

**LEGISLACIÓN SOBRE LA FAMILIA DE CRIANZA,
¿HIPERTROFÍA NORMATIVA O NECESIDAD DE REGULACIÓN?
LA INCIDENCIA EN ASUNTOS JUDICIALES**

Introducción.

En el universo del derecho existen hechos, a los cuales se les califica de jurídicos, así ab initio se identifica un hecho para luego darle significación jurídica, que se vuelven actos complementarios entre sí¹. En muchos eventos la justificación de la validez de un hecho jurídico requiere de la concurrencia de ciertos elementos, de allí que el legislador plantee la necesidad de formalidades especiales que permitan considerar que existen de manera perfecta en el mundo del derecho.

En otros eventos esas formas se proponen como métodos de integración y del llenado de vacíos jurídicos que ocasionan decisiones en diversos sentidos, afectando la seguridad y trato igualitario como fines, entre otros, de todo ordenamiento jurídico.

Regulación de la familia de la crianza.

El surgimiento de nuevos acaecimientos sociales ha llevado a reconocer, *vr gr*, formas de familias diferentes de las basadas en vínculos jurídicos o de consanguinidad. De esta manera, bajo una interpretación constitucional se ha entendido la necesidad de salvaguardar conglomerados familiares cimentadas en una situación fáctica acompañada de lazos de afecto, solidaridad y protección. En el caso colombiano, la jurisprudencia ha desarrollado el concepto de "familia de crianza".

¹ Aunque se torna compleja la discusión y no es este el escenario, el Derecho podría calificarse como una ciencia social como disciplina que trata al hombre y su problemática en el contexto histórico-social.

Quienes aseguran que el Derecho es ciencia la entienden como "aquella que estudia los fenómenos jurídicos por la vía de su análisis racional y su ordenación sistemática, a fin de obtener una comprensión profunda de sus fundamentos, de sus características esenciales y de las relaciones que median entre ellos". El Derecho como obstáculo al cambio social. Eduardo Novoa Monreal (1975),

Como lo expone la Corte Constitucional *la familia de crianza surge de la evolución de las relaciones humanas, es decir, como consecuencia de los vínculos entre los miembros de una familia que se extienden más allá de los jurídicos o existentes por consanguinidad. Por ello, la jurisprudencia contempla dichas realidades jurídicas, en donde reconoce y brinda protección a las relaciones familiares que surgen a partir de lazos de afecto, por situaciones de facto, solidaridad, respeto, protección y asistencia*².

Pretende el legislador a través de la ley 2388 de 2024, producto de una necesidad imperiosa de proteger cierto sector poblacional, esto es la infancia y la adolescencia, que sin tener vínculos de consanguinidad o legales con un foco familiar, fueran tratadas como parte de este. Todo ello derivado de los cánones 1 y 95 de la Constitución Política de Colombia, concretando el deber de solidaridad social que tienen todos, y, por otra, el deber de protección integral de la familia que tienen a su cargo tanto el Estado como la sociedad.

Claro está, que antes de la regulación legal, los jueces bajo ese *deber* de interpretación del ordenamiento jurídico bajo la égida constitucional³, amplió el concepto tradicional de familia surgido sólo bajo los lazos de consanguinidad o civil, de tal manera que bajo esa nueva concepción reconoció derechos a quienes bajo la rigidez normativa de la legislación civil parecían excluirla⁴. Así encontramos en diversas controversias el favorecimiento a quienes eran tildados como hijos de crianza, como el de una pensión de sobreviviente⁵ o el de una reparación económica por el vínculo afectivo con la víctima. Y es que el juez no

² Sentencia T-279 de 2020, MP. Dr. Alberto Rojas Ríos.

³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia 054 de 2016, M.P. Dr. Luis Ernesto Vargas. “*Esto significa que las referidas fórmulas de interpretación serán conformes con la Carta Política en cuanto garanticen la eficacia de las facetas jerárquica, directiva e integradora del principio de supremacía constitucional. En otras palabras, la utilización de los métodos tradicionales de interpretación en casos concretos será admisible a condición que los resultados hermenéuticos sean compatibles con las restricciones formales y materiales de validez que impone la Constitución. En consecuencia, el intérprete deberá desechar aquellas opciones interpretativas que contradigan la Carta, incluso cuando las mismas sean un ejercicio razonable de las fórmulas de interpretación mencionadas. En contrario, cuando el uso de dichos mecanismos tradicionales no implique dicha incompatibilidad, sus resultados serán compatibles con el orden constitucional*”

⁴ Y es que en ese sentido también se presentaron decisiones bajo la interpretación literal de la norma, ver gr Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia STC- 14680 (25001221300020150036102), octubre 23 de 2015.

⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-525 - 9/27/2016, Sentencia T-138 - 3/2/2017, Sentencia T-279 - 7/31/2020 Sentencia, T-376, 26/Sep/2023, Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, Sentencia, SL-29072023 (97789), 29/Dic/2023

puede, producto de la ausencia de una regulación normativa, apartarse de las transformaciones sociales, las que “no se detienen a cortejar construcciones conceptuales que se revelan carentes de anclaje en la realidad y en las necesidades históricas... el Derecho se ha liberado del monopolio de la ley. Sin dejarla de lado, apelando a un entendimiento más profundo del principio democrático y de las exigencias de la justicia”⁶.

De tal manera que partir del contenido 42 superior⁷, del rol predominante que travesara la familia en la sociedad, los operadores judiciales lograron aislarse de ese concepto estático de familia para registrar que, en virtud del avance e interacción de las relaciones humanas, es ineludible dar senda a la protección de configuraciones que hallan soporte en contextos disímiles a las tradicionales.

No puede pasarse inadvertido que si bien la construcción conceptual tiene sus orígenes en las decisiones de rango constitucional, existe un aislado compendio normativo que permite recrear muy someramente el concepto. Así en la ley 45 de 1936 se indicó

*La mujer que ha cuidado de la crianza de un niño, que públicamente ha proveído a su subsistencia y lo ha presentado como hijo suyo, puede impugnar el reconocimiento que un hombre ha hecho de ese niño, dentro de los sesenta días siguientes al en que tuvo conocimiento de este hecho. En tal caso, no se puede separarlo del lado de la mujer sin su consentimiento o sin que preceda orden judicial de entrega*⁸.

Recapitulando algunas de aquellas decisiones que fueron cimentando la figura de la familia de crianza encontramos la contenida en un mecanismo de tutela contra una providencia judicial que denegó el reconocimiento de una reparación económica a favor de quienes alegaron haberse comportado como su familia

La situación de abandono en que se encontraba Juan Guillermo, terminó cuando los demandantes decidieron hacer de él, el hijo de familia que no habían tenido; las relaciones que entonces se establecieron entre los actores y el soldado fallecido fueron, hasta la muerte de éste último, las que ordinariamente se dan entre padres e hijos; los peticionarios se preocuparon por proporcionar a Juan Guillermo un hogar, y por brindarle en él la estabilidad emocional, afectiva y económica que ya no recibía de sus padres. A su vez Juan Guillermo reaccionó

⁶ Palabras de Eduardo Cifuentes en la presentación de la segunda edición del texto “El derecho de los jueces” LÓPEZ MEDINA Diego Eduardo. Editorial Legis, 2014, 2000.

⁷ La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable. La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables. Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes.

⁸ Artículo 9.

a la acogida que Tomás Enrique y María del Carmen le dieron, comportándose para con ellos como si fuera un hijo de esa pareja. (...) Surgió así de esa relación, una familia que para propios y extraños no era diferente a la surgida de la adopción o, incluso, a la originada por vínculos de consanguinidad, en la que la solidaridad afianzó los lazos de afecto, respeto y asistencia entre los tres miembros⁹.

Meses después en decisión T-587 de 1998, bajo ponencia del doctor Jaime Córdoba Triviño, se admitió que velar por el progreso integral de niños, niñas y adolescentes que se ven privados de un ambiente apto para su desarrollo, es el propósito mismo de las familias que se suscitan en contextos específicos como las de crianza, de manera que en virtud del interés superior del menor, para la corporación constitucional era completamente plausible que una persona diferente a los padres formalmente reconocidos entren a reemplazar la vacante que estos últimos deponen. El concepto de familia “*no puede ser entendido de manera aislada, sino en concordancia con el principio del pluralismo. De tal suerte que, 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*”¹⁰

Incidencia de la regulación legal de la familia de crianza.

