

El hijo de crianza en Colombia: ¿Mito o realidad?

Leonardo Acosta Arengas,
Lina María Araújo

**EL HIJO DE CRIANZA EN COLOMBIA:
¿MITO O REALIDAD?**

AUTOR: Leonardo Acosta Arengas, Lina María Araújo
FECHA DE RECEPCIÓN: marzo 5 de 2012
DIRECCIÓN: Hermes@unab.edu.co

RESUMEN: Este ensayo es producto del homónimo proyecto adelantado por el Semillero de investigación en hermenéutica jurídica – *Hermes*, del Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas Laureano Gómez Serrano, de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, y pretende analizar la figura del Hijo de crianza en Colombia, determinando si existe en nuestro ordenamiento jurídico y qué derechos tiene.

PALABRAS CLAVE: Hijo de crianza, Caso difícil, Hermenéutica, Positivismo axiológico.

ABSTRACT: This essay is product of the research called “The foster son in Colombia: myth or reality” developed by *Hermes*, which tries to analyze the juridical viability of the existence of the *foster son* in Colombian Law and, if it does, how it is regulated in our system.

KEY WORDS: *Foster son*, Hard case, Hermeneutics, Axiological positivism.

El hijo de crianza en Colombia: ¿Mito o realidad?

Leonardo Acosta Arengas
Lina María Araújo*

INTRODUCCIÓN

Este ensayo es producto de la investigación en curso “*El hijo de crianza en Colombia: ¿mito o realidad?*”, adelantado al interior del Semillero de investigación en hermenéutica jurídica, *Hermes*, cuyo objetivo general es analizar la figura del Hijo de crianza en el ordenamiento jurídico colombiano.

El proyecto parte de las siguientes preguntas: ¿Existe el Hijo de crianza en el Derecho colombiano? Si existe, ¿Qué derechos tiene este frente a sus padres de crianza, y viceversa? La investigación se justifica en la medida en que el Hijo de crianza es un *caso difícil*, lo cual se explicará en el siguiente aparte.

En el tercer punto del ensayo se definirán brevemente los conceptos de ordenamiento jurídico a partir del “positivismo axiológico” y de Hijo de crianza sobre los cuales se apoya el proyecto, distinguiendo este último del concepto de Adopción.

Entrando en materia, en el cuarto punto se realizará un análisis descriptivo de las sentencias sobre Hijos de crianza proferidas por la Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado y Corte Constitucional, a partir de la Constitución de 1991, graficaremos una línea jurisprudencial conforme el trabajo de Diego López Medina y analizaremos la corrección de algunas de estas decisiones a partir de la teoría de la argumentación jurídica de Alexy. Por último, se establecerán algunas conclusiones en las que se dejarán abiertas las puertas para desarrollos posteriores de la figura en cuestión.

EL HIJO DE CRIANZA ES UN CASO DIFÍCIL

Una ojeada restringida a la legislación colombiana sobre la clasificación de los hijos *legítimos*, *extramatrimoniales* y *adoptivos* (L. 29/82, art. 1°), dejaría inmediatamente por fuera la figura del *hijo de crianza*, haciendo inviable la presente investigación en

* Estudiantes de séptimo semestre de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, UNAB, pertenecientes al Semillero de investigación en hermenéutica jurídica –*Hermes*, del Grupo de Hermenéutica Jurídica del Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas “Laureano Gómez Serrano”.

virtud del principio de legalidad. A lo anterior también podría sumarse el hecho de que los asuntos relativos a la filiación y el estado civil son de orden público y, por ende, de competencia exclusiva del legislador, lo que terminaría por enterrar toda pretensión de reivindicar una figura jurídica de tal naturaleza, desarrollada por vía jurisprudencial.

A primera vista nos encontramos, pues, ante un *caso fácil*: 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. Asumir este presupuesto epistemológico, correspondiente al modelo teórico de la Exégesis francesa de mediados de siglo XIX, sería algo parecido a regresar a la teoría geocéntrica en la astronomía.

Afortunadamente para nosotros no hace falta una *De revolutioni busorbium coelestium*, ni necesitamos de un *giro copernicano* en el campo del derecho para la superación de ideas jurídicas obsoletas, puesto que ya se dio: en 1899, con la publicación de la *Méthode* de François Geny, se firmó la partida de defunción de una Exégesis agonizante que había demostrado su incapacidad para dar respuesta a las necesidades de una realidad social sustancialmente distinta a la de la expedición del *Code*, luego de casi un siglo de inmovilidad interpretativa y petrificación del derecho. No existe en la actualidad una Teoría del Derecho seria que equipare el derecho a la legislación.

Superado el primer obstáculo, el presente trabajo se justifica en la afirmación del hijo de crianza como un *caso difícil*, en la medida en que existe un conflicto entre la legislación y la jurisprudencia: aquella no lo regula, y ésta tangencialmente lo ha desarrollado. Empero, este conflicto no se reduce a una mera antinomia normativa, sino que involucra derechos fundamentales que eleva la discusión al plano de los principios.

En la jurisprudencia colombiana reciente encontramos un significativo número de sentencias en las que vemos a los jueces referirse al *hijo de crianza*, no solamente como un *mito*, una figura meramente decorativa, cuya existencia es intrascendente, sino que en algunas ocasiones se le ha dado un tratamiento jurídico de sujeto de derechos y obligaciones en relación con sus *padres de crianza*, derivado del reconocimiento de una realidad social en la que lo familiar va más allá del vínculo sanguíneo o civil, atendiendo en este caso al vínculo afectivo y a la posesión notoria del estado de hijo (de crianza), y que, por tanto, nos hace pensar que dicha figura es más que una fantasía jurisprudencial para constituirse como una *realidad*.

