya tratado por la norma pero con faltantes o con preceptos que vulneran los derechos y, como ya se observó este no es el caso ya que nos encontramos frente a una omisión absoluta, para lo cual esta es incompetente, la Corte no puede excederse en sus funciones porque no es deber suyo legislar, por lo tanto solo puede pronunciarse en casos concretos cuando se acuda a esta por la vulneración del algún derecho fundamental sin que pueda ordenar incluir en la norma aspectos que, claramente, no han sido tratados por esta.

Desde un sentido estricto, la Corte Constitucional cumple con la función de decidir en Derecho, es decir, se encarga de decidir en caso de violaciones a las normas jurídicas o si estas vulneran algún derecho fundamental mayormente por omisiones relativas o inconstitucionalidad.

La función de la Corte es netamente judicial, independiente y autónoma. La Corte debe actuar siempre con independencia de sus electores y su máxima función es la garantía de los derechos contenidos en la Constitución y desarrollados en las diversas normas. Una vez más, esta debe proteger lo ya consagrado y no esbozar un desarrollo legislativo, la separación de poderes le impide a esta cumplir funciones propias de otros órganos. Consecuentemente la Corte debe actuar acorde a la interpretación judicial y debe ceñirse estrictamente a principios judiciales y procesales sin extralimitarse a pesar de la importancia y jerarquía de su objetivo que es precisamente la Constitución Política Nacional.

Si la Constitución Política es jurídica, su interpretación por la Corte debe estar siempre limitada por aquella. (casado, 2005, pág. 57)

De este modo, la Corte Constitucional a pesar de su autonomía e independencia su interpretación debe estar sujeta siempre a la norma superior y sus decisiones deben versar sobre lo que la norma protege y lo que la Ley desarrolla.

Dentro de las funciones de la Corte también se encuentra una dimensión defensiva, sin embargo, como expresa (Restrepo, 2004) la Corte en estos casos de defensa debe actuar como garante y nunca como participante. En el momento que el juez constitucional opte por la posición del participante desdice la Constitución. (Pág. 127)

Por otra parte, dentro de la jurisprudencia de las Altas Cortes encontramos el precedente judicial, el cual tiene fuerza vinculante y por tanto es de obligatorio cumplimiento ya que se supone que estas decisiones contienen como fundamento el derecho y la norma. En nuestro país, existen dos clases de precedentes: el precedente que proviene de la Corte Constitucional y el que proviene de los demás tribunales y juzgados del país dentro de este precedente existe aquel que impide que un juez pueda apartarse de sus propias decisiones, es decir, variar en sus propias decisiones en casos distintos, pero con los mismos elementos fácticos. Y aquel que obliga a sujetarse a las decisiones que toman sus superiores jerárquicos como tribunales y demás.

¿Corresponde entonces a las altas Cortes decidir sobre la inclusión de las familias de crianza en el ordenamiento y por medio del precedente reconocer derechos herenciales a los hijos de esta calidad? No, esto debido a que, aunque jurisprudencialmente se amparen algunos derechos prestacionales en casos concretos, el precedente judicial debe basarse en la norma y no en supuestos de hecho y al no estar concebido en la norma el hijo de crianza, las altas cortes no pueden legislar, ellas no crean derecho, se basan en él y crean un precedente.

En este punto, está más que claro que la responsabilidad del reconocimiento de derechos herenciales recae sobre el poder legislativo, esto debido a que, no podemos hablar de vulneración del derecho fundamental a la igualdad para que la Corte se pronuncie porque no existe una categoría de hijos de crianza que marque un factor diferenciador entre unos hijos y otros; no podemos esperar que la jurisprudencia lo desarrolle porque no hay norma base que fundamente su decisión, así que, para que los derechos herenciales puedan reconocidos primero se debe legislar en materia de familia reconociendo a los hijos de crianza como verdaderos hijos ante la Ley y por ende ampliando el concepto de familia.

Es el Congreso de la Republica como órgano legislador el pilar de nuestra democracia y son nuestra representación al momento de crear o modificar las normas que nos son aplicables. Es deber del congreso actuar de acuerdo a la justicia y procurando siempre el bien común.

Desde el congreso y su función legislativa debe garantizarse el pluralismo y la democracia pues no hay otra forma de legitimar un ente que representa al pueblo y cuyos miembros son escogidos por este para ese fin si al cabo las normas que emiten no representan ni abarcan la realidad social, política y de familia que se vive en el país.

A esta rama del poder le compete la emisión de las leyes que es en otros aspectos el instrumento por excelencia para la regulación social y es la manifestación de una sociedad democrática que ejerce su soberanía por medio de la representación en los diferentes escenarios políticos y jurídicos.

