CONCEPTO 114 DE 2016

(septiembre 21)

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIA

10400/1760706554

Bogotá D.C.,

Señor

XXXXXXXXXXXXXXX

ASUNTO: Su consulta con radicado del ICBF SIM No. 1760706554 del 18/08/2016

De manera atenta, en relación con el asunto de la referencia, en los términos previstos en el artículo 26 del Código Civil, Ley 1755 de 2015, así como en el artículo 6o, numeral 4o, del Decreto 987 de 2012, y en el ámbito de las competencias del ICBF, se responde la solicitud de concepto definitivo sobre el caso en cuestión, en los términos que siguen:

1. PROBLEMA JURÍDICO

¿Existen obligaciones y derechos de los padres de crianza sobre los hijos de crianza? y ¿Qué condiciones deben cumplirse para ser considerado como padre de crianza?

2. ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO

Metodológicamente, estudiaremos: 2.1. Concepto de familia 2.2. La familia de crianza; y 2.3. De los derechos y deberes entre los miembros de una familia de crianza.

2.1. Concepto de familia

De acuerdo con el artículo 42 de la Constitución Política, la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. Dentro de este contexto, la Corte Constitucional además ha señalado lo siguiente:

"Esta Corporación ha destacado que el ámbito de protección especial de la familia, se manifiesta, entre otros aspectos, (i) en el reconocimiento a la inviolabilidad de la honra, dignidad e intimidad de la familia; (ii) en el imperativo de fundar las relaciones familiares en la igualdad de derechos y obligaciones de la pareja y en respeto entre todos sus integrantes; (iii) en la necesidad de preservar la armonía y unidad de la familia, sancionando cualquier forma de violencia que se considere destructiva de la misma; (iv) en el reconocimiento de iguales derechos y obligaciones para los hijos, independientemente de cuál sea su origen familiar; (v) en el derecho de la pareja a decidir libre y responsablemente el número de hijos que desea tener; y (vi) en la asistencia y protección que en el seno familiar se debe a los hijos para garantizar su desarrollo integral y el goce pleno de sus derechos".[1]

Esta protección a la familia, también se encuentra instituida en los diferentes tratados y convenios internacionales suscritos por Colombia, tales como: la Declaración Universal de los Derechos Humanos,[2] el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,[3] la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de 1989, que reconoce en su preámbulo a la familia como grupo fundamental de la sociedad y "medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños y debe recibir la protección y asistencia para asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad".[4]

En cuanto quienes integran la familia la Ley 294 de 1996,[5] en el artículo segundo, señala que la familia se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

Y la integran:

a) Los cónyuges o compañeros permanentes;

b) El padre y la madre de familia, aunque no convivan en un mismo hogar;

c) Los ascendientes o descendientes de los anteriores y los hijos adoptivos

d) Todas las demás personas que de manera permanente se hallaren integrados a la unidad doméstica.

(Subrayado fuera de texto)

Es así como en Colombia la familia es reconocida por la Constitución como la institución más importante en el ordenamiento jurídico colombiano, que por el carácter de entidad social cambiante a lo largo del tiempo, y por causa de las circunstancias históricas, políticas, sociales y económicas que la rodean es reconocida como el núcleo de la sociedad; es por este motivo, que la institución familiar goza de protección constitucional y legal.

Adicionalmente, la Corte Constitucional en la sentencia C-577 de 2011,[6] al realizar un análisis respecto al concepto de familia, comienza por hacer énfasis en el carácter literal de las interpretaciones y reivindica el texto aprobado por el Constituyente que distingue entre la familia como institución anterior al Estado, de raigambre sociológica, reconocida jurídicamente y el matrimonio que genera un vínculo fundado en la expresión del consentimiento de los contrayentes que libremente se obligan para constituir una familia. Al mismo tiempo, parte de un concepto amplio de familia, fundado en la consagración de un modelo de Estado social de derecho participativo y pluralista, como el contemplado en el artículo 1o de la Carta, que incluye dentro de sus fines, enunciados en el artículo 2o, la protección de las libertades, creencias y derechos de todas las personas, derechos que según el artículo 5o, son inalienables y tienen primacía, además que proclama en los términos del artículo 7o de la Carta, el reconocimiento y protección de la diversidad cultural de la nación, claramente contraria a la imposición de un solo tipo de familia y a la consiguiente exclusión de las que no reúnen las condiciones de la que, supuestamente, es la única reconocida y protegida.