Como más adelante veremos, existen casos en los que se ha reconocido la prevalencia de los derechos del *hijo de crianza* sobre los trámites administrativos de instituciones estatales e incluso también sobre los derechos de los padres biológicos, con fundamento en el interés superior del menor. También existen casos en que se han reconocido los derechos de los *padres de crianza* para reclamar

perjuicios morales en casos de responsabilidad estatal, pensión de sobrevivientes, subsidio familiar, y a ser preferidos en el proceso de adopción como padres adoptantes del menor.

Por tales razones se hace necesario realizar un análisis de fondo de la figura del *hijo de crianza* en Colombia, que responda a las preguntas de qué es el hijo de crianza y qué derechos y obligaciones tiene en relación con sus padres de crianza, y viceversa: cuál es la situación jurídica de los padres de crianza.

La presente investigación tiene, por consiguiente, un valor teórico y práctico; teórico, por cuanto no existen estudios serios relativos a la figura del *hijo de crianza*, y una sistematización sobre la figura constituiría un aporte a la dogmática jurídica; por otro lado, los resultados de la investigación tienen implicaciones prácticas en la medida en que se clarifique la situación jurídica en la que se encuentran muchas personas.

¿QUÉ ES EL HIJO DE CRIANZA?

Para responder a la pregunta fundamental de si existe o no el Hijo de crianza en el ordenamiento jurídico colombiano, primero debemos definir estos conceptos.

Definición de “Hijo de crianza”

El hijo de crianza es un fenómeno social no previsto en la ley pero reconocido por vía jurisprudencial, que hace referencia a aquella persona que en relación con otra llamada “padre o madre de crianza” ocupa el lugar de un hijo en virtud del lazo afectivo que los une, sin que exista un lazo de consanguinidad ni civil originando en un momento determinado derechos y obligaciones

Hipótesis

Con el término hipótesis, nos referimos a unas proposiciones que son aceptables, formuladas a través de lo encontrado mediante el análisis de algunas sentencias, y que nos sirven para resolver de forma alternativa el problema que nos ocupa.

Entenado

(De antenado). Significa hijastro, hijo de uno solo de los cónyuges respecto del otro. Es decir, es quien tiene vínculos de consanguinidad con uno de ellos.

A continuación, citaremos algunos ejemplos sacados de la mitología, la Biblia y de programas de televisión, esto con el fin de partir de casos para realizar luego formulaciones generales, correspondientes al método inductivo.

Jesús de Nazaret: es hijo biológico de María pero no de José. En estos pasajes de la Biblia se evidencia, cómo José, actuó como padre de Jesús y cómo el pueblo lo tenía como tal, a pesar de ser hijo únicamente de María.

Lucas 1, 30 -31: “Mas el ángel le dijo: ¡Oh María! No temas, porque has hallado gracia en los ojos de Dios. Sábetete que has de concebir en tu seno, y tendrás un hijo, a quien pondrás por nombre Jesús.”

Juan 1,45: “Felipe halló a Natanael, y le dijo: hemos encontrado a aquel de quien escribió Moisés en ley, y anunciaron los profetas, a Jesús de Nazaret, el hijo de José.”

Juan 6,42: “y decían: ¿No es este aquel Jesús, hijo de José, cuyo padre y cuya madre nosotros conocemos? Pues, ¿cómo dice él: Yo he bajado del cielo?”.

Hércules es entenado. Es solo hijo de Alcmena, y no de Anfitríon su esposo. Nació en Tebas, hijo de Zeus y de Alcmena, cuyo esposo era Anfitríon, pero que Zeus engañó haciéndose pasar por él para poder unirse a ella. De esa unión nació Hércules.

Expósito

(Del lat. expositus, expuesto) Es el recién nacido, abandonado, expuesto o confiado a un establecimiento benéfico.

“Un niño expósito no sólo es incapaz de satisfacer sus necesidades básicas, sino que está en una circunstancia especial de riesgo respecto de fenómenos como la violencia física o moral, la venta, el abuso sexual, la explotación laboral o económica y el sometimiento a la realización de trabajos riesgosos. En síntesis, el derecho a formar parte de un núcleo familiar, además de ser un derecho fundamental que goza de especial prelación, constituye una garantía esencial para asegurar la realización de otros derechos fundamentales de la misma entidad, consagrados en el artículo 44 de la Carta”.

Un ejemplo de esto en la literatura, lo encontramos del escritor Rudyard Kipling (1865-1936), autor de “**The Jungle Book**”, publicado en español como “**El libro de las tierras vírgenes**”, nos narra la vida de Mowgli, un niño que queda huérfano y es criado por la Manada de Lobos de Seeonee, en la India.

Otro ejemplo, traído desde la historia de Roma, son Rómulo y Remo, quienes fueron expósitos, al ser recogidos y cuidados por el pastor Fausto y su mujer Acalarentia.

Diferencia entre entenado y expósito:

Existe entre estas dos figuras la diferencia de que el expósito es el recién nacido que es dejado ya sea en un lugar público, en un establecimiento de beneficencia, o es entregado a una persona para su cuidado, es decir, éste no tiene ningún vínculo de sangre con quienes están a su cargo; a diferencia del entenado, que se denomina también hijastro, quien sí tiene vínculos de sangre con uno de los cónyuges.

Elementos esenciales de la definición

Inexistencia de vínculo de consanguinidad y civil

Las tres formas de parentesco que se establecen en el código civil, son: consanguinidad, civil y afinidad. En el caso del hijo de crianza, no existe vínculo de consanguinidad debido a que el hijo de crianza es un menor ajeno al círculo familiar, entendiéndose como círculo familiar, la unión que hay entre los integrantes de la familia

por algún tipo de parentesco, convirtiéndose después en miembro de éste, sin llegar a ser adoptado posteriormente.

Existencia de vínculo afectivo natural al de un padre y un hijo

No existiendo tales vínculos consanguíneos y civiles, es necesario que entre los padres de crianza y el hijo, se desarrollen unos vínculos afectivos fuertes como los que existen entre un padre y un hijo, derivados éstos del comportamiento entre sí.