No puede obviarse que nuestra cultura jurídica ha destacado históricamente por su carácter formal, pues de alguna manera las reglas jurídicas son parámetros que enervan contestaciones ciertas e iguales para los diferentes actores en la generalidad de procesos, pero también no puede pasar inadvertido que la formalización de ciertos fenómenos, que se acogen por el ordenamiento jurídico, pueden llegar a convertirse en una traba para que se pueda acceder a sus derechos, aún más en un Estado constitucional de Derecho como máxima evolución del Estado.

Aunque no puede desconocerse como lo ha sostenido alguna parte de la doctrina de la teoría jurídica “el fin de la actividad legislativa es la sistematicidad, esto es, el que las leyes constituyan un conjunto sin lagunas, contradicciones ni redundancias, lo que hace que el Derecho pueda verse como un mecanismo de previsión de la conducta humana y sus consecuencias”¹¹, son varios los aspectos que hacen complejo que un fenómeno que ha sido

⁹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-495 de 1997, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

¹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-572 de 2009, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

¹¹ ATIENZA Manuel. Contribución a una teoría de la legislación, Editorial Civitas, 1997.

resuelto bajo meramente criterios interpretativos, sean positivizados vr gr: los costos del trámite judicial para adquirir el derecho que ya se viene otorgando, el escaso acceso a una representación legal adecuada, las lagunas que la misma legislación pueda generar¹² propio de la vaguedad y ambigüedad del lenguaje jurídico.

Y es que legislar es una de las «fuentes» del derecho, pero no la única. Así en este sentido los operadores jurídicos con sus decisiones también alimentan el ordenamiento jurídico, resultando plausible “aceptar que los jueces *crean derecho*, sin embargo, no es aceptar que los jueces «legislan», ni que deberían hacerlo. Los jueces pueden, por ejemplo, ampliar o restringir el uso de un concepto en la práctica jurídica, aumentando o disminuyendo así el número de casos cobijados por las normas que lo usen; pueden llenar una laguna legislativa cuando la ley no dice cómo resolver un caso...”¹³.

Los asuntos en los que se ha ventilado un derecho en relación con la familia de crianza, han prescindido en gran medida de la literalidad de los cánones jurídicos legales. En este asunto, como en otros fenómenos sociales, se genera un aumento de compendios legales que es considerado como desmesurado, provocando una saturación de legislación, que se agudiza con la falta de automatización y coordinación de esos cuerpos legales. El interrogante que surge es si ¿la legislación era necesaria?, de ser así, ¿se hizo adecuada a la necesidad?.

Fijémonos primero en lo que propone la ley para efectos de lograr la acreditación

Artículo 3. Procedimiento. La declaración del reconocimiento como hijo de crianza se tramitará ante juez de familia o notario del domicilio del que pretende reconocerse como hijo de crianza, por el procedimiento de Jurisdicción Voluntaria establecido en el Libro III, Sección IV del Código General del Proceso.

Este reconocimiento se podrá realizar igualmente por medio de escritura pública cumpliendo los medios probatorios establecidos en el artículo 5º de la presente ley, deberá intermediar un curador ad litem si dentro del trámite alguna de las partes tiene alguna limitación en su capacidad con el fin de proteger y garantizar los derechos de la persona

¹² Frente a este asunto resulta pertinente la columna “Una propuesta para declarar, mediante escritura pública, el reconocimiento de hijo de crianza”, de Mauricio García Herreros Castañeda, Notario 12 del Circuito de Bogotá en *Ámbito Jurídico*, edición 653. Consultar en <https://www.ambitojuridico.com/noticias/civilfamilia/una-propuesta-para-declarar-mediante-escritura-publica-el-reconocimiento-de>

¹³ Artículo. “Justo formalismo. La aplicación formal del derecho, casos y límites.” ARRIETA Aquiles. *Revista PRECEDENTE*, Año 2003.

Parágrafo 1°. En la sentencia o escritura pública de declaración de reconocimiento de hijo y/o nieto de crianza, el juez, subsidiariamente, resolverá que los declarantes o demandantes serán padre, madre y/o abuelo(a) de crianza.

Una vez sea elevado a través de escritura pública o se haya ejecutoriado la sentencia el reconocimiento como hijo de crianza, se deberá proceder a su anotación en el registro civil de las partes reconocidas.

Parágrafo 2°. En todo caso el procedimiento de la declaración como hijo de crianza solo procederá por iniciativa voluntaria de los padres de crianza.