De esta manera, la Corte indicó que del texto del inciso primero del artículo 42 de la Carta Política no se puede deducir que el constituyente haya contemplado un solo modelo de familia originado exclusivamente en el vínculo matrimonial, pues la convivencia puede crear también la unión marital de hecho, en cuyo caso los compañeros permanentes ya constituyen familia o crear formas de familia monoparentales, encabezadas solamente por el padre o por la madre o aún las ensambladas que se conforman cuando uno de los cónyuges o compañeros ha tenido una relación previa de la cual han nacido hijos que ahora entran a formar parte de la nueva unión, de manera que en su ciclo

vital una misma persona puede experimentar el paso por diversas clases de familia. En este sentido y de conformidad con la norma constitucional, la institución familiar puede tener diversas manifestaciones que se constituyen a su vez, a través de distintos "vínculos naturales o jurídicos", según lo previsto en el precepto superior. De ahí, que la heterosexualidad no sea una característica predicable de todo tipo de familia y tampoco lo sea la consanguinidad, como lo demuestra la familia de crianza.

Desde esa perspectiva, la Corte Constitucional señaló:

El artículo 42 de la Carta establece que los hijos adoptados "tienen iguales derechos y deberes" y la Corte ha acotado que, en atención a las formas de fundar la familia "los hijos pueden ser de tres clases, a las que se refiere el mismo canon constitucional: hijos matrimoniales, extramatrimoniales o adoptivos", entre los cuales, por disponerlo así la Constitución, no puede haber diferencias de trato. Ahora bien, la presunción a favor de la familia biológica también puede ceder ante la denominada familia de crianza, que surge cuando "un menor ha sido separado de su familia biológica y ha sido cuidado por una familia distinta durante un periodo de tiempo lo suficientemente largo como para que se hayan desarrollado vínculos afectivos entre el menor y los integrantes de dicha familia" que, por razones poderosas, puede ser preferida a la biológica, "no porque esta familia necesariamente sea inepta para fomentar el desarrollo del menor, sino porque el interés superior del niño y el carácter prevaleciente de sus derechos hace que no se puedan perturbar los sólidos y estables vínculos psicológicos y afectivos que ha desarrollado en el seno de su familia de crianza". A las anteriores formas de familia se suman aquellas denominadas monoparentales, debido a que están conformadas por un solo progenitor, junto con los hijos y su número va en aumento por distintas causas, incluida la violencia que azota a un país como el nuestro y también el divorcio o las separaciones que dan lugar a hogares encabezados por uno solo de los padres, siendo evidente que el caso de las madres cabeza de familia es dominante y ha merecido la atención del legislador, que ha establecido medidas de acción positiva favorables a la madre, precisamente por "el apoyo y protección que brinda ésta a su grupo familiar más cercano", medidas que la Corte ha extendido "al hombre que se encuentre en una situación de hecho igual", no "por existir una presunta discriminación de sexo entre ambos géneros, sino porque el propósito que se busca con ello es hacer efectivo el principio de protección del hijo en aquellos casos en que éste se encuentre al cuidado exclusivo de su padre, de forma tal que, de no hacerse extensiva tal protección al progenitor podrían verse afectados en forma cierta los derechos de los hijos”. También suele acontecer que después del divorcio o de la separación se consoliden nuevas uniones, en cuyo caso se da lugar a las llamadas “familias ensambladas", que han sido definidas como "la estructura familiar originada en el matrimonio o unión de hecho de una pareja, en la cual uno o ambos de sus integrantes tiene hijos provenientes de un casamiento o relación previa”, siendo todavía objeto de disputa doctrinaria lo concerniente a su conformación, susceptible de generar diversas modalidades que no es del caso estudiar aquí. A modo de conclusión conviene reiterar que "el concepto de familia no incluye tan solo la comunidad natural compuesta por padres, hermanos y parientes cercanos, sino que se amplía incorporando aun a personas no vinculadas por los lazos de la consanguinidad, cuando faltan todos o algunos de aquellos integrantes, o cuando, por diversos problemas, entre otros los relativos a la destrucción interna del hogar por conflictos entre los padres, y obviamente los económicos, resulta necesario sustituir al grupo familiar de origen por uno que cumpla con eficiencia, y hasta donde se pueda, con la misma o similar intensidad, el cometido de