La vinculación afectiva es una relación recíproca, afectuosa y fuerte que existe entre los niños y sus padres, Si ellos desde temprana edad, no han experimentado sensaciones como caricias, abrazos, arrullos, muy seguramente cuando estén en una edad adulta, les será difícil relacionarse afectivamente con otras personas, por eso es muy importante, que desde pequeños reciban demostraciones sensibles de afecto.

El mantenimiento de estos vínculos se convierte en prioridad para el sano desarrollo, puesto que son un factor protector para el sujeto en todas las etapas del ciclo vital, reduciendo su vulnerabilidad frente a los factores estresantes físicos, mentales, sociales o de cualquier naturaleza y permitiéndole hacer frente a los mismos con mayor capacidad de afrontamiento. Cuando ocurre una pérdida significativa, es decir, que está relacionada con los vínculos afectivos, se produce duelo. El niño y la niña sufren con la desaparición de los diferentes lazos de unión con otras personas, sus juguetes o su propio cuerpo y finalmente reparan el sufrimiento mediante la elaboración del duelo. Para que esta reparación se dé satisfactoriamente como parte de su proceso vital, es fundamental que reciban el acogimiento y acompañamiento de adultos significativos.

Como se verá más adelante en algunos análisis jurisprudenciales sobre hijos de crianza, se muestra cómo ellos sufrieron ese duelo al desaparecer el vínculo, puesto que fueron retirados de sus familias de crianza en perjuicio de su integridad y estabilidad psicológica.

Prueba del vínculo afectivo: posesión notoria del estado de hijo (de crianza)

Antes que todo, en este punto se hace referencia a la posesión notoria, no como un elemento de la definición del hijo de crianza, sino como un medio de prueba para demostrar el vínculo afectivo existente. Dicho esto, pasamos a analizar en qué consiste la posesión notoria.

En el caso, es necesario que el padre o madre de crianza hayan formado y tratado al menor como su hijo, brindándole las condiciones necesarias de subsistencia, educación, establecimiento, y que las personas allegadas, ya sea vecinos, familiares o compañeros, puedan dar fe, y hayan reputado al menor, como hijo de dicho padre o madre, en virtud de aquel tratamiento, es decir, producto de los lazos afectivos creados entre ellos, como los existentes entre un padre y un hijo.

Aquí es de utilidad la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, del 7 de abril de 1953, magistrado ponente Alfonso Bonilla Gutiérrez, *Gaceta Judicial*, Tomo 74, páginas 578-618:

“[T]res son los requisitos indispensables para configurar la posesión [notoria] del estado civil de hijo natural: 1º Que el respectivo padre o madre haya tratado al hijo como tal, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento; 2º que los deudos y amigos del padre o madre o el vecindario del domicilio en general, lo hayan reputado como hijo de dicho padre o madre, a virtud de aquel tratamiento; y 3º que las relaciones de tal género entre el padre o madre e hijo y la reputación aludida hayan durado diez años, al menos, en forma continua” (G.J., T. LXXIV, p. 592).

Esto se traduce en los tres requisitos o elementos de la posesión notoria del estado civil: 1º Trato (padre-hijo); 2º Fama (deudos, vecinos); y 3º Tiempo (10 años -hoy 5 años, a partir de la Ley 75 de 1968-).

Ninguno de los primeros dos requisitos por sí solos, aun cumpliendo el requisito del tiempo, es idóneo por sí para probar la posesión notoria del estado civil. *“Es absolutamente necesario que la reputación [o fama] sea consecuencia del trato y asistencia que el presunto padre le haya dado al hijo. Los dos primeros requisitos son, pues, inseparables (...) Igualmente, para establecer la prueba de posesión del estado de hijo natural, es condición esencial que la doble situación comentada [trato y fama] haya tenido una duración mínima de diez años continuos” (hoy 5 años) (G.J., T. LXXIV, p. 593)*

Diferencias entre Hijo de crianza e hijo adoptivo

En desarrollo del propósito de construir una definición satisfactoria del concepto de *Hijo de crianza*, hemos encontrado que algunos de los operadores jurídicos de nuestro sistema en más de una ocasión lo han confundido, asimilado o relacionado con el concepto o instituto jurídico de “Adopción”.

En efecto, magistrados tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, han tomado decisiones incorrectamente debido a que no han tenido claridad suficiente respecto de los conceptos mencionados.

La incorrección de esas decisiones estriba en que no están debidamente fundamentadas desde el punto de vista externo, ya que son contrarias a nuestra dogmática jurídica sobre Adopción.

Por esta razón es necesario distinguir entre el hijo de crianza y el hijo adoptivo, o, hablando en términos de institutos, entre el *Prohijamiento de crianza* y la Adopción. El término “prohijamiento” viene del latín “*pro*” (por) y “*filius*” (hijo), que significa “tener por hijo”. Por esta razón hemos querido darle el nombre de “prohijamiento de crianza” al instituto que gobierna la relación entre padre e hijo de crianza.

Existen al menos tres diferencias entre el prohijamiento de crianza y la adopción, relativas a su *i)* naturaleza; *ii)* causa; y *iii)* efectos.

- En relación a su naturaleza: por prohijamiento de crianza nos referimos a la relación jurídica de facto existente entre una o varias personas (llamados *padres de crianza*) que acogen como hijo suyo a otra persona que no lo es por naturaleza o por adopción legalmente celebrada. Decimos que esta relación jurídica es de facto porque no está regulada como tal en nuestra legislación, pero sí hace parte de una realidad social que el Derecho, como producto humano, no puede desconocer, y de hecho no la desconoce, en la medida en que existen numerosas decisiones judiciales que tangencialmente han venido desarrollando la figura.

Por el contrario, respecto a la adopción, si bien esta crea una relación jurídica entre adoptantes y adoptivo referente a las obligaciones recíprocas que surgen entre estos, lo cierto es que dicha relación surge, no de facto, sino de un negocio jurídico.

Este negocio jurídico de la adopción, en nuestra legislación, no es de forma libre sino impuesta, o, en términos de nuestro Código Civil, es solemne y de sujetos calificados.

Es solemne en cuanto a que la adopción se lleva mediante un trámite administrativo que inicia con un proceso de restablecimiento de derechos, llevado por el Defensor de Familia, seguido por un acto administrativo en que se decreta la adoptabilidad, que únicamente puede ser proferido por el Defensor de Familia. Concluido esto, se inicia un trámite judicial en el cual mediante apoderado se presenta la demanda de adopción, que termina con sentencia.

Esta solemnidad se manifiesta también, en primera medida, en que la autoridad competente para desarrollar programas de adopción, es solamente el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y las instituciones autorizadas por este. En cuanto a la procedencia, solo se puede adoptar a los menores de 18 años declarados en situación de adoptabilidad, o aquellos cuya adopción haya sido consentida previamente por sus padres. Este consentimiento es una manifestación informada, libre y voluntaria de dar en adopción a un hijo por parte de quienes ejercen la patria potestad, el cual debe ser válido civilmente e idóneo constitucionalmente.

No todas las personas son aptas para adoptar, el código de Infancia y adolescencia establece como requisitos los siguientes: quien siendo capaz, haya cumplido 25 años de edad, tenga al menos 15 años más que el adoptable, y garantice identidad física, mental, moral y social suficiente para suministrar una familia adecuada y estable al niño o adolescente.

El carácter solemne del negocio jurídico de la adopción se opone al carácter de facto que supone la relación del prohijamiento de crianza.

- • En relación con su *causa*, entendida ésta como la razón de ser del negocio, la cual “*se identifica con la función económico-social del negocio entero*” en el

ordenamiento jurídico y la sociedad, la adopción se distingue del prohijamiento de crianza en la medida en que este, en estricto sentido, no tiene causa (porque, como se vio arriba, no es un negocio), es decir, no tiene una función que cumplir a la luz del ordenamiento jurídico

Por el contrario, la adopción sí tiene una causa, relativa con la función que ésta cumple, a saber, la de ser una medida de protección del menor en la que por medio de la vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable, la relación paterno filial entre personas que no la tienen por naturaleza.

- Y en relación con sus *efectos*, la adopción crea entre los sujetos - adoptante y adoptivo- un vínculo de filiación de naturaleza civil, en virtud del cual este pasa a ser hijo de aquel, e igualmente se forman vínculos de parentesco con los parientes de su adoptante.

Por el contrario, la relación de prohijamiento de crianza no tiene ningún efecto legal en la medida en que no está regulada en la legislación; por ende, todo efecto jurídico que los jueces atribuyan –como ya lo han hecho- a dicha relación, será un efecto extra-legal.

Definición de “ordenamiento jurídico”

¿Cuál es *el concepto de derecho*? De ninguna manera pretendemos construir acá una teoría del derecho, empresa que naturalmente excedería nuestras fuerzas. Sin embargo, la pregunta es pertinente por cuanto la respuesta puede determinar las conclusiones del presente proyecto. En efecto, como ya lo mencionamos arriba, si partimos de una concepción positivista formalista del derecho, según la cual éste equivale a la Ley, concluiremos que el *hijo de crianza* no existe por cuanto no está previsto en la legislación.

Por ello se ha partido de una definición de “ordenamiento jurídico” que privilegie la efectividad de los derechos en atención a exigencias de justicia material, antes que desconocer situaciones de hecho que no tienen regulación legal (como el Hijo de crianza); un concepto de Derecho que considere los principios como verdaderas fuentes de decisión judicial y que reconozca que éstos tienen necesariamente un contenido moral. Este punto de partida lo suministra lo que algunos llaman *positivismo axiológico* o positivismo con apertura a los valores ético-morales, entre cuyos exponentes están Dworkin, Alexy y Zagrebelsky.

<<El juez puede decidir en principios>>: Dworkin

El trabajo de Dworkin parte de la crítica de dos de las ideas fundamentales de su otrora maestro y cabeza visible del positivismo jurídico en el *Common Law*, H. L. A. Hart, según las cuales: *i)* existe una clara línea divisoria entre derecho y moral; y *ii)* los casos difíciles son resueltos discrecionalmente por el juez.

Frente a la primera idea, Dworkin afirma que el sistema jurídico se compone -no sólo de reglas sino también- de principios, los cuales tienen necesariamente un contenido moral, razón por la cual no encajan dentro de la regla de reconocimiento hartiana. La presencia de elementos de contenido moral hace que la línea divisoria entre esta y el derecho sea difusa.

Respecto a la segunda idea, Dworkin se opone a que el juez falle discrecionalmente los casos difíciles en la medida en que ello constituye una violación al principio democrático; en vez de eso propone que el juez, en caso de que no exista, por ejemplo, una regla aplicable al caso, decida con base en principios.

En ese orden de ideas, en la hipótesis del *hijo de crianza* en la que no existe como tal una regla aplicable al caso, los jueces pueden valerse de los principios jurídicos para fundamentar su decisión. El hecho de que no exista legislación sobre la materia no significa que el juez deba desconocer los derechos de estas personas, máxime cuando se tiene en cuenta que el problema de los derechos no se resuelve mediante su reconocimiento legal. Por el contrario, una teoría del derecho que se tome *los derechos en serio* debe abogar por su efectividad atendiendo a exigencias de justicia material.

<<Los principios se ponderan>>: Alexy

Establecido que el Hijo de crianza es un caso difícil, y que, según Dworkin, estos casos se resuelven mediante principios, debemos ahora responder cómo se aplican los principios.

Según Alexy, “*los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. Por ello, los principios son mandatos de optimización*”.

Respecto a su modo de aplicación, los principios, a diferencia de las reglas, no se aplican mediante la subsunción debido a que por su estructura lógica tienen una dimensión de peso de la cual carecen las reglas, lo cual obliga al intérprete a *ponderar* en cada caso concreto cuál principio pesa más que otro.

La ponderación equivale a la proporcionalidad en sentido estricto, y está compuesta por tres elementos: *i) la ley de la ponderación; ii) la fórmula del peso; y iii) la carga de la argumentación*. Su núcleo lo compone la *ley de la ponderación*, según la cual: “*Cuando mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro*”.

En tratándose de casos sobre Hijos de crianza ello significa que el juez debe ponderar en cada caso concreto los principios en juego y determinar el grado de satisfacción o restricción de los derechos fundamentales del menor, por ejemplo, frente al principio de legalidad o de seguridad jurídica, al tiempo que debe propender porque su decisión garantice la efectividad del principio del interés superior del menor, atendiendo a las posibilidades fácticas del caso y la viabilidad jurídica del fallo.

<<El Caso Serena>>: Zagrebelsky

Concebidos los principios como mandatos de optimización, los cuales se aplican mediante la ponderación, debemos acercarnos ahora a un concepto de derecho acorde a las exigencias ético-morales en consonancia con el principio de justicia material.

Partiendo de una concepción del *derecho por principios*, teniendo en cuenta el papel esencial que cumplen éstos en la fundamentación del ordenamiento jurídico, toda vez que no se concibe la existencia del derecho sino para la realización de presupuestos mínimos de justicia, inevitablemente debemos concluir que el derecho es una “*disciplina práctica [que] está necesariamente anclada a la realidad*”.

En ese orden de ideas, los jueces no pueden ser apáticos a la existencia de situaciones y relaciones que de alguna manera tienen relevancia jurídica, no obstante no estar reconocidas en el ordenamiento positivo. Los jueces deben garantizar la efectividad de los derechos fundamentales, aun cuando ello implique contrariar el sentido literal de la ley. En tratándose de los *hijos de crianza*, el juez debe ponderar los principios en juego de modo que la resolución adoptada sea razonable luego de realizar el juicio de proporcionalidad.

Ejemplo de lo anterior lo constituye el *Caso Serena* debatido en Italia, el cual precisamente encuadra en la hipótesis del *hijo de crianza*, y se resume así:

El asunto era el siguiente: una niña nacida en un país lejano fue traída ilegalmente a Italia y un matrimonio la tenía consigo como hija. La situación de hecho era ilegal, pero ya se había prolongado durante más de un año mediante las estratagemas usadas por los cónyuges (primero una falsa declaración de paternidad natural del hombre y luego la solicitud de adopción o de acogimiento) con la evidente intención de consolidarla y hacer cada vez más difícil la separación de la niña.

Era indiscutible –de un lado- la ilegalidad de la situación, pero también era indiscutible –de otro lado- que se había constituido un lazo afectivo entre la niña y la nueva familia.

El caso deja al descubierto un conflicto o colisión de principios: por un lado, el principio de fraude a la ley, según el cual nadie puede obtener provecho de su propia ilicitud, y por otro lado, la *tranquilidad espiritual* de la niña, o mejor, el interés superior del menor, por cuanto separarla de la familia significaba causarle un trauma debido al vínculo afectivo que ya se había tendido entre ellos.

El caso es estudiado por los tribunales de menores en Italia, en donde se resuelve separar a la niña de la familia en atención a los derechos de otros niños que están o pueden llegar a estar en la misma situación, como lo es, el tráfico ilícito de menores. El sentido de la decisión, no obstante, no es compartido por Zagrebelsky, para quien el principio de solidaridad, según el cual es posible “*endosar a alguien una carga en*

atención al bien de otro”, no debe prevalecer sobre el interés de la menor. “En el fondo, la decisión del <<caso Serena>> ha supuesto justamente esto: para proteger a muchos niños se ha admitido un peligro para el bien de una niña”.

Para finalizar este tercer punto, hemos visto cómo los principios no solamente hacen parte del ordenamiento jurídico, sino que lo fundamentan; un estudio sobre una figura jurídica no tipificada en la legislación –como el Hijo de crianza- debe partir, pues, de una concepción “positivista axiológica” del Derecho, en que la discusión no se quede en el plano de las reglas, sino que la eleve al nivel de los principios, en la medida en que existan derechos fundamentales en juego.

EL HIJO DE CRIANZA EN LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA

“El derecho evoluciona y se transforma constantemente, porque se desarrolla en el tiempo que lo modifica, y se transforma con entera y completa independencia de las voluntades individuales y de acuerdo con las diversas manifestaciones del espíritu popular”.

Síntesis de lo que se hizo

Partiendo de lo que se planteó al comienzo de este escrito, esto es, la no regulación de la figura del hijo de crianza dentro de nuestra legislación nacional; o mejor, con algo de criticidad propia de la escuela histórica alemana: el desconocimiento por parte del legislador del “**espíritu del pueblo**”, de una realidad jurídica que envuelve nuestro entorno, decidimos optar por remitirnos a la jurisprudencia y buscar en la mayor medida posible providencias que nos indicaran de manera siquiera sumaria la existencia de la figura del hijo de crianza en el ordenamiento jurídico colombiano. Pues bien, nuestro marco fue concreto, tomamos como punto de partida la expedición de la Carta política del 91 abarcando de esta manera los fallos por parte del Consejo de Estado, la Corte Suprema de Justicia y la naciente Corte Constitucional. En la recopilación jurisprudencial nos encontramos con 16 providencias, tres correspondientes a la Corte Suprema de Justicia, tres más al Consejo de Estado y las diez restantes, a la Corte Constitucional; tales fallos judiciales desarrollaban temas como *i)* Pensión de sobrevivientes; *ii)* Reclamación de perjuicios morales y materiales en falla del servicio por causa imputable al Estado; *iii)* Derecho del niño a tener una familia y no ser separado de ella; *iv)* Vínculo afectivo que naturalmente debe existir entre una madre y un hijo; y *v)* Subsidio familiar.