Parágrafo 3°. Una vez en firme la sentencia de declaración de reconocimiento de hijo de crianza, la autoridad competente de asuntos de familia realizará visitas periódicas por los seis (6) meses siguientes a la fecha de ejecutoria de la sentencia.

Más allá de las vicisitudes de la nueva normatividad como que el hijo deja de pertenecer a su familia biológica por la extinción del parentesco de consanguinidad, el de heredar al progenitor/a de consanguinidad, situaciones que no eran del resorte decidir en las decisiones que amparaban los derechos de este tipo de lazos, pues se entendía que, en gran masa, los casos en el que se alegaba la condición de hijo de crianza se establecía por relaciones de amistad, de compadrazgo sin que necesariamente existiera contextos que dieran a entender un desapego al vínculo de sangre. En fin, para concluir, las soluciones a las controversias en los que se involucraron familias de crianza tenían su sustento en la fuerza interpretativa y armónica de la Constitución sin que ello generara menoscabo o restricción a derechos.

Ahora, ¿será eficaz el nuevo compendio normativo? Ubiquémonos en litigios que ya tienen una línea interpretativa congruente, *vr gr* los procesos de responsabilidad patrimonial del Estado (reparación directa, de grupo) en los que participan afectados por un evento dañoso, alegando una relación afectiva propia de una familia de crianza.

¿Podría el juez condicionar su reconocimiento pese a la existencia de un buen abanico probatorio del daño causado? Esto bajo el pretexto que deberá aportar la declaratoria judicial de tal condición, como un requisito *ab substantiam actus* del vínculo alegado, o ¿podrá darse el mismo tratamiento que de la prueba del parentesco de consanguinidad tenemos como un requisito *ad probationem*? Si tuviese un trato equitativo del hijo de consanguinidad la *eficacia* de la nueva legislación resultaría mermada, pues se tendría teniendo otras alternativas para la probanza y no necesariamente el dictamen previo de un juez.

Conclusión

Y es que “las opciones que tiene el legislador a la hora de solucionar los defectos o fracasos de la interacción social no son todas iguales. Hay obviamente medidas legislativas que limitan más la libertad que otras. De acuerdo con este principio se debe justificar por qué alternativas más débiles o que limitan menos la libertad resultarían insuficientes”¹⁴.

Además, que una hipertrofia legislativa genera una mayor litigiosidad, por más conflictos ante los operadores judiciales, el asunto en particular redundará en decisiones inarmónicas, entre lo ya se ha construido por los operadores, quienes con sólo la valoración fáctica y probatoria para convertir la condición de hijo de crianza en un supuesto que requiere imperiosamente de un proceso o trámite declarativo previo que generará mayor complejidad en el reconocimiento de un derecho.

¹⁴ Wintgens Luc J., 2012.

Bibliografía

- Araszkievicz, Michał, Pleszka, & Krzysztof. (2015). *Logic in the theory and practice of lawmaking*. Springer.
- Ametller, C., & Dolors. (2022). *Por la confianza en el derecho: técnicas de contención de la inflación normativa y de actualización y reducción del ordenamiento jurídico*. *Catalana de Dret Públic*, 64, 7188. <https://doi.org/10.2436/rcdp.i64.2022.3794>
- Caracciolo, R. (1998). *El sistema Jurídico; Problemas actuales*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Diego, López Medina. *El Derecho de los Jueces*. Legis editores S.A., 2006.
- Eugenio, B., & Mendonca, D. (2005). *Normas y sistemas normativos*. Marcial Pons.
- Mario, Montoya Brand. *Hans Kelsen. El reto contemporáneo de sus ideas políticas*. Editado por Montoya Restrepo Nataly, Fondo Editorial Universidad EAFIT, 2011.
- Miguel, Carbonell, editor. *Teoría del neoconstitucionalismo*. Trotta, S.A, 2007.
- Molano Rojas, G. A., & Moncada Solórzano, J. G. (2018). Exceso, contradicciones y dispersión regulatoria en Colombia. En A. M. R. (Ed.), *Calidad institucional: fundamento del desarrollo económico y el progreso social* (pp. 35-58). Instituto de Ciencia Política Hernán Echavarría Olózaga
- Ramon, Ruiz Ruiz. *De los principios Jurídicos, la discrecionalidad Judicial y el Control de Constitucionalidad*. Universidad Autónoma de Occidente, 2014.

Rodolfo, Rivadeneira Arango. *Derechos Humanos como límite a la democracia*. Norma, 2008.