brindar al niño un ámbito acogedor y comprensivo dentro del cual pueda desenvolverse en las distintas fases de su desarrollo físico, moral, intelectual y síquico". Finalmente, es menester poner de presente que también se impone como conclusión que "el concepto de familia no puede ser entendido de manera aislada, sino en concordancia con el principio de pluralismo", porque "en una sociedad plural, no puede existir un concepto único y excluyente de familia, identificando a esta última únicamente con aquella surgida del vínculo matrimonial".

2.2. La Familia de Crianza

La familia de crianza, es aquella que surge de facto, en donde la convivencia continua, el afecto, la protección, el auxilio y respeto mutuos van consolidando núcleos familiares de hecho.

Así lo ha señalado la Corte Constitucional en la Sentencia T-606 de 2013, indicando que esta clase de familia goza de protección especial, al considerar:

"La protección constitucional a la familia no se restringe a aquellas conformadas en virtud de vínculos jurídicos o de consanguinidad exclusivamente, sino también a las que surgen de facto o llamadas familias de crianza, atendiendo a un concepto sustancial y no formal de familia, en donde la convivencia continua, el afecto, la protección, el auxilio y respeto mutuos van consolidando núcleos familiares de hecho, que el derecho no puede desconocer ni discriminar cuando se trata del reconocimiento de derechos y prerrogativas a quienes integran tales familias. La protección constitucional de la familia también se proyecta a las conformadas por padres e hijos de crianza, esto es, las que surgen no por lazos de consanguinidad o vínculos jurídicos, sino por relaciones de afecto, respeto, solidaridad, comprensión y protección. La evolución y dinámica de las relaciones humanas en la actualidad hace imperioso reconocer que existen núcleos y relaciones familiares en donde las personas no están unidas única y exclusivamente por vínculos jurídicos o naturales, sino por situaciones de facto, caracterizadas y conformadas a partir de la convivencia y en virtud de los lazos de afecto, solidaridad, respeto, protección y asistencia, y en las cuales pueden identificarse como padres o abuelos de crianza a los cuidadores que ejercen la autoridad parental, relaciones familiares de crianza que también son destinatarias de las medidas de protección a la familia fijadas en la Constitucional Política y la ley.

Y años después en la sentencia T-887 de 2009, la Corte recordó que:

"La jurisprudencia constitucional se ha referido en vanas ocasiones a la importancia del vínculo familiar y ha hecho énfasis en que desconocer la protección de la familia significa de modo simultáneo amenazar seriamente los derechos constitucionales fundamentales de la niñez." Y recordó que “enfatiza la jurisprudencia constitucional que los padres o miembros de familia que ocupen ese lugar -abuelos, parientes, padres de crianza- son titulares de obligaciones muy importantes en relación con el mantenimiento de los lazos familiares y deben velar, en especial,

porque sus hijos e hijas gocen de un ambiente apropiado para el ejercicio de sus derechos y puedan contar con los cuidados y atenciones que su desarrollo integral exige".

En relación con la situación particular de los hijastros como integrantes del núcleo familiar en el cual conviven, en la sentencia T- 586 de 1999, esta Corporación al conceder la protección constitucional de los derechos a la unidad familiar y a la igualdad, vulnerados por una caja de compensación familiar que negó el subsidio al hijastro de la accionante por no estar casada con el progenitor del niño, indicó la Corte:

"la jurisprudencia ha reconocido que, a la luz de la axiología constitucional, son igualmente dignas de respeto y protección las familias originadas en el matrimonio y las conformadas por fuera de éste, y que esta igualdad proscribe toda forma de discriminación basada en el origen familiar, ya sea ejercida contra los hijos o contra descendientes de cualquier grado. Si el constituyente quiso equiparar la familia que procede del matrimonio con la familia que surge de la unión de hecho, y a los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio, forzoso es concluir que proscribe cualquier tipo de discriminación procedente de la clase de vínculo que da origen a la familia. Por lo tanto, establecer que son "hijastros" los hijos que aporta uno de los cónyuges al matrimonio, pero que no lo son los que aporta el compañero a una unión de hecho, se erige en un trato discriminatorio que el orden jurídico no puede tolerar.".[7]

Respecto de la crianza como un hecho a partir del cual surge el parentesco la Corte Constitucional expresa "Las familias conformadas por padres e hijos de crianza han sido definidas por la jurisprudencia constitucional como aquellas que nacen por relaciones de afecto, respeto, solidaridad, comprensión y protección, pero no por lazos de consanguinidad o vínculos jurídicos. Sin embargo, la protección constitucional que se le da a la familia, también se proyecta a este tipo de familias. En este sentido, la jurisprudencia Constitucional ha sido amplia en reconocer dicha protección".[8]

Recientemente la Corte reiteró la protección de que gozan las familias de crianza al enfatizar: ...la Corte... ha protegido a las familias que surgen por vínculos diferentes a los naturales y jurídicos. Esta protección constitucional de la familia también se proyecta a aquellas conformadas por madres, padres e hijos de crianza; es decir, a las que no surgen por lazos de consanguineidad o vínculos jurídicos, sino por relaciones de afecto, respecto, solidaridad, comprensión y protección. Lo anterior, puesto que el concepto de familia se debe entender en sentido amplio, e incluye a aquellas conformadas por vínculos biológicos, o las denominadas "de crianza", las cuales se sustentan en lazos de afecto y dependencia, y cuya perturbación afecta el interés superior de los niños.[9]

Incluso la Corte amplia la figura de padre o madre de crianza, estableciendo que la persona de la familia que asume las responsabilidades económicas actuando en virtud del principio de solidaridad, y las relaciones materiales es un co-padre de crianza por asunción solidaria de la paternidad del menor.[10]

2.3. De los derechos y deberes entre los miembros de una familia de crianza.

La Corte ha sostenido que los miembros de una familia, bien lo sean gracias a vínculos jurídicos, naturales o de hecho, deben estar protegidos en igualdad de condiciones por la Constitución y por la ley, pues establecer un trato distinto entre los miembros de un mismo grupo familiar, es discriminatorio y atenta contra la Carta Superior.[11]

El artículo 42 Constitucional señala que "los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes", extendiendo de esta manera el principio de igualdad al núcleo familiar. Dicha igualdad, exige que se trate con similar respeto y protección a todos los tipos de familia, prohibiendo todo tipo de discriminación, ya sea contra los hijos o contra cualquier descendiente, sin importar el grado.

La Corte Constitucional en la sentencia C-577 de 2011 en relación con los hijos en las distintas estructuras familiares, en la misma sentencia puntualizó: "...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 lo que respecta a los derechos y deberes entre los integrantes de las familias de crianza, en el año 2009, en la Sentencia T-887, la Sala Quinta de Revisión señaló:

... enfatiza la jurisprudencia constitucional que los padres o miembros de familia que ocupen ese lugar - abuelos, parientes, padres de crianza- son titulares de obligaciones muy importantes en relación con el mantenimiento de los lazos familiares y deben velar, en especial, porque sus hijos e hijas gocen de un ambiente apropiado para el ejercicio de sus derechos y puedan contar con los cuidados y atenciones que su desarrollo integral exige.

Asimismo, la Corte en Sentencia T-233/15 señala:

…los lazos de afecto, solidaridad, respeto y asistencia que sea crean entre padres e hijos de crianza, son circunstancias de facto que no se encuentran ajenas al derecho y que por lo tanto, son susceptibles de crear consecuencias jurídicas tanto en derechos como deberes Los hijos de crianza han sido objeto de protección por parte de esta Corporación ante posibles intervenciones del Estado en la unidad familiar y/o por decisiones de la administración o privados en relación con el reconocimiento de derechos en su calidad de hijos, así no sean biológicos o adoptivos.