Figura No. 1

A continuación en la figura N° 1 exponemos la identificación en particular de cada sentencia, junto con el problema jurídico, la tesis de la Corte y la hipótesis en que se desarrolló el hijo de crianza.

N° Hipótesis

Problema Jurídico
Corporación
Tesis
Corporación
Puntos principales resaltados en las providencias

1	C.S.J Sección Laboral Fecha: 16/05/2002 M.P.: Francisco Escobar Enríquez	¿Puede una persona en condición de hijo de crianza e integrante del grupo familiar del causante ser acreedor de la pensión de sobreviviente de este del cual dependía económicamente?	Sí	Entenado
2	C.S.J Sección Laboral Fecha: 14/08/2007 M.P.: Isaura Vargas Díaz	¿ Tienen derecho a la pensión de sobrevivientes los padres de crianza, respecto de su hijo de crianza fallecido. del que cuidaron desde la edad de año y medio de nacido, creándose entre ellos lazos afectivos propios de padres biológicos con su hijo, así no esté acreditado el parentesco conforme a las reglas del Código Civil tal como lo exige el parágrafo del art. 47 de la ley 100 de 1993?	NO	Expósito
3	C.S.J Sección Laboral Fecha: 29/07/2008 M.P.: Isaura Vargas Díaz	¿ Tiene derecho a la pensión de sobrevivientes el hijo de crianza (Entenado) respecto de su padre de crianza fallecido, con quién surgieron lazos afectivos después de tres años y medio de convivencia y este asumió su manutención y cuidados, así la figura del hijo de crianza no esté comprendida en las disposiciones del Código Civil que regula el vínculo entre padres e hijos y que requiere el parágrafo del art. 13 de la ley 100 de 1993 para otorgar la pensión de sobrevivientes?	NO	Entenado
4	Consejo de Estado Sección 3 Fecha: 26/03/2008 M.P.: Enrique Gil Botero	1) Tiene derecho el hijo de crianza a ser indemnizado por perjuicios morales por la muerte de su padre de crianza, ocurrida por causa imputable al Estado? 2) En la misma situación, ¿tiene derecho ese hijo de crianza a ser indemnizado por perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante?	Sí	Entenado

5	<p>Consejo de Estado Sección 3 Fecha: 28/01/09 M.P.: Enrique Gil Botero</p>	<p>¿Tiene derecho a ser indemnizada por perjuicios morales la madre de crianza cuyo hijo de crianza ha sido víctima de una falla del servicio por parte del Estado?</p>	SÍ	Expósito
6	<p>Consejo de Estado Sección 4 Fecha: 06/05/2009 M.P.: Martha Teresa Briceño</p>	<p>¿Se vulneran los derechos a la igualdad, a la dignidad humana, a la seguridad social y a la protección integral de la tercera edad y de la familia cuando el Ejército Nacional no otorga la pensión de sobrevivientes a los padres de crianza respecto de su hijo de crianza miembro de las FFAA muerto en combate del cual se hicieron cargo cuando murieron sus padres biológicos, y al que le brindaron el cuidado, y sostenimiento propios de los padres biológicos con su hijo?</p>	SÍ	Expósito
7	<p>Corte Const. Sentencia: T-217/94 Fecha:02/05/1994 M.P.: Alejandro Martínez Caballero</p>	<p>¿Resulta violatorio al principio de solidaridad social y a los derechos fundamentales de tener una familia y a no ser separado de ella, y de libertad de expresión; el accionar del ICBF respecto al hecho de separar al menor expósito del hogar sustituto en el que se encuentra y en el cual se han creado vínculos afectivos?</p>	NO	Expósito
8	<p>Corte Const. Sentencia: T-278/94 Fecha:15/06/1994 M.P.: Hernando Herrera Vergara</p>	<p>¿Se violan los derechos fundamentales de la menor a tener una familia y no ser separado de ella, al libre desarrollo de su personalidad y a la libertad de su opinión cuando se le sustrae de sus padres de crianza con los que convive hace más de cinco (5) años y se le pone al cuidado de su madre biológica que no le ofrece ningún tipo de garantías para su integridad y desarrollo físico y mental y con la cual la menor no quiere estar?</p>	SÍ	Expósito
9	<p>Corte Const. Sentencia: T-495/97 Fecha:03/10/1997 M.P.: Carlos Gaviria Díaz</p>	<p>¿Tienen derecho los Padres de crianza, a que se les reconozca la pensión de sobreviviente, respecto de su hijo de crianza expósito que fue dado de baja mientras prestaba el servicio militar, así no esté tal</p>	SÍ	Expósito

12	<p>Corte Const. Sentencia: T-715/99 Fecha:27/09/1999 M.P.: Alejandro Martínez Caballero</p>	<p>Se vulneran los derechos de [L] en calidad de hija de crianza a tener una familia y no ser separada de ella, así como el principio de interés superior del menor, al ser esta retirada por parte del ICBF de su familia de crianza [A y B], con la cual permaneció por más de 5 años y con la cual existe un vínculo afectivo?</p>	Sí	Expósito
13	<p>Corte Const. Sentencia: T-941/99 Fecha:25/11/1999 M.P.: Carlos Gaviria Díaz</p>	<p>¿Se violan los derechos que tiene el hijo de crianza a pertenecer a una familia y no ser separado de ella, cuando este ha convivido por más de dos años en su seno, creándose vínculos afectivos; y por una decisión del ICBF es retirado y puesto en un ambiente totalmente diferente para el menor?</p>	Sí	Expósito
14	<p>Corte Const. Sentencia: T-893/00 Fecha:17/07/2000 M.P.: Alejandro Martínez Caballero</p>	<p>¿Se le vulnera el derecho a un menor a tener una familia y no ser separado de ella; y a sus padres de crianza el derecho al debido proceso, a recibir información veraz e imparcial y a presentar peticiones respetuosas, cuando el ICBF después de haber puesto al menor bajo el cuidado de estos como hogar sustituto y habiendo dejado prolongar la permanencia del menor por 3 años en ese hogar en el que se crearon relaciones afectivas propias de los padres biológicos con su hijo, lo retiraron de manera sorpresiva y abrupta sin haberlos notificado de tal actuación y además, les impidieron la posibilidad de iniciar el proceso de adopción de este menor utilizando información imprecisa?</p>	No	Expósito
15	<p>Corte Const. Sentencia: T-292/04 Fecha:25/03/2004 M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa</p>	<p>¿Se violan los derechos fundamentales de una menor, en particular su derecho a tener una familia y no ser separada de ella, por la decisión del ICBF de retirarla del hogar de quienes hicieron el papel de padres de crianza por casi dos años (y con los cuales se crearon vínculos afectivos propios de los padres biológicos con su hijo) y ubicarla en un hogar sustituto.</p>	Sí	Expósito

16	<p>Corte Const. Sentencia : T-497/05 Fecha:13/05/2005 M.P.: Rodrigo Escobar Gil</p>	<p>¿Se viola el interés superior del menor y su derecho a tener una familia y a no ser separado de ella cuando se intenta separarlo de su familia de crianza?</p> <p>¿Se traslada el ámbito de protección del derecho a la familia del menor hacia su familia de crianza cuando se han desarrollado vínculos afectivos cuya perturbación perjudicaría su interés superior?.</p>	Sí	Expósito
----	--	---	----	----------

Líneas jurisprudenciales

Debemos hacer la salvedad que aunque el número de sentencias encontradas respecto al hijo de crianza fue escaso, (16 sentencias) lo cierto es que fue posible la construcción de líneas jurisprudenciales atendiendo a la analogía u homogeneidad de algunos temas que en su cuestión fáctica se asimilaban.

PRIMERA LÍNEA JURISPRUDENCIAL

i) Reciprocidad entre el hijo y los padres de crianza de ser acreedores de la pensión de sobrevivientes.

	¿Es beneficiario el hijo de crianza a la pensión de sobrevivientes respecto sus padres de crianza y viceversa?		
NO	<p>◆ Corte Suprema de Justicia Sección Laboral Fecha: 14/08/2007 M.P.: Isaura Vargas Díaz</p> <p>◆ C.S.J Sección Laboral Fecha: 29/07/2008 M.P.: Isaura Vargas Díaz</p>	<p>◆ Corte Suprema de Justicia Sección Laboral Fecha: 16/05/2002 M.P.: Francisco Escobar Enríquez</p> <p>◆ Corte Constitucional Sentencia T-495/97</p> <p>M.P.: Carlos Gaviria Díaz</p> <p>◆ Consejo de Estado Sección 4 Fecha: 06/05/2009 M.P.: Martha Teresa Briceño</p>	SÍ

En relación a la anterior línea jurisprudencial, debemos anotar que las dos decisiones negativas adoptadas por parte de la magistrada Isaura Vargas Díaz, esto es, de no conceder el beneficio al hijo de crianza de ser acreedor de la pensión de sobrevivientes respecto de sus padres de crianza y viceversa, obedeció a un cambio

legislativo en el año 2003. Fue La Ley 797 en su art. 13, literales A y C, y Parágrafo la cual modificó el art. 47 de la ley 100 de 1993; disposición que desde nuestro punto de vista perjudicó de cierta forma el desarrollo de la figura el hijo de crianza y de sus padres de crianza, pues su limitación fue excesiva por cuanto se debe acreditar la dependencia económica del beneficiario con el causante al momento de su muerte y además se requiere que el *vínculo entre el padre, el hijo o el hermano inválido sea el establecido en el Código Civil*, excluyendo y dejando sin posibilidad alguna de que un hijo de crianza pueda aspirar a una pensión de sobrevivientes, pues como se explicó al principio de este escrito, tal figura no ha tenido ese reconocimiento legal.
SEGUNDA LÍNEA JURISPRUDENCIAL

ii) Derecho del hijo de crianza a permanecer con su familia de crianza

	¿Tiene derecho el hijo de crianza a permanecer con sus padres de crianza cuando se han establecido estrechos vínculos afectivos naturales como los que existen entre los padres y sus hijos aún en perjuicio de determinaciones del ICBF y de su familia biológica que no le ofrece ningún tipo de garantías para su integridad y desarrollo físico y mental?	
NO	<ul style="list-style-type: none"> ◆ Corte Constitucional Sentencia T-217/94 Fecha: 02/05/ 1994 M.P.: Alejandro Martínez Caballero ◆ Corte Constitucional Sentencia T-278/94 Fecha: 15/06/1994 M.P.: Hernando Herrera Vergara ◆ Corte Constitucional Sentencia T-715/99 Fecha: 27/ 09/1999 M.P.: Alejandro Martínez Caballero ◆ Corte Constitucional Sentencia T-941/99 Fecha: 25/ 11/1999 M.P.: Carlos Gaviria Díaz ◆ Corte Const. Sentencia T-292/04 Fecha: 25/03/2004 M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa ◆ Corte Const. Sentencia : T-497/05 Fecha: 13/05/2005 M.P.: Rodrigo Escobar Gil 	SI

Hacemos la salvedad de que en la construcción de esta línea jurisprudencial la sentencia de tutela T-893 de 17 de julio de 2000 con ponencia del Dr. Alejandro Martínez Caballero no fue incluida, pues si bien tuvo tesis negativa, los hechos que le dieron desarrollo no se pueden asimilar a las demás providencias en razón de que tal decisión terminó con la adopción del menor por parte de una pareja extranjera.

Corrección de una decisión sobre hijos de crianza

Al hacer los análisis jurisprudenciales de las sentencias que encontramos, nos percatamos de algunas irregularidades – si se pueden llamar de esa manera- en lo referente a las decisiones tomadas por los operadores jurídicos; si bien es cierto que deben ceñirse por las disposiciones normativas, en determinados casos su análisis exegético utilizado como método de interpretación puede atentar contra garantías fundamentales. Tal es el caso de las sentencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia Sala de casación laboral de agosto 14 de 2007 y Julio 29 de 2008, ambas con ponencia de la Dra. Isaura Vargas Díaz. Ya habíamos anotado en la primera línea jurisprudencial referente a la *reciprocidad entre el hijo y los padres de crianza de ser acreedores de la pensión de sobrevivientes*, que la conducta negativa de las decisiones adoptadas por parte de la magistrada ponente se debió a un cambio legislativo. Se evidencia que la mecánica utilizada por ella fue la de subsumir los hechos en la regla, dejando de lado como ya se adujo, el reconocimiento de derechos fundamentales. De tales actuaciones nos surgió una pregunta: ¿existe un mecanismo para que el juez pueda apartarse de la literalidad de la disposición de una norma? La respuesta a tal interrogante es sí, y dicho mecanismo está representado en la excepción de inconstitucionalidad, la cual como lo acota la C-122/11 puede ser propuesta y llevada a cabo por *“cualquier juez, autoridad administrativa e incluso particulares que tengan que aplicar una norma jurídica en un caso concreto y (...) y que viole disposiciones constitucionales”*. Del caso en cuestión hacemos la crítica puntillosa a la magistrada Isaura Vargas cuando desconociendo derechos fundamentales se ciñe únicamente a la literalidad de la ley, pudiendo excusarse en la excepción de inconstitucionalidad y de esta manera reconocer la pensión de sobrevivientes de la cual se desprendían derechos fundamentales.

Para culminar debemos señalar que la corrección de cada una de las decisiones en cada sentencia no se puede determinar a priori por la tesis del problema jurídico, sino que se debe evaluar junto con los hechos de cada uno de los casos en concreto. Esto se justifica porque no estamos enfocados en un positivismo normativista sino en un positivismo axiológico en la medida en que el problema jurídico no se resuelve subsumiendo reglas, sino ponderando principios, y la ponderación como dijimos arriba cuando nos referíamos a Alexy y Dworkin, se realiza atendiendo las circunstancias de cada caso concreto.

BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, Robert. *Derecho y razón práctica*. 2ª ed., Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, Fontamara, México, 1998.

_____, *Teoría de la argumentación jurídica* (1978), 2ª ed., trad. M. Atienza e I. Espejo, Madrid: CEPC, 2007.

BERNUZ BENEITEZ, María José. *François Gény y el derecho, La lucha contra el método exegético*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio* (1977), trad. M. Guastavino, Barcelona: Ariel, 1984.

FARALLI, Carla. *La filosofía del derecho contemporáneo*, trad. S. Perea, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

GADAMER, Hans – Goerg. *Verdad y método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica* (1960), I, trad. A. Agud Aparicio y R. de Agapito, 6ª ed., Salamanca: Sígueme, 1996.

GÓMEZ SERRANO, Laureano. *Hermenéutica jurídica, Interpretación a la luz de la Constitución*, Bogotá: Doctrina y Ley, 2008.

HART, Herbert L. A. *El concepto de derecho*. (1961), trad. G. Carrió, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963.

KELSEN, Hans. *Teoría general del Derecho y del Estado* (1945), trad. E. García Maynes, 3ª ed., UNAM, México, 1969.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces*, 2ª ed., Bogotá: Legis, 2006.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil* (1992), trad. De M. Gascón, 7ª ed., Madrid: Trotta, 2007.

BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico* (1943), trad. de A. Martín Pérez, 2ª ed., Madrid: *Revista de Derecho Privado*, 1959.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio* (1977), trad. M. Guastavino, Barcelona: Ariel, 1984.

BOHÓRQUEZ, Antonio. *De los negocios jurídicos en el derecho privado colombiano*, V. I, 3ª ed., Bogotá: Doctrina y Ley, 2004.

HINESTROSA, Fernando. *Tratado de las obligaciones, I, Concepto, estructura, vicisitudes*, 3ª ed., Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

LARENZ, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho* (1979), trad. M. Rodríguez Molinero, 2ª ed., Barcelona, Ariel, 1994.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofía del Derecho*, trad. Wenceslao Roces, Bogotá: Fondo de Cultura Económica, 1997.

SERNA, Pedro. (editor). *De la argumentación jurídica a la hermenéutica*, 2ª ed., Granada: Comares, 2005.

Jurisprudencia

CSJ - Sala Laboral. Sentencia 6 de Mayo de 2002. M.P. Francisco Escobar Enríquez.

CSJ- Sala Laboral. Sentencia 14 Agosto de 2007. M.P. Isaura Vargas Díaz.

CSJ - Sala Laboral. Sentencia de 29 Julio de 2008. M.P. Isaura Vargas Díaz.

C.E. - sala 3. Sentencia de 26 Marzo de 2008, M.P. Enrique Gil Botero.

C.E. 3. Sentencia de 28 Ene. 2009. M.P. Enrique Gil Botero.

C.E. 4, Sentencia de 6 Mayo. 2009. M.P. Martha Teresa Briceño (Tutela).

C. Const., T-217/94, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

C. Const., T-278/94, M.P. Hernando Herrera Vergara.

C. Const., T-495/97, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

C. Const., T-592/97, M.P. Jorge Arango Mejía.

C. Const., T-586/99, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

C. Const., T-715/99, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

C. Const., T-941/99, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

C. Const., T-893/00, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

C. Const., T-292/04, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

C. Const., sentencia T-497/05, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

C. Const., sentencia T-495/97, M.P. Carlos Gaviria Díaz.