La ley en palabras de (Calamandrei, 1954) “es en realidad la fórmula lógica de la solidaridad y de la reciprocidad humana, que es la fuerza más eficaz de la cohesión de la sociedad. (Pág. 114-115)

Siguiendo con dicha postura, la manifestación del congreso materializada en la Ley no puede limitarse a una sistematización y olvidar su sentido social, su base en la solidaridad y su origen humano y por tanto el actuar legislativo se encuentra en la obligación de legislar en favor de los derechos humanos y de las familias como núcleo esencial.

Al Congreso de la Republica, se le atribuye la cláusula general de competencia, lo cual significa que éste tiene la facultad absoluta para aprobar leyes en todos los campos, salvo las restricciones constitucionales expresas. Este comporta la potestad de configuración normativa, para escoger el desarrollo de los textos constitucionales, o de su reforma, en cuanto son planteadas en un debate público y abierto y teniendo en cuenta las diferentes posturas haciendo participes tanto a las minorías como a las mayorías.

Así las cosas, aunque se ha acudido a otras instancias y muchas autoridades se han pronunciado, es el Congreso de la Republica de Colombia el órgano competente para considerar la inclusión de esta clase de hijos en el artículo 1045 de la Ley Civil y las demás que deban ser modificadas con el fin de que pueda existir el fundamento normativo que categorice como hijo a aquel o aquellos que no han sido criados por sus progenitores sino dentro de un hogar distinto y que de este modo estos puedan adquirir vocación hereditaria.

Conclusiones

Frente al problema jurídico planteado, se concluye que no se puede hablar de violación del derecho a la igualdad en relación a derechos herenciales de los hijos legítimos puesto que no se advierte desigualdad o desequilibrio entre las clases de hijo sino una exclusión a causa de una omisión absoluta por parte del legislador en relación a la consagración de los hijos de crianza como tales, lo cual impide que desde la legalidad se pueda alegar la vocación hereditaria pues la misma tiene por fuente la Ley y no las simples presunciones legales.

En cuanto otra clase de derechos prestacionales o económicos, como pudo observarse en la jurisprudencia, se puede acceder a estos de manera excepcional cuando así lo advierta el juez por verse relacionado con derechos fundamentales, sin embargo, cuando de derechos herenciales se trata, estos no pueden ser reconocidos por presunciones filiales sino que su origen exige un reconocimiento legal que acredite la calidad que permite ser llamado a heredar, por lo cual en respuesta al planteamiento inicial, no existe una postura legal que permita el acceso al derecho de herencia de los hijos de crianza.

En ese caso, se advierte una vulneración masiva de derechos fundamentales, debido proceso, derechos prevalentes e interés superior del menor, pero por la omisión absoluta del órgano legislador al no pronunciarse frente a esta clase de familias y de hijos.

En cuanto a la posesión notoria del estado de hijo, esta presunción ha beneficiado en cierta medida el reconocimiento de beneficios como la inclusión en sistemas de salud, beneficios económicos y demás, pero sigue siendo un tema de debate frente a su fuerza para que surta efectos jurídicos respecto del estado civil de la persona, sobre todo ante la existencia de la prueba

biológica y su veracidad casi absoluta, la discusión entre la libertad probatoria y el uso de esta presunción en procesos de filiación es tema de otra investigación, entre tanto, en lo que nos compete, el hecho base de que las relaciones parentales con respecto a los hijos de crianza no se encuentre prescrita en la Ley Civil como un verdadero estado civil, omite toda posibilidad de que exista vocación hereditaria, así las cosas, nos encontramos no frente a la necesidad de que se proteja el derecho a la igualdad entre hijos sino que se le dé su lugar como tal a los hijos de crianza dentro de la legislación y de este modo de manera sistemática seguiría el curso de esta categorización y se modificarían temas como la patria potestad, el estado civil de hijo, los derechos y deberes paterno filiales y por supuesto se incluiría esta clase de hijos en el orden sucesoral, cesando de este modo la vulneración al derecho de heredar.

Consideramos necesario y oportuno el pronunciamiento legislativo toda vez que este ha sido el curso de la legislación a través de la historia; en nuestro país se ha ido legislando de acuerdo a la realidad social, el reconocimiento y filiación no ha sido ajeno a esto, sin embargo, parece haberse quedado estático desde la legislación si se compara con el trámite que ha adelantado la jurisprudencia en este mismo tema.

Si se han reconocido derechos nuevos en torno a la familia, nuevas clases de familia, valor a los vínculos afectivos, posesión notoria como prueba en procesos de filiación, reconocimiento de prestaciones como la salud, indemnizaciones a padres de crianza causadas por sus hijos de crianza, entonces no existe un argumento jurídico para seguir excluyendo a las familias e hijos de crianza como un verdadero vinculo parental redundando esto a su vez en una vulneración de derechos constitucionales como el debido proceso, el reconocimiento de la diversidad cultural y familiar, la protección de la familia, el derecho a un nombre y un apellido,

derechos prestacionales y el derecho a heredar desde el primer orden sucesoral, es decir, como hijo y no solo desde la inclusión en testamento como se ha sugerido que se permita heredar.

Finalmente, el reconocimiento de la filiación, no solo hace referencia a determinar el estado civil de un hijo, sino que lleva consigo la protección y garantía de todos los derechos fundamentales relacionados en el desarrollo de este documento, los atributos de la personalidad devienen de la filiación, la identidad y desarrollo de los menores a lo largo de su vida también deviene de esta, igualmente su presentación ante la sociedad y por último, sus derechos tras la muerte de sus padres también dependen exclusivamente de ella al igual que los derechos de sus padres respecto del hijo.

Las doctrinas de familia de crianza, adopción por equidad tienen como propósito proteger a aquellas personas que, sin tener un vínculo consanguíneo o legal con un núcleo familiar, son consideradas parte de él. Dicha necesidad de protección constituye el eje central sobre el que se sustentan estas doctrinas. (Muñoz, 2020)

En este sentido, se propone que se satisfaga la necesidad de que el derecho de familia se ajuste a la realidad social y jurídica, abordando el reconocimiento y garantía de aquellas relaciones familiares que no se constituyen a raíz del vínculo de consanguinidad o el vínculo jurídico de la adopción, sino que nacen de facto y llevan consigo el afecto, solidaridad, sostenimiento económico, aceptación, sentido de orientación y demás factores determinantes en la conformación de una verdadera familia y que brindan a estos hijos los derechos que por determinadas razones no pudieron recibir de sus progenitores biológicos, se propone además que se haga salvedad de cuáles son los requisitos que deben cumplirse, de acuerdo a la Ley, para que uno hijo pueda ser considerado como hijo de crianza y de este modo su reconocimiento no sea

arbitrario sino que al igual que con la adopción el Estado determine las condiciones y características que permitan inferir una verdadera relación parental. Sobre todo, tratándose de derechos pecuniarios o patrimoniales como lo es el derecho de herencia en el que tampoco puede alegarse que cualquiera que haya compartido tiempo con una familia pueda refutarse hijo. La jurisprudencia ya ha avanzado en este tema, es por eso que no sería un tema completamente nuevo para el legislador y este tiene ya un desarrollo que puede dar luz a la eventual consignación de los hijos de crianza como verdaderos hijos.

Recordemos que el derecho es una ciencia con vocación humanista y por lo tanto debe procurar siempre la guarda de la integridad humana en todas sus formas, el derecho de familia por su parte, regula las relaciones de los miembros de la familia entre ellos y de estos para con la sociedad por lo cual debe garantizar una correcta identidad para poder dotar al individuo de todas las herramientas jurídicas que definan su estado civil y no dejen su lugar en la familia y la sociedad en un limbo jurídico tal y como se encuentran actualmente los hijos de crianza.

Referencias

Ambito Juridico . (10 de septiembre de 2018). Los derechos de los hhijos de crianza. Bogota , Colombia : Articulo Web.

Arengas, l. A. (05 de mayo de 2012). el hijo de crianza en Colombia ¿mito o realidad? . Bucaramanga, Santander: Universidad Autonoma de Bucaramanga.

Avila, E. A. (2000). Cambios sociales y practicas en la familia de crianza colombiana . Bogota , Colombia : Universidad Nacional de Colombia.

Calamandrei, P. (1954). Concepto de Ley .

Campaña Mundial por la Educacion . (2016). *Coaliciones Educativas Nacionales de la CME.* Obtenido de : http://www.campaignforeducation.org/docs/reports/Equal%20Right%20Equal%20Opportunity%20ES.pdf.

casado, i. v. (2005). los limites de la Corte Constitucional. Hacia una teoria de la Constitución como un sistema de valores. Bogotá, Colombia: Legis.

Congreso de la Republica . (26 de mayo de 1873). Codigo Civil . *Codigo Civil* . Bogota , Colombia: DO: 51698.

Congreso de la Republica . (30 de diciembre de 1968). Ley 75 de 1968. *Por la cual se dictan normas sobre filiación y se crea el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.* Bogota, Colombia.

Congreso de la Republica de Colombia . (26 de mayo de 1873). Codigo Civil . Bogotá, Colombia: DO: 51698.

Congreso de la Republica de Colombia . (5 de marzo de 1936). Ley 45 de 1936 . *Filiación Natural* . Bogotá, Colombia: DO: 23147.

Congreso de la Republica de Colombia . (26 de octubre de 1998). Ley 19585 de 1998 . *Modifica el Codigo Civil y otros temas de filiacion* . Bogota, Colombia .

Congreso de la Republica de Colombia . (3 de diciembre de 2009). Ley 1361 de 2009. Bogotá, Colombia.

Congreso de la Republica de Colombia . (3 de diciembre de 2009). Por medio de la cual se crea la Ley de Protección Integral a la Familia. Bogotá, Colombia: DO: 47.552.

Congreso de la Republica de Colombia. (20 de julio de 1991). Contitución Politica de Colombia. Bogota, Colombia : DO: 51698.

Congreso de la Republica de Colombia. (29 de diciembre de 2001). Ley 721 de 2001. *Por medio de la cual se modifica la Ley 75 de 1968*. Bogota , Colombia .

Congreso de la Republica de Colombia, Ley 1098 de 2006, Código de infancia y adolescencia .

Congreso de la Republica, Asamblea Nacional Constituyente, Sanción de la Constitución Política, 1991 .

Corte Constitucional de Colombia . (26 de julio de 2011). Sentencia C-577 de 2011. Bogotá: M.P. Gabriel Mendoza.

Corte Constitucional de Colombia . (28 de febrero de 2015). Sentencia T-070 de 2015 . Bogota, Colombia: M.P. Martha Sachica .

Corte Constitucional de Colombia . (27 de septiembre de 2016). Sentencia T-525 de 2016. Bogota, Colombia: M.P. Jorge Ivan Palacio .

Corte Constitucional de Colombia . (27 de febrero de 2019). Sentencia C-085 de 2019 . Bogota, Colombia: M.P. Cristina Pardo .

Corte Constitucional de Colombia. (3 de octubre de 1997). Sentencia T-495 de 1997. Bogotá, Colombia: M.P. Carlos Gaviria Diaz.

Corte Constitucional de Colombia. (26 de julio de 2011). Sentencia C/577 de 2011. Bogotá, Colombia: M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Corte Constitucional de Colombia. (30 de agosto de 2013). Sentencia T-603 de 2013. Bogota, Colombia: M.P. Jorge Ivan Palacio .

Corte Constitucional de Colombia. (24 de marzo de 2017). sentencia T-177 de 2017. Bogota, Colombia : M.P. Antonio Lizarazo Ocampo.

Corte Constitucional de Colombia. (24 de marzo de 2017). sentencia T-177 de 2017 . Bogota, Colombia: M.P. Antonio Jose Lizarazo .

Corte Constitucional de Colombia,(21 de septiembre de 2016) Sentencia C 520 de 2016, M.P: María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional de Colombia (14 de marzo de 2013) Sentencia T 139 de 2013, Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Suprema de Justicia . (18 de diciembre de 2006). Expediente No. 2000-00460-01. . Bogota, Colombia : M.P. Carlos Ignacio Jaramillo .

Gomez, a. A. (2015). Adopcion de hijo de crianza en Colombia. Bogota, Colombia.

Ministerio de Educacion Nacional. (2012). *Panorama de la inclusión en la Educación Superior en Colombia.* Bogota: https://www.mineducacion.gov.co/cvn/1665/w3-article-327505.html.

Ministerio de Educación Nacional, Decreto 1421 de 2017, Por el cual se reglamenta en el marco de la educación inclusiva la atención educativa a la población con discapacidad .

Minsisterio de Justicia de Colombia . (15 de mayo de 2014). El concepto de familia en el siglo XXI . Bogota, Colombia.

Muñoz, k. M. (31 de octubre de 2020). La familia de crianza: una mirada comparada entre Estados Unidos y Colombia. Bogotá , Colombia: Univ. Externado .

pallares, J. m. (2011). LOS DERECHOS DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA. Barranquilla , Atlantico, colombia: Universidad del Norte.

Perez, N. D. (2006). La teoria del hecho y acto juridico aplicada al derecho familiar . Mexico , Tabasco : Universidad autonoma de Tabasco .

Restrepo, R. S. (2004). Libertad y Justicia Constitucional . Bogotá, Colombia: Academia Colombiana de Jurisprudencia .

Rubio, J. d. (5 de enero de 2011). Evolucion y actualidad del concepto de familia . Chile: Universidad de Zaragoza.