Esta protección al derecho a la igualdad entre integrantes del núcleo familiar, ha sido desarrollada por el legislador, de manera tal que en efectos de subsidio familiar, los hijos y los hijastros, son considerados personas a cargo, y dan lugar al pago del subsidio, cuando convivan y dependan económicamente del trabajador, hasta los 18 años, y cuando siendo mayores, se encuentren realizando estudios postsecundarios, intermedios o técnicos. Así como al reconocimiento de prestaciones y/o indemnizaciones.[12]

3. CONCLUSIONES

Teniendo en cuenta las consideraciones de orden legal expuestas se puede concluir lo siguiente:

Primera: Las familias de crianza; son aquellas que surgen por relaciones de afecto, dependencia, respecto, solidaridad, comprensión y protección, que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus integrantes más próximos.

Segunda El padre/madre de crianza asume solidariamente las obligaciones que corresponden a los padres de los menores de edad y por lo tanto se crean las consecuencias jurídicas tanto en derechos como deberes previstas en la ley.

Por último, es preciso indicar que el presente concepto[13] no es de obligatorio cumplimiento o ejecución para particulares o agentes externos, de conformidad con lo establecido en la Ley 1755 de 2015. No obstante lo anterior, tiene carácter vinculante para las dependencias internas del Instituto y terceros que colaboren en la prestación del servicio público o en el desarrollo de la función administrativa de competencia del ICBF, en virtud de la función asignada a la Oficina Asesora Jurídica de mantener la unidad doctrinaria e impartir las directrices jurídicas necesarias para el desarrollo de las funciones del Instituto, de conformidad con los numerales 8 y 15 del Decreto 987 de 2012.

Cordialmente,

MARÍA TERESA SALAMANCA ACOSTA

Jefe Oficina Asesora Jurídica (E)

* * *

1. Corte Constitucional Sentencia C-278/14. M.P. Mauricio González Cuervo

2. Aprobada mediante la Ley 16 de 1972. En el artículo 16, ordinal 3o consagró que “la familia es elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene protección de la sociedad y del Estado"

3 Aprobado mediante la Ley 74 de 1968. En su artículo 10 establece que: "Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: 1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo.

4 Sentencia C-363 de 2014

5 Por la cual se desarrolla el artículo 42 de la Constitución Política y se dictan normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar.

6 M.P Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

7 Criterio Jurisprudencial que fue reiterado en posteriores pronunciamientos como las sentencias T-1502 de2000 y T-1199 de 2001.

8 Ver sentencia T-606 de 2013

9 Sentencia T-074/16

10 Sentencia T-074/16

11 Ver sentencia T-606 de 2013

12 Ver sentencia T-606 de 2013 / Sentencia T-074/16

13 “Como al realizar las referidas intervenciones la Administración debe aplicar el derecho, no siempre a través de funcionarios con conocimientos jurídicos, o cuando la debida ejecución de la ley requiere precisiones de orden técnico, se hace necesario que aquélla haga uso del poder de

instrucción, a través de las llamadas circulares del servicio, o de conceptos u opiniones, y determine el modo o la forma como debe aplicarse la ley en los distintos niveles decisorios. Con ello se busca, la unidad de la acción administrativa, la coordinación de las actividades que desarrollan los funcionarios pertenecientes a un conjunto administrativo, la uniformidad de las decisiones administrativas e igualmente, la unidad en el desarrollo de las políticas y directrices generales trazadas por los órganos superiores de la Administración, con lo cual se cumple el mandato del Constituyente contenido en el art 209 de la Constitución, en el sentido de que la función administrativa se desarrolle con fundamentos en los principios de igualdad, moralidad, eficacia eficiencia e imparcialidad (…) cuando el concepto tiene un carácter autorregulador de fa actividad administrativa y se impone su exigencia a terceros, bien puede considerarse como un acto decisorio de la Administración, con las consecuencias jurídicas que ello apareja. En tal virtud, deja de ser un concepto y se convierte en un acto administrativo, de una naturaleza igual o similar a las llamadas circulares o instrucciones de servicio". Corte Constitucional. Sentencia C - 877 de 2000 M.P Antonio Barrera Carbonel.

Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió.