

ACCION DE TUTELA PARA RECLAMAR PRESTACIONES ECONOMICAS PENSIONALES-Reglas jurisprudenciales para la procedencia

AGENCIA OFICIOSA EN CASO DE MENORES DE EDAD-Procedencia y no aplicación de rigorismo procesal en cuanto a manifestación de no estar en condiciones de promover su propia defensa

PENSION DE SOBREVIVIENTES-Finalidad

PENSION DE SOBREVIVIENTES-Beneficiarios

PENSION DE SOBREVIVIENTES-Antecedentes normativos

CONCEPTO DE FAMILIA-Alcance

FAMILIA-Evolución del concepto

FAMILIA-Protección integral en el ordenamiento jurídico colombiano

FAMILIA-Igualdad de trato a sus diferentes formas de constitución

PROTECCION DE LOS DIFERENTES TIPOS DE FAMILIA-Superación del concepto de familia derivado de la unión entre un hombre y una mujer en sentencia C-577/11

PROTECCION DE LOS DIFERENTES TIPOS DE FAMILIA-Marco constitucional y desarrollo jurisprudencial

A todas las tipologías de familia el ordenamiento jurídico les concede un rango de protección manifestado en una serie de reconocimientos y prestaciones que deben ser brindados en paridad para todas en virtud del principio de igualdad. El no reconocimiento de estas prestaciones en igualdad de condiciones a todas las familias implica un desconocimiento a las salvaguardas que han concebido la Constitución y la ley, y afecta la unidad familiar en la medida en que implica una amenaza para sus miembros y puede llevar a poner en riesgo el buen desarrollo de esta, especialmente de los hijos.

FAMILIA-Clasificación

FAMILIA DE CRIANZA-Definición

La familia de crianza, es aquella donde conceptos como la convivencia, el afecto, la protección, el auxilio y respeto consolidan el núcleo familiar por lo que el ordenamiento jurídico debe reconocer y proteger a los integrantes de tales familias.

FAMILIA DE CRIANZA-Solidaridad entre hijos como factor fundante

FAMILIA DE CRIANZA-Intención de criar y darles un hogar a los hijos como finalidad primigenia

Los padres y madres de crianza asumen con sus hijos una serie de deberes que deben ser cumplidos a riesgo de amenazar el buen desarrollo del menor. Tal compromiso con el menor y la intención de criarlo, así como de darle un hogar constituyen la finalidad primigenia de la familia de crianza que nace en virtud de la intención solidaria de uno o más padres que desean brindar un hogar estable para un niño.

PARENTESCO EN LAS FAMILIAS DE CRIANZA-La inexistencia de vínculos jurídicos o consanguíneos no es un presupuesto estricto para determinar la existencia de la familia de crianza

La Corte ha sido recurrente a la hora de determinar que las familias de crianza surgen por presupuestos sustanciales y no formales, en lo que prima la materialidad de la relación de afecto. Apartar la posibilidad de que las familias de crianza puedan tener algún tipo de parentesco vía consanguinidad, podría llevar al desconocimiento de derechos y prerrogativas, así como a una vulneración del derecho a la igualdad. La inexistencia de vínculos jurídicos o consanguíneos no es un presupuesto estricto para determinar la existencia de la familia de crianza, sino todo lo contrario, es maleable y debe ser analizado en cada caso en concreto, conforme a las particularidades que se expongan.

FAMILIAS DE CRIANZA-Vínculo de afecto, respeto, comprensión y protección

Un elemento adicional de existencia de las familias de crianza, que debe ser estudiado en cada escenario, es el que se refiere a la validación de un vínculo de afecto, respeto,

comprensión y protección, entre los miembros de la familia de crianza.

FAMILIAS DE CRIANZA-Reconocimientos en la jurisprudencia

PENSION DE SOBREVIVIENTES O SUSTITUCION PENSIONAL EN LAS FAMILIAS DE CRIANZA

HIJOS DE CRIANZA COMO BENEFICIARIOS DE LA PENSION DE SOBREVIVIENTES-Subreglas para la determinación de acceso a la pensión de sobrevivientes o sustitución pensional

La figura de la pensión de sobrevivientes, o la sustitución pensional de ser el caso puede llegar a proceder en favor de los hijos de crianza en condiciones de igualdad a los hijos de las otras formas y tipologías de familia, siempre y cuando se den las condiciones para tal sustitución, así como algunos presupuestos que permitan entrever la existencia de una familia de crianza. Estos últimos deben ser analizados en cada caso concreto por parte del juez o las instituciones administradoras de pensiones, sin acudir a ninguna clase de taxatividad, ya que lo que primará al final serán las particularidades de cada caso.

HIJOS DE CRIANZA COMO BENEFICIARIOS DE LA PENSION DE SOBREVIVIENTES-Orden a Colpensiones reconocer sustitución pensional de abuelo a favor de nietos

Referencia: Expediente T-5454638

Acción de tutela interpuesta por el señor Edison Alberto Cuervo Forero, en nombre propio y como agente oficioso de su hermana menor Jessica Valentina Cuervo Forero, contra Colpensiones, Ministerio de Salud y Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Magistrado Ponente:

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de septiembre dos mil dieciséis (2016)

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Aquiles Ignacio Arrieta Gómez, Alberto Rojas Ríos y Jorge Iván Palacio Palacio, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo dictado en única instancia por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Bogotá, en la acción de tutela instaurada por Edison Alberto Cuervo Forero, en nombre propio y como agente oficioso de la menor Jessica Valentina Cuervo Forero, en contra de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES.

El joven Edison Alberto Cuervo Forero promovió acción de tutela, en nombre propio y como agente oficioso de su hermana menor Jessica Valentina Cuervo Forero, en contra de COLPENSIONES por estimar vulnerados los derechos a la vida digna, al mínimo vital y a la seguridad social de ambos, debido a que esa entidad no les concedió la sustitución pensional de su abuelo José Manuel Cuervo.

1. Hechos Relevantes[1].

1.1. Indica que el 4 de marzo de 2014 murió su abuelo paterno, José Manuel Cuervo, quien vivió con el accionante, su hermana, Jessica Valentina Cuervo Forero, y su madre, Biviana Forero Hurtado, desde 1997. El Señor Cuervo era la persona que asumía parte de los gastos de manutención de su familia, el pago de la pensión del colegio de Jessica Valentina y el de la universidad de Edison Alberto.

1.2. Sostiene que tiene 18 años y cursa tercer semestre de derecho en la Universidad Autónoma, último de los cuales pudo ser pagado gracias a una tía materna. No obstante, tiene un saldo pendiente con dicha institución por el valor de \$1.600.000[2] y no cuenta con los recursos para cancelarlo y continuar con sus estudios. Actualmente no se encuentra vinculado a ningún centro de educación superior, ya que no ha podido asumir el costo de este.

1.3. En cuanto a la hermana menor del accionante, de 13 años, expresa que se vieron en la necesidad de cambiarla del colegio privado donde estudiaba, a una institución distrital que le permitiera continuar con sus estudios, lo cual se verificó en la visita de trabajo social del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar[3] (en adelante ICBF).

1.4. Añade que trabaja los sábados y domingos, de forma ocasional, repartiendo volantes, y el dinero que recibe lo utiliza para ayudar con los gastos de la vivienda[4], tales como

servicios públicos, los gastos de su hermana y el arriendo de la residencia en la que viven.

1.5. Por otro lado, su madre trabaja como tramitadora de documentos en la venta de inmuebles a las afueras de un juzgado de familia. Con el ingreso que genera y el aporte mensual del accionante pagan arriendo, servicios públicos y alimentación[5].

1.6. Manifiesta que su padre, Carlos Manuel Cuervo Linares, murió el 3 de enero de 2010 a causa de Esclerosis múltiple y que en el momento de su muerte tenía una discapacidad del 60%. Sin embargo, Colpensiones negó la pensión de invalidez solicitada por el padre del accionante, justificada en que no tenía 50 semanas cotizadas en los tres años inmediatamente anteriores a la solicitud. Por igual motivo, la mencionada entidad negó la pensión de sobrevivientes solicitada por sus hijos y compañera permanente después de su muerte[6].

1.7. A partir de 1997, el Señor José Manuel Cuervo venía asumiendo gastos al interior del hogar, esto es, a favor de los accionantes y sus padres. Con la enfermedad y posterior muerte del padre de los accionantes, el abuelo paterno entró a responder por la mayoría de las obligaciones económicas como padre del hogar.

1.8. También expone el accionante y agenciante que su abuelo enfermó de cáncer de pulmón por lo que quedó bajo el cuidado permanente de su madre, Biviana Forero, quien en razón de la atención que brindaba al Señor Cuervo dejó de vincularse laboralmente. En respuesta enviada en sede de revisión la Señora Forero afirma que ayudaba a su suegro con sus citas médicas, hospitalizaciones, terapias, quimioterapias y cuidados que este requiriese[7].

1.9. Finalmente, el Señor Cuervo falleció el 4 de marzo de 2014. Ante esto, el accionante y su hermana solicitan se conceda la sustitución pensional de su abuelo, dado que este último hizo las veces de su padre y dependían económicamente de él. Colpensiones niega la solicitud de la pensión con el argumento de que el accionante y su hermana no son los hijos del Señor Cuervo sino sus nietos y por tal motivo no son acreedores de la sustitución[8].

Por lo anterior, interpone acción de tutela solicitando que se ordene a Colpensiones el reconocimiento de la sustitución pensional para él y para su hermana menor Jessica

Valentina Cuervo Forero.

2. Posición de la entidad demandada.

Avocado el conocimiento el Juzgado de instancia notificó a Colpensiones mediante oficio del 22 de enero de 2016. La demandada guardó silencio a pesar de haber sido notificada.

3. Decisión judicial objeto de revisión.

Sentencia de única instancia.

4. Pruebas.

De las pruebas que obran en el expediente se destacan:

- Notificación de la resolución expedida por Colpensiones el 30 de septiembre de 2014, en la que se niega la pensión de sobrevivientes por muerte de afiliado (cuaderno original, folio 1).

- Resolución Núm. 2014-3818291 del 25 de septiembre de 2014, dentro de la cual Colpensiones señaló que con ocasión del fallecimiento del pensionado José Manuel Cuervo, ocurrido el 4 de marzo de 2014, se presentaron Jessica Valentina Cuervo Forero con fecha de nacimiento 10 de marzo de 2003 (representada por la señora Biviana Forero Hurtado) y Edison Alberto Cuervo Forero, con fecha de nacimiento 11 de agosto de 1997, ambos en calidad de nietos (cuaderno original, folio 2).

Dicha resolución consagró que conforme al artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003[9], los solicitantes no acreditaron la condición de beneficiarios establecidos en la citada norma, razón por la cual no es procedente el reconocimiento de la sustitución pensional. Por esto, negó dicha prestación.

- Copia del registro civil de defunción del señor Carlos Manuel Cuervo Linares, padre de los accionantes, del 3 de enero de 2010 (cuaderno original, folio 4). Asimismo, su historia clínica, dentro de la cual indica que sufría de esclerosis múltiple (cuaderno original, folio 16).

- Copia de registro civil de nacimiento de Edison Alberto Cuervo Forero, el 11 de agosto de

1997 (cuaderno original, folio 5).

- Copia del registro civil de nacimiento de Jessica Valentina Cuervo Forero, el 10 de marzo de 2003 (cuaderno original, folio 6).

- Copia del registro civil de defunción del señor José Manuel Cuervo, del 4 de marzo de 2014 (cuaderno original, folio 7).

- Copia de la cédula de ciudadanía del señor José Manuel Cuervo (cuaderno original, folio 8).

- Copia de la cédula de ciudadanía del señor Carlos Manuel Cuervo Linares (cuaderno original, folio 9).

- Certificado de la Nueva EPS del 30 de septiembre de 2014, donde consta como cotizante cabeza de familia el señor José Manuel Cuervo y como beneficiarios Jessica Valentina Cuervo Forero, Edison Alberto Cuervo Forero y Biviana Forero Hurtado (cuaderno original, folio 10).

- Declaración extrajuicio del señor José Manuel Cuervo, el 10 de mayo de 2011, dentro de la cual señaló que sus nietos Edison Alberto Cuervo Forero y Jessica Valentina Cuervo Forero, “dependen económicamente de [su] sostenimiento, solvento todos sus gastos y convivimos bajo el mismo techo. Su padre, ([su] hijo) CARLOS MANUEL CUERVO LINARES, (q.e.p.d.), es persona fallecida, desde hace más de un año, y la madre de [sus] nietos, la señora BIVIANA FORERO HURTADO, no trabaja en ninguna empresa, ni de manera independiente, no recibe ninguna clase de ingreso, es la persona, que está pendiente de [su] cuidado, por tanto ella y [sus] nietos, dependen económicamente de [él]”. (cuaderno original, folio 12).

- Copia del carnet del SISBEN Núm. 113414711 del núcleo familiar de los Cuervo Forero, fecha de encuesta el 28 de noviembre de 2004 (cuaderno original, folio 14).

- Copia de la tarjeta de identidad de la menor Jessica Valentina Cuervo Forero (cuaderno original, folio 15).

- Recibo de pago de la telefónica TELECOM a nombre del señor José Manuel Cuervo (cuaderno original, folio 20).

- Copia del informe de evaluación escolar, grado “Octavo” del año 2015 del colegio Nueva Constitución y certificado del grado “Séptimo” del año 2014 expedido por el Colegio Phillippe Coustea de la menor Jessica Valentina Cuervo Forero (cuaderno original, folio 21 y 22).

- Contrato de gases industriales de Colombia S.A. “CRYOGAS S.A.” suscrito por el señor José Manuel Cuervo (cuaderno original, folio 23).

- Carta del señor José Manuel Cuervo donde autoriza a la señora Biviana Forero a la reclamación de su historia clínica, exámenes médicos y medicamentos requeridos (cuaderno original, folio 26).

- Copia del pagaré de la Universidad Autónoma de Colombia (cuaderno original, folio 27).

- Copia de la cédula de ciudadanía del joven Edison Alberto Cuervo Forero (cuaderno original, folio 28).

5. Vinculación y pruebas decretadas por la Sala de Revisión.

5.1. Mediante auto del 17 de junio de 2016, el Magistrado Sustanciador encontró necesario decretar la práctica de algunas pruebas. Esto, con el objeto de contar con mayores elementos de juicio, para lo que resolvió:

(i) Oficiar a la señora Biviana Forero Hurtado para que informara respecto de: (i) si ella y sus hijos Edison Alberto y Jessica Valentina Cuervo Forero se encontraban afiliados al Sistema de Seguridad Social en Salud, (ii) en qué calidad se encontraban afiliados y a qué régimen, (iii) si durante los últimos 20 años había trabajado, en que labores y cuanto devengaba; (iv) si recibía alguna ayuda económica por parte de un familiar; (v) si su esposo difunto Carlos Manuel Cuervo Linares, era pensionado en razón a su condición de inválido y, en caso afirmativo, indicara si accedió a la sustitución pensional; y (vi) si ella y sus hijos convivieron con el causante José Manuel Cuervo y, en caso de ser así, durante cuánto tiempo y si existió dependencia económica y a cuánto ascendía la ayuda prestada.

(ii) Ordenar a COLPENSIONES para que se pronunciara acerca de: (i) si el señor Carlos Manuel Cuervo Linares tenía alguna pensión; (ii) si existía algún beneficiario reconocido de

la sustitución pensional del señor José Manuel Cuervo; y (iii) cuánto era el monto de la pensión de José Manuel Cuervo. De la misma forma, que conceptualizara (iv) sobre la expresión “familia de crianza”, en especial en materia pensional.

Asimismo, vinculó a los ministerios de Salud y Protección Social, y de Hacienda y Crédito Público, como quiera que podrían tener interés directo en la decisión que llegare a adoptar la Corte, o en la medida en que podrían llegar a recibir algún tipo de orden.

Finalmente, ofició al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF- y a Dejusticia para que presentaran concepto y respondieran algunas preguntas sobre las familias de crianza, en especial la figura de padre e hijo de crianza. En el caso del ICBF se le solicitó realizar una visita domiciliar a través de sus trabajadores sociales especializados, en la cual determinaran las condiciones del hogar del accionante, así como los antecedentes propios de la relación entre este último y el Señor José Manuel Cuervo.

5.2. Carolina Jiménez Bellicia, Asesora del Ministerio de Hacienda y Crédito Público[10], respecto del caso concreto señala que el accionante y su menor hermana se encontraban afiliados a la EPS como beneficiarios de su abuelo. Sin embargo, sobre ellos se debía pagar una UPC adicional, ya que en el Sistema de Salud no fueron reconocidos como hijos del afiliado principal.

En relación con el concepto de familia y la familia de crianza, ese ministerio después de hacer mención a la sentencia C-577 de 2011 concluyó que la familia es aquella que se genera en virtud de: (i) un matrimonio -padres e hijos- como regla general; (ii) la familia mono parental -padres viudos o divorciados-; (iii) la familia constituida -parejas con hijos de diferentes padres-; y (iv) la familia de crianza -persona criada por una familia biológicamente diferente a la suya.

Por lo anterior, consideró que para que exista la familia de crianza es necesario que el menor interactúe con personas distintas a las que comparten un parentesco biológico o jurídico (adopción). Esto en razón a que esta tipología de familia, es totalmente distinta a las descritas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Asimismo, sostuvo que no es posible indicar que se constituye como familia, ni mucho menos como familia de crianza la relación que existe en virtud de lazos afectivos y de sangre entre abuelos y nietos.

Sobre las normas constitucionales y los principios de seguridad social, dijo que cualquier interpretación que se emita en el sentido de indicar que la relación entre un nieto y un abuelo pueda generar la creación de una familia o de familia de crianza, impacta negativamente lo contemplado en los artículos 13 y 42 de la Constitución y el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, por lo siguiente:

La concepción de hijo de crianza, que se pueda otorgar a quien no la tiene, puede generar desigualdad ante la ley, puesto que desconoce abiertamente los derechos y obligaciones de los abuelos respecto de los nietos, en aras de asimilarlos como a un hijo, sin el cumplimiento de requisitos legales y jurisprudenciales diseñados para tal fin. Por otra parte, se vulneraría el artículo 42 Superior, ya que permite la posibilidad de entender o concebir como familia toda relación o interacción derivada de la mera solidaridad económica.

Asimismo, si se extiende el concepto de que un nieto pueda ser beneficiario de la pensión de su abuelo por el simple hecho del sustento económico, se generaría una grave lesión a lo establecido en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, dejando sin sustento la voluntad del legislador y de la jurisprudencia, en cuanto a la naturaleza jurídica de la pensión de sobrevivientes, consistente en la protección del núcleo familiar de quienes quedan desamparados por la muerte de la persona que sostenía económicamente el hogar.

Ello vulneraría el principio de sostenibilidad financiera del sistema (artículo 48 de la Constitución, adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005), en virtud del cual, cualquier modificación o creación de un derecho pensional, debe observar primero, la fuente de financiamiento del mismo, dado que se estaría desconociendo que para el diseño y debido financiamiento del sistema general de pensiones, es necesario establecer un límite en los potenciales beneficiarios.

Del mismo modo, expuso que aceptar que un nieto reciba una pensión de sobrevivientes encarece los previsionales en el Régimen de Ahorro Individual, genera una menor posibilidad de pensionarse en dicho régimen y afecta fuertemente la sostenibilidad del Régimen de Prima Media.

Señaló que las necesidades de una familia pueden y deben ser cubiertas a través de otros mecanismos dispuestos por el Estado, pero fuera del sistema de pensiones como

actualmente se encuentran: Familias en Acción, salud del Régimen Subsidiado, educación gratuita en los planteles de educación pública, acceso a becas y créditos para educación superior, entre otros.

Sostuvo que cualquier interpretación de la norma que indique que el nieto puede ser beneficiario de la pensión de su abuelo se aparta de la jurisprudencia constitucional en materia de competencia legislativa como las C-408 de 1994, C-1094 de 2003, C-451 de 2005, y C-577 de 2011.

Recordó que cualquier modificación del esquema de aseguramiento en el Sistema General de Pensiones frente a condiciones y requisitos debe tener en cuenta que dada la naturaleza de los recursos, su realización solo es posible por vía legislativa. En efecto, en virtud del principio de sostenibilidad financiera se exige al legislador que cualquier regulación legal futura preserve el equilibrio financiero del sistema de pensiones, lo que coincide con el mandato de destinación específica, que en esencia busca “precaver su desviación y la consecuente desfinanciación del sistema”. De esta manera, solo sería posible diseñar un sistema que sea potencialmente viable en términos económicos si se garantizara, como mínimo, que los recursos de la seguridad social tendrían ese único destino.

Ese ministerio encuentra que la decisión de convertir a otras personas diferentes a las contenidas en la Ley 100 de 1993 como beneficiarias de pensión, generaría un riesgo de sostenibilidad del sistema de pensiones. Así, por ejemplo:

“Con las 1.330 semanas de cotización que ha efectuado el afiliado al Régimen de Prima media, en este caso hipotético, sobre un salario mínimo; la persona solo alcanza a financiar unos \$47'000.000 de pesos, por lo cual el monto del subsidio a cargo de la Nación para dicha pensión es de aproximadamente un 74% del valor total de la reserva, es decir que de los impuestos que pagamos los colombianos se debe financiar \$131'598.118 de pesos para pagar esta pensión.

Ahora bien, si además, se involucra un nieto, que pueda tener hoy unos 5 años, se estima que la pensión se incrementa en un 36%, es decir, de necesitar un capital inicial de \$177'835.294, pasamos a necesitar un capital de \$241'678.74, lo cual implica que el subsidio estimado para dicha pensión pasaría de ser del 74% a un 81%, es decir unos \$195'441.465.

En este contexto, el efecto estimado de que la pensión pueda ser transferida a los nietos de los actuales y futuros pensionados hace que se prolongue el pago de las mesadas, con un costo en valor actuales y futuros pensionados hace que se prolongue el pago de mesadas, con un costo en valor presente actuarial de 1.75% del PIB es decir COP 14.3 Billones de 2016. El flujo de estos pagos inicia en aproximadamente 134.000 millones al año y llega en 2021 a 1.165 millones”.

Expuso que en el Régimen de Ahorro Individual el panorama es menos alentador si se contempla la posibilidad de que la pensión de sobrevivencia pueda ser reconocida a un nieto o un beneficiario de la familia de crianza. Dada la edad y salario estimado de las personas cotizantes al régimen pensional que se obtienen de la Encuesta de Calidad de Vida del DANE, el valor promedio de la reserva matemática necesaria para que estas personas actualmente cotizantes accedan a una pensión, dada la existencia de un beneficiario adicional, pasaría de \$183.8 a \$197.1 millones de pesos, bajo el supuesto de que el nieto o el hijo de crianza tenga solo 14 años de edad.

Este incremento de \$13.3 millones de pesos en el monto promedio mínimo requerido implicaría, con base en cifras de personas de cotizantes al RAIS que actualmente les falta entre 0 y 5 años para acceder a la pensión, que 4.400 personas que hubieran tenido recursos para acceder a su pensión ya no lograrían pensionarse. Esto implicaría que el 11.2% de las personas que podrían haberse pensionado en el RAIS dejarían de hacerlo.

Finalmente, señaló que estos cálculos se realizaron solo para personas menores de 25 años, que por efecto de la consanguinidad con su abuelo o por ser hijos de crianza pudieran acceder a una pensión de sobrevivencia, sin embargo no se cuantificó el efecto fiscal de la denominada familia extendida (abuelos, tíos, primos, entre otros) el cual podría ser muy superior a las cifras ahí expuestas, en la medida que en su mayoría la pensión de sobrevivencia no se extingüía a la fecha de la muerte del causante, sino del beneficiario de pensión más joven, extendiendo por 10 o 15 o incluso 20 años más el pasivo causado por un pensionado.

Por lo expuesto solicitó la intervención adicional de la Agencia Nacional de Defensa Judicial del Estado y de los gremios interesados en el tema, tales como ASOFONDOS y FASECOLDA.

5.3. Carlos Alberto Parra Satizabal, en calidad de Vicepresidente de Financiamiento e Inversiones de Colpensiones[11], respecto del señor Carlos Manuel Cuervo Linares dijo que mediante Resolución Núm. 29492 del 7 de septiembre de 2012, se negó el reconocimiento de una pensión de sobreviviente solicitada por la señora Biviana Forero Hurtado con ocasión del fallecimiento de su compañero permanente, debido a que el causante no contaba con las 50 semanas en los 3 años inmediatamente anteriores al fallecimiento.

Dijo que el 15 de marzo de 2013 se negó el reconocimiento y pago de una pensión de vejez, por cuanto, el señor Carlos Manuel Cuervo Linares no acreditaba los requisitos mínimos de edad y semanas cotizadas al certificar únicamente 406 semanas y 61 años de edad.

Asimismo, añadió que el 31 de agosto del mencionado año, Colpensiones resolvió un recurso de apelación contra la Resolución Núm. 29492 de septiembre de 2012, por cuanto no allegó un dictamen de pérdida de capacidad laboral válido del señor Carlos Manuel Cuervo Linares y suscrito por una entidad reconocida por la ley. Además, el referido señor no contaba con las 50 semanas requeridas dentro de los últimos 3 años inmediatamente anteriores al fallecimiento.

Expuso que el 1 de junio de 2016, Colpensiones negó una nueva solicitud presentada el 19 de agosto de 2015 por la señora Forero Hurtado, tendiente al reconocimiento de una pensión de sobreviviente. Por lo expuesto, concluyó que al señor Carlos Manuel Cuervo Linares no se le ha reconocido prestación social alguna por parte de esa entidad.

Acerca de la información del señor José Manuel Cuervo, indicó que mediante Resolución Núm. 038542 del 28 de septiembre de 2006, el Instituto de Seguros Sociales reconoció una pensión de vejez, en cuantía de \$408.000 efectiva a partir del 1º de febrero de 2006.

Indicó que el 8 de julio de 2014 Colpensiones declaró la pérdida de interés jurídico con ocasión al fallecimiento del señor José Manuel Cuervo. Adicionó, que el 25 de septiembre de 2014, Colpensiones negó el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes a los nietos menores de edad por cuanto no acreditaron la condición de beneficiarios establecidos en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003.

Dijo que el 13 de febrero de 2015, Colpensiones negó el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes a la señora Forero Hurtado, por cuanto no acreditó una relación de tipo

marital con el señor José Manuel Cuervo. Expuso que el 3 de julio de 2015, Colpensiones nuevamente negó el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes a los menores Jessica Cuervo Forero y Edison Alberto Cuervo Forero, por las mismas razones expuestas en la resolución expedida en septiembre de 2014.

Por último, estimó que no existe beneficiario alguno de la pensión de vejez reconocida al señor José Manuel Cuervo y agregó que el monto de dicha prestación era de \$489.555 al momento de la muerte del pensionado.

Explica que la Corte ha precisado que el precedente, además de ser un criterio orientador, es obligatorio para los funcionarios judiciales tanto a nivel vertical como horizontal, por tres razones de especial importancia. La primera, relacionada con el artículo 230 de la Carta Política, que supedita a los jueces a las fuentes de derecho, incluidas las sentencias que interpretan la Constitución, el bloque de constitucionalidad y la jurisprudencia de los órganos de cierre de cada jurisdicción. La segunda, por los principios de igualdad, debido proceso y buena fe. Y la tercera razón obedece a que el precedente es la solución más razonable a cualquier problema jurídico que se presente, y si un juez decide apartarse debe contar con argumentos razonables.

Acto seguido la interviniente destaca los diferentes precedentes que se han dado en relación con el concepto de familia extensa, hijo de crianza y de las obligaciones de cuidado y protección de los padres frente a los hijos. Destaca cómo la Corte ha reconocido en el Congreso la competencia para definir la calidad de hijo y en ese sentido a los acreedores de los derechos derivados de la filiación[13].

Explica que si bien existe una pre configuración jurisprudencial de la familia y el hijo de crianza, esta se ha dado en los escenarios en los que se reemplaza una figura materna o paterna, que obedece a circunstancias especiales que no pueden hacerse generales para los casos pensionales.

Concluye, en este punto, que la ayuda económica dada por abuelos a sus nietos podría reemplazar la figura paterna y/o materna, yendo en contravía de la función de los padres que es afrontar el cuidado de los hijos. Así mismo, establece que un reconocimiento de pensión de sobrevivientes de un abuelo a su nieto está en contravía de los precedentes constitucionales y que la norma de pensiones, en cuestión, menciona la calidad de hijo

legítimo excluyendo otras formas, como el hijo de crianza.

Recordó, al igual que el Ministerio de Hacienda, pronunciamientos de esta Corporación por medio de los cuales se destaca la competencia legislativa y la libre configuración de la que goza el legislador en temas de derechos económicos, especialmente a la hora de regular las prestaciones del sistema de seguridad social y quiénes son sus beneficiarios[14].

En este sentido, indica la interviniente, otras instancias no pueden desconocer la competencia que ha recaído en el legislador y el reconocimiento de los hijos de crianza como beneficiarios estaría remplazando dicha función legislativa. Incluso de reconocerse que se está llenando un vacío en la legislación, se estaría vulnerando el precedente constitucional en materia de omisión legislativa absoluta, debido a que la Corte carece de competencia para llenar esos vacíos absolutos.

Es por esto que en el concepto allegado se destaca que la competencia para extender los beneficiarios de la seguridad social le corresponde al legislador, que debe ser quien crea los mecanismos que amparen las desprotecciones que se puedan generar por contingencias como la muerte, la vejez o la invalidez.

Recuerda que, si lo que se desea es hacer un cambio jurisprudencial se debe actuar de conformidad con lo establecido en el artículo 34 del Decreto Estatutario 2591 de 1991, para que sea la Sala Plena de esta Corporación la que proceda a decidir el caso, ya que en el evento de darse un cambio de posición por una de las Salas de la Corte implicaría una extralimitación en el ejercicio de las funciones.

Concluye resaltando la importancia del principio de sostenibilidad financiera y de la armonización que este debe tener con la libertad de configuración del legislador, situación que la Corte ha tenido la oportunidad de precisar en sentencias como la C-967 de 2003. De darse un fallo favorable se estaría afectando el equilibrio de poderes, se iría en contravía de las sentencias que han declarado constitucionales las normas que hoy rigen la figura de la pensión de sobreviviente y se atentaría contra el equilibrio financiero.

Le parece importante recordar que desconocer ese propósito de regulación del legislador en materia de pensión de sobrevivientes estaría en contra de la línea jurisprudencial que se ha producido y desarrollado al interior de la misma Corporación y que busca que se armonicen

los principios y valores con las normas que no han sido declaradas inexecutable, y sobre las cuales no se ha alegado la excepción de inconstitucionalidad.

Termina solicitando que se realice una audiencia pública y que se permita pronunciarse al Ministerio de Hacienda, Ministerio de Salud y Protección Social, Ministerio de Justicia, Fondos de Pensiones, ASOFONDOS, UGPP, FONPRECON, FONCEP, Procuraduría General de la Nación, Defensoría del Pueblo, entre otros.

5.5. Luis Gabriel Fernández Franco, en calidad de Director Jurídico del Ministerio de Salud, allegó dos escritos al Despacho. En el primero de estos[15] manifestó que entre las funciones pertinentes de su representada no están las concernientes al trámite y reconocimiento de pensiones, sino que tales actividades recaen en el Ministerio del Trabajo, entidad a la cual está adscrita Colpensiones. Destaca cuáles son los requisitos y beneficiarios del sistema de pensiones, y concluye estableciendo que no es factible presentar un informe sobre las implicaciones de las “familias de crianza”, ya que esto supondría elaboración de estudios y cálculos actuariales.

En el segundo memorial[16] solicita que el Ministerio de Salud sea reconocido como coadyuvante del proceso, de conformidad con el artículo 13 del Decreto 2591 de 1991. En esta coadyuvancia, resalta que en la normativa vigente no se vislumbra el beneficio de pensión de sobreviviente para los hijos de crianza. Así mismo, recuerda que corresponde al legislador fijar las reglas de la seguridad social y las prestaciones que corresponden a dicho derecho. Insiste en que no se debe desconocer la libre configuración con la que cuenta el legislador en esta clase de temas, y que el establecimiento de nuevos beneficiarios del sistema general de pensiones debe ir acompañado de estudios económicos y financieros, en orden a no vulnerar el principio de sostenibilidad fiscal. Finalmente, insiste en la solicitud hecha por Colpensiones atinente a realizar una audiencia pública y permitir la intervención de otras entidades.

5.6. Gracia Emilia Ustariz, en calidad de Coordinadora del Grupo Jurídico del ICBF Regional Bogotá[17], manifiesta que la familia de crianza es una figura jurisprudencial que no goza de un único concepto pero que surge por vínculos de respeto, cariño, solidaridad y ayuda mutuos entre un grupo de personas que no tienen nexos consanguíneos o jurídicos.

Destaca que tales vínculos constituyen, en ciertos aspectos, un escenario de derechos y

obligaciones mutuos entre los hijos y padres de crianza. Tales prerrogativas se reflejan en las circunstancias prácticas que surgen de la continua convivencia y que permiten establecer un núcleo familiar de hecho que es muy notorio.

Concluye diciendo que los defensores de Familia deben tomar decisiones convenientes para la salvaguarda de los derechos de los menores, en observancia a la supremacía de sus derechos e intereses que deben prevalecer.

5.7. Luz Karime Fernández Castillo, Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del ICBF[18], por su parte desarrolla un concepto sobre la visita social realizada por la entidad, destacando el entorno familiar, de la vivienda y de ingresos. Resalta que la menor Jessica Cuervo (13 años), se encuentra estudiando en un establecimiento educativo de carácter público, mientras que el accionante Edison Cuervo (18 años), no pudo continuar con sus estudios por motivos económicos. Actualmente este último trabaja repartiendo volantes los fines de semana, para ayudar a su madre con los gastos del hogar, quien de forma independiente realiza tramitación de documentos ante juzgados de familia.

Asimismo, resalta que los menores sienten una gran falta con la muerte de su abuelo, el Señor José Manuel Cuervo, debido a la ausencia de un apoyo económico que les permitía tener un sostenimiento familiar y sufragar algunos gastos. Destaca que los menores vivían con su abuelo desde 1997, esto es desde el nacimiento del accionante hace 19 años. En razón de ello se convirtió en un gran apoyo después de la muerte del padre, ya que tampoco tuvo más hijos, ni constituyo nuevas uniones de hecho o matrimonios. Asimismo, del análisis del informe destaca que la familia cuenta en este momento con el apoyo económico de la abuela y una tía materna para sufragar gastos básicos de alimentación y mantenimiento.

Señala que:

“De acuerdo al instrumento de análisis de facto de Generatividad y Vulnerabilidad, se encontró que EDISON ALBERTO CUERVO FORERO de 18 años / 10 meses de edad, y YESSICA VALENTINA CUERVO FORERO de 13 años, se encuentran en un sistema de familia MONOPARENTAL, con garantía de derechos, adecuado estilo de funcionalidad en la dinámica familiar, no se reportan antecedentes que hayan requerido atención especializada, la relación entre el grupo familiar es tranquila, no acuden a ningún maltrato

físico, psicológico y verbal, solo reporta como afectación la situación económica del grupo familiar evaluado, lo cual se ha dado luego del fallecimiento del señor JOSE MANUEL CUERVO. La figura materna se encuentra laborando de manera independiente, devenga ingresos mensuales, con el apoyo económico de su hijo EDISON ALBERTO CUERVO.”[19]

En relación con el concepto de familia de crianza, recuerda los primeros precedentes de la Corte en esta materia[20], recordando la importancia de proteger el vínculo de los menores con las familias que los acogían sin tener con ellos una relación jurídica o de consanguinidad, sino un vínculo afectivo fundado en el respeto, la solidaridad y el amor. Tal relación, explica, ha permitido que la presunción de la familia biológica pueda ceder ante la realidad de una familia de crianza[21]. En este punto, define que:

“Bajo este entendido, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar toma como referencia la noción de familia contenida en los Lineamientos Técnicos para la Inclusión y Atención de Familias – ICBF 2007, que proponen una noción polisémica que enfatiza en la dinámica vincular, más allá de las estructuras de organización que en todo caso se reconocen como diversas y cambiantes: la familia es una unidad ecosistémica de supervivencia y de construcción de solidaridades de destino, a través de los rituales cotidianos, los mitos y las ideas acerca de la vida, en el interjuego de los ciclos evolutivos de todos los miembros de la familia en su contexto sociocultural.”[22]

Concluye en este punto que la familia es evolutiva y que diariamente sufre perturbaciones, a las que se enfrenta con una visión optimista por sus posibilidades de cambio y fortalezas para hacer frente a todo tipo de situaciones, mediante la adaptación en la crisis.

Finalmente, establece que los conceptos de familia de crianza y colaboración familiar tienen como factor común el principio de solidaridad, “pero en el primer caso, da lugar a una nueva tipología de familia que si bien en principio no modifica el parentesco, cuenta con unas garantías legales y jurisprudenciales a su favor, mientras que en el segundo, se trata del desarrollo de acciones de ayuda mutua y coordinación de esfuerzos”.[23]

5.8. Mediante Auto del 14 de julio de 2016 el Magistrado Sustanciador encontró necesario decretar la práctica de algunas pruebas adicionales debido a las peticiones hechas por las entidades vinculadas en Auto del 17 de junio, y justificado en la necesidad de continuar recopilando información pertinente para dar respuesta al caso, para lo cual resolvió:

(i) Oficiar a la Agencia Nacional de Defensa Judicial del Estado, a la Asociación Colombiana de Administradoras de Fondos de Pensiones y de Cesantías (ASOFONDOS), a la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales (UGPP), al Fondo de Previsión Social del Congreso de la República (FONPRECON) y al Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones (FONCEP), para que se pronunciaran acerca de la solicitud de amparo de la referencia. Igualmente, se les solicitó conceptuar sobre el reconocimiento de prestaciones sociales en el marco de las familias de crianza.

(ii) Además, se dispuso poner en conocimiento de la Procuraduría General de la Nación, en sus delegadas de (i) Infancia, Adolescencia y Familia y de (ii) Trabajo y Seguridad Social; y de la Defensoría del Pueblo en sus delegadas de (i) Infancia, Juventud y Adulto Mayor y (ii) Seguridad Social; para que se pronunciaran sobre el caso en concreto y conceptuaran sobre la figura de la familia de crianza y el rango de protección que ésta genera en materia de prestaciones sociales. Asimismo, a los mencionados órganos de control y sus delegadas se les solicitó conceptuar sobre la protección que se debe brindar a los hijos de crianza en materia de seguridad social y las obligaciones que deben cumplir las entidades privadas y públicas, adscritas al Sistema de Seguridad Social, en garantía de los derechos que surgen dentro de la familia de crianza.

(iii) Finalmente, se solicitó un concepto sobre el caso y los efectos de la familia de crianza en materia de reconocimientos de prestaciones como la pensión, a los observatorios en temas laborales de la Universidad Nacional, Universidad Externado y Universidad del Rosario.

5.9. Hugo Álvarez Rosales, Director (e) de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, pone a disposición el concepto que sobre similares hechos se construyó en el marco de una solicitud de nulidad presentada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público contra la sentencia T-074 de 2016.

En tal concepto se insiste en que se deben respetar las normas que en materia pensional existen, así como en la necesidad de justificar la inclusión de nuevos beneficiarios en análisis y valoraciones suficientes que demuestren la existencia de fuertes vínculos, que se puedan entender como una familia funcional con vínculos constantes y permanentes. Asimismo, insiste en que los vínculos familiares no pueden derivarse únicamente de la

solidaridad.

5.10. Clara Elena Reales, Vicepresidente Jurídica de Asofondos, establece que en el presente caso existe un problema jurídico a resolver: “¿Procede la sustitución pensional respecto de nietos, asimilando a estos a hijos de crianza?” Para responder a tal pregunta realizó una descripción del caso en concreto, los argumentos del accionante y algunas de las pruebas aportadas y recolectadas en las instancias y en sede de revisión.

Igualmente, rememoró las consideraciones jurídicas hechas por otras entidades en relación con la potestad legislativa y la libre configuración del Congreso en materias como la definición de beneficiarios del sistema general de pensiones. En el escrito, se describen antecedentes jurisprudenciales que existen sobre la materia así como la normativa vigente destacando que se ha mantenido un criterio en el acceso a la prestación relacionado con el vínculo, las relaciones de cuidado y de dependencia económica.

Concluye, en este punto, que permitir la sustitución pensional de un abuelo a su nieto afecta los principios de unidad, integralidad y sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, tal y como lo ha descrito el Ministerio de Hacienda. Insiste en que es necesario verificar una real dependencia económica entre el pensionado y el solicitante, ya que tal situación es la que ha brindado al legislador un argumento razonable y proporcional a la hora de establecer quiénes son los beneficiarios.

Con respecto al hijo de crianza, resalta los avances jurisprudenciales en esta materia y se sirve de la sentencia T-074 de 2016 para recordar que esta figura solo aplica ante la falta absoluta de los padres biológicos, desarrollándose entre el padre e hijo de crianza una dependencia que excede de lo económico y que se convierte en sustancial para el desarrollo del menor.

Al analizar elementos como el anterior en el caso en concreto, determina que no hay falta de padres ya que estos han hecho presencia en la vida de sus hijos y lo que se ha generado es una relación de colaboración familiar de parte del abuelo hacia sus nietos. Asimismo, asemeja la ayuda que brindaba el abuelo, por mera solidaridad, con la asistencia eventual y esporádica que brindan otras personas de la familia materna.

Finalmente, hace énfasis en que una decisión a favor generaría un riesgo moral porque “se

generaría un incentivo para la constitución de vínculos con el fin único de encontrar una protección constitucional que se concreta en el reconocimiento de prestaciones económicas”[24].

5.11. Francisco Álvaro Ramírez, Director General de Fonprecon, remite concepto sobre el caso en concreto, en el cual resalta el artículo 47 de la ley 100 de 1993, modificado por la ley 797 de 2003, concluyendo que no se puede conceder el amparo en la medida en que no se está dentro del supuesto normativo enunciado. Recuerda que en materia de prestaciones sociales existe una competencia legislativa que le brinda una amplia libertad de configuración al legislador y que no puede ser desconocida por el activismo judicial, especialmente a la hora de establecer nuevos beneficiarios pensionales.

Con respecto a las familias de crianza transcribe algunos apartes de la sentencia T-074 de 2016 y diferencia los efectos de tales reconocimientos en salud y pensiones, resaltando que en el segundo es mucho más restrictivo. En tal sentido, manifiesta su desacuerdo con la sentencia mencionada, ya que a su juicio desconoce el derecho-deber del padre biológico a procurar la seguridad y sostenimiento de su familia, asimismo por los efectos que tal decisión tiene en la sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social, de conformidad con la sentencia C-258 de 2013.

5.12. Rubén Guillermo Junca, Director General del Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones – FONCEP, aclara unos hechos previos sobre el caso y procede a resaltar algunas inconsistencias en las diferentes solicitudes que se han hecho sobre la pensión del señor José Manuel Cuervo, por parte de la Señora Biviana Forero y sus hijos, y los ingresos de la familia Cuervo Forero. Destaca diferentes pronunciamientos en materia probatoria, de acceso a la justicia y tutela judicial efectiva, para concluir que “las pruebas aportadas presentan contradicciones e inconsistencias, así como demuestran el truco con el que se quiso hacer incurrir en error a la administración para la obtención de la pensión del fallecido Sr. José Manuel Cuervo”[25].

Frente a la figura de la familia de crianza empieza por analizar los precedentes jurisprudenciales en materia de los diferentes tipos de hijos, estableciendo que solo los hijos consanguíneos son beneficiarios de los derechos derivados de la filiación, razón por la cual los hijos de crianza no son acreedores de estas prerrogativas al no ser hijos legítimos.

Asimismo, recuerda que los padres o madres de crianza no deben tener ninguna clase de parentesco civil o consanguíneo con sus hijos de crianza, para destacar que en el caso concreto los accionantes tienen un parentesco en segundo grado de consanguinidad con el señor Cuervo. Adicionalmente, considera que no se cumplen con los requisitos para acudir a la acción de tutela con el fin de reclamar el derecho a la pensión, debido a que a su juicio no basta con que se trate de sujetos de especial protección, sino que se debe tratar de una situación de vulnerabilidad extrema.

Finalmente, rememora los pronunciamientos sobre la libre configuración del legislador en materia de prestaciones sociales, seguridad social y pensiones, haciendo énfasis en que no se ha incluido por parte del Congreso a los hijos de crianza. Concluye que “el impacto en materia pensional del amparo solicitado, desbordaría irremediablemente los recursos financieros que hoy se destinan al pago de seguridad social por parte del Estado, generando un impacto fiscal que afectaría los recursos destinados a los demás servicios del estado”[26].

5.13. Ilva Myriam Hoyos, Procuradora Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia, Adolescencia y Familia, presenta concepto en el que solicita se conceda el amparo impetrado por Edison Alberto Cuervo Forero.

Resalta que la familia de crianza está reconocida a partir del artículo 67 del Código de la Infancia y Adolescencia:

Artículo 67. Solidaridad familiar. El Estado reconocerá el cumplimiento del deber de solidaridad que ejerce la familia diferente a la de origen, que asume la protección de manera permanente de un niño, niña o adolescente y le ofrece condiciones adecuadas para el desarrollo armónico e integral de sus derechos. En tal caso no se modifica el parentesco.

Parágrafo. Si alguna persona o pareja quiere adoptar al niño que está al cuidado de la familia distinta a la de origen y cumple con las condiciones de adoptabilidad, que exige el código, podrá hacerlo, a menos que la familia que tiene el cuidado del niño, niña o adolescente, decida adoptarlo.

Igualmente, destaca los pronunciamientos que sobre este tema ha dado la Corte

Constitucional, en los cuales se reconocen los consolidados lazos de apego entre un niño y su familia de hecho, así como el hecho de que las protecciones del derecho a la familia del menor deben trasladarse a las familias de crianza. Resalta en su concepto las sentencias T-495 de 1997, T-586 de 1999, T-292 de 2004, C-511 de 2011, T-606 de 2013, T-233 de 2015 y T-296 de 2016, para llegar a la conclusión de que el concepto de familia se ha permeado por una realidad cambiante.

Agrega que los ámbitos de protección a la familia se deben brindar a los hijos de crianza en materia de seguridad social, tal y como lo estableció la sentencia T-074 de 2016. Tal determinación, para la procuradora, debe hacerse extensible al presente caso, ya que en el expediente reposan documentos que prueban la relación que se creó entre el señor Forero y los accionantes, así como las afectaciones emocionales y económicas que han sufrido por la muerte de su padre de crianza. Entre éstas, se destacan, por la delegada, las atinentes al derecho a la educación.

Señala entonces que “los documentos que reposan adjuntos a la copia de la Acción de Tutela en Sede de Revisión, dan cuenta de que el Señor JOSÉ MANUEL CUERVO (q.e.p.d.) asumió como propias las obligaciones familiares de padre que correspondían a su hijo fallecido CARLOS MANUEL CUERVO LINARES (q.e.p.d.), para con sus nietos actuando solidariamente como co-padre de crianza por asunción solidaria de la paternidad de EDISON ALBERTO CUERVO FORERO Y JESSICA VALENTINA CUERVO FORERO”[27].

5.14. María Cristina Hurtado Saénz y Norberto Acosta Rubio, Defensores Delegados para la Infancia, la Juventud y el Adulto Mayor y para la Salud, la Seguridad Social y la Discapacidad, respectivamente, solicitan se amparen los derechos fundamentales en el presente caso.

Tal solicitud la fundamentan en la sentencia T-074 de 2016, en relación con la cual creen existe una similitud fáctica que obliga a determinar que “se trata de dos hijos de crianza por asunción solidaria de paternidad que vivieron toda su vida con su abuelo quien hizo sus veces de co-padre, al asumir las obligaciones propias de su sostenimiento y respecto de quien se generaron, evidentemente lazos de afecto, respeto, solidaridad, protección y comprensión, y quien adicionalmente asumió las responsabilidades económicas actuando en concordancia con el principio de solidaridad”[28].

Resaltan que la expresión de hijos, contenida en el artículo 47 de la ley 100 de 1993 debe verse en un sentido amplio e incluye a todo tipo de hijos: naturales, adoptivos, de simple crianza y de crianza por asunción solidaria de la paternidad. Consideran los defensores que “la tutela debe prosperar en la medida en que el principio de igualdad impone que a todos los hijos se les debe el mismo trato y las mismas consecuencias jurídicas sin ninguna clase de discriminación; lo cual implica que la pensión de sobrevivientes debe ser otorgada tal y como lo dispone el artículo 47 de la Ley 100 de 1993”[29].

Concluyen que de acuerdo con el ordenamiento jurídico, la jurisprudencia y lo consagrado en el artículo 48 de la Constitución se debe garantizar la pensión de sobrevivientes para los hijos de crianza.

5.15. Iván Daniel Jaramillo Jassir, Coordinador del Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Facultad de Jurisprudencia e Investigador del Observatorio Laboral de la Universidad del Rosario, brindó concepto en el cual solicita que se proceda a revocar la sentencia del Juzgado Cuarto Civil de Bogotá y a conceder el amparo, en consecuencia, se conceda la pensión de sobrevivientes a los accionantes.

Para llegar a esta conclusión, empieza por establecer la naturaleza jurídica del derecho a la pensión de sobrevivientes, destacando lo dicho en artículo 61 del Convenio 102 de la Organización Internacional del Trabajo, aún no ratificado por Colombia, que determina que se debe garantizar el mantenimiento de la fuente de ingreso del grupo familiar:

“Las personas protegidas [en materia de prestaciones de sobrevivientes] deberán comprender:

(a) sea a las cónyuges y a los hijos del sostén de familia que pertenezca a categorías prescritas de asalariados, categorías que en total constituyan, por lo menos, el 50 por ciento de todos los asalariados;

(b) sea a las cónyuges y a los hijos del sostén de familia a que pertenezca a categorías prescritas de la población económicamente activa, categorías que en total constituyan, por lo menos, el 20 por ciento de todos los residentes;

(c) sea, cuando sean residentes, a todas las viudas y a todos los hijos que hayan perdido

su sostén de familia y cuyos recursos durante la contingencia cubierta no excedan de límites prescritos, de conformidad con las disposiciones del artículo 67;

(d) o bien, cuando se haya formulado una declaración en virtud del artículo 3, a las cónyuges y a los hijos del sostén de familia que pertenezca a categorías prescritas de asalariados, categorías que en total constituyan, por lo menos, el 50 por ciento de todos los asalariados que trabajen en empresas industriales en las que estén empleadas, como mínimo, veinte personas”[30] (Negrilla y Subrayado fuera de texto).

Continúa por recordar quiénes son los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, citando lo descrito en el artículo 47 de la ley 100, resaltando que esta normativa debe ser vista a la luz del artículo 42 de la Constitución, que establece que la familia se puede constituir por diferentes tipos de vínculos, tal como lo ha reconocido la Corte en sentencias T-495 de 1997, T-893 de 2000, T-497 de 2005, T-292 de 2004 y T-606 de 2013.

Finaliza diciendo que se recomienda conceder el amparo, “sin que ello comporte la fijación de nuevas reglas en materia de beneficiarios de la pensión de sobrevivientes ni considerar a los nietos como integrantes del elenco de sobrevivientes en materia pensional delimitando el entendimiento constitucional a los supuestos hijos de crianza en realización del principio pro homine”[31].

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia.

Esta Sala es competente para examinar el fallo materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico.

Teniendo en cuenta los hechos descritos de manera preliminar corresponde a esta Sala de Revisión establecer si Colpensiones vulnera los derechos fundamentales a la vida, a la igualdad, al mínimo vital y a la seguridad social de Jessica Valentina Cuervo Forero y Edison Alberto Cuervo Forero, al negarles el reconocimiento de la sustitución pensional de su abuelo, de quien alegan ser hijos de crianza.

Para ello, la Sala comenzará por reiterar la jurisprudencia constitucional en relación con: (i) la procedencia excepcional de la acción de tutela para el reconocimiento de prestaciones sociales y, en particular, de la pensión de sobrevivientes; (ii) la figura de la agencia oficiosa a favor de menores de edad; (iii) los beneficiarios del sistema de seguridad social en pensiones; (iv) la familia en el ordenamiento jurídico colombiano; (v) la familia de crianza; (vi) el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a los hijos de crianza y; (vii) las subreglas para la determinación de acceso a la pensión de sobrevivientes tratándose de una familia de crianza. Con base en ello (viii) se resolverá el caso concreto.

3. Procedencia excepcional de la acción de tutela para el reconocimiento de prestaciones sociales y, en particular, de la pensión[32].

3.1. En este punto se hará una revisión de los requisitos de relevancia constitucional e inmediatez con el fin de verificar, de forma posterior, que se contemplan en el asunto en concreto. Lo anterior, debido a que el amparo de los derechos que se alegan como vulnerados está ligado al reconocimiento de una pensión de sobrevivientes, prestación económica cuyo reclamo es, en principio, competencia de la jurisdicción ordinaria.

La jurisprudencia constitucional ha sostenido que la acción de tutela no procede cuando lo que se busca es alcanzar la titularidad de los derechos en materia de seguridad social. Ello atiende “(i) a su carácter subsidiario y excepcional, (ii) a que la efectividad del derecho depende del cumplimiento de requisitos y condiciones señaladas en la ley, y (iii) a la existencia de otros medios de defensa judicial para resolver tales controversias”[33].

Sin embargo, de manera excepcional la Corte ha admitido su procedencia si se logra evidenciar que los otros medios no son idóneos ni expeditos para contrarrestar efectivamente la amenaza de derechos fundamentales. Así se señaló en la sentencia T-033 de 2002:

“(…) Sin embargo, aunque dicha acción laboral constituye un remedio integral para la protección de los derechos fundamentales relacionados con el reconocimiento de una pensión, su trámite procesal – que ante situaciones normales es considerado eficaz en la protección de los derechos- puede no resultar idóneo para la obtención de los fines que se persiguen, atendiendo las circunstancias fácticas del caso concreto o la situación personal de quien solicita el amparo. De esta forma, si se controvierte un asunto de esta naturaleza a

través de la acción de tutela, el juez constitucional debe evaluar y calificar el conflicto planteado, para determinar si el medio alternativo de defensa judicial con el que cuenta el accionante es lo suficientemente expedito para proteger sus derechos fundamentales, pues de lo contrario, debe ser protegido inmediatamente a través de la acción de tutela para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable”.

De lo anterior se concluye que a pesar de que la acción de tutela en principio es improcedente para solicitar derechos prestacionales, puede serlo de manera excepcional y bajo un estudio más flexible cuando se trata de la ausencia de un reconocimiento relacionado con una prestación de seguridad social, que al negarse compromete la dignidad y mínimo vital, “trascendiendo el rango del conflicto meramente legal para adquirir relevancia ius-fundamental”. [34]

Reiteradas decisiones de esta Corporación han establecido que es posible hacer uso de la acción de amparo para exigir el reconocimiento de la pensión, en cualquiera de sus modalidades, debido a la relación que tiene esta prestación con los derechos fundamentales de sus beneficiarios, sin perjuicio de la calidad que estos ostenten. Asimismo, ha quedado clara la dimensión constitucional que la pensión de sobrevivientes tiene para el actor, que siendo allegado del causante ve afectada su estabilidad económica y social ante la ausencia de este último, siendo esta una de las características que sustentan constitucionalmente a esta prestación:

“Principio de estabilidad económica y social para los allegados del causante: Desde esta perspectiva, ha dicho la Corte que ‘la sustitución pensional responde a la necesidad de mantener para su beneficiario, al menos el mismo grado de seguridad social y económica con que contaba en vida del pensionado fallecido, que al desconocerse puede significar, en no pocos casos, reducirlo a una evidente desprotección y posiblemente a la miseria’. Por ello la ley prevé que, en aplicación de un determinado orden de prelación, las personas más cercanas y que más dependían del causante y compartían con él su vida, reciban una pensión para satisfacer sus necesidades” [35].

Igualmente, se ha señalado que el juicio de procedibilidad del amparo se torna menos exigente respecto de los sujetos de especial protección constitucional, atendiendo su condición de debilidad manifiesta y de la protección que la Carta Política les otorga. La

Corte ha dicho que:

“Ahora bien, es pertinente acotar que en materia de procedibilidad de la acción de tutela, la Corte ha manifestado que, no obstante la rigurosidad con que el juez debe evaluar los requisitos exigidos para dar curso al mecanismo de amparo, existen situaciones especiales en las que el análisis de procedencia de la acción debe desatarse de manera más amplia y permisiva, en atención a la especial naturaleza de las personas que solicitan la protección de sus derechos constitucionales fundamentales.” [36]

Es en virtud del artículo 44 de la Constitución, y diferentes desarrollos legales y jurisprudenciales, que los niños son considerados sujetos de especial protección en el sistema colombiano, razón por la cual pueden acudir a la tutela como mecanismo de protección de sus derechos constitucionales y legales, y superar con mayor facilidad los requisitos de procedibilidad de la acción.

3.2. Debe anotarse que la pensión de sobrevivientes es una prestación que busca garantizar a los miembros del núcleo familiar del causante la estabilidad financiera suficiente para asegurar su sostenimiento en condiciones dignas, aún cuando dicho reconocimiento constituye la única fuente de ingresos de sus beneficiarios, cuyo objetivo es evitar una situación de desamparo. En este último evento la naturaleza de esta pensión siempre estará ligada a la protección de derechos fundamentales, razón por la cual alcanza tal carácter cuando:

(i) Está dirigida a garantizar el mínimo vital de las personas que se encontraban bajo el cuidado del causante.

(ii) Se trata de amparar los derechos de los sujetos de especial protección del Estado, como es el caso de las personas de la tercera edad o en condiciones de discapacidad, que estén en situación de debilidad manifiesta.

(iii) Exista íntima relación entre el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes y otros derechos fundamentales, tales como el derecho a la vida[37].

3.3. Ahora bien, otro de los requisitos que se evalúa a la hora de determinar la procedencia de la acción de tutela es el referido a la inmediatez. Si bien, no se ha establecido un plazo

exacto y delimitado, esta Corporación ha denotado que, se debe evaluar en cada caso particular si el amparo fue solicitado en un tiempo prudente o razonable, una vez acaecida la amenaza o vulneración del derecho fundamental:

“La jurisprudencia constitucional ha enfatizado en el hecho de que el mismo exige que la acción sea promovida de manera oportuna, esto es, dentro de un término razonable luego de la ocurrencia de los hechos que motivan la afectación o amenaza de los derechos. Esa relación de inmediatez entre la solicitud de amparo y el supuesto vulnerador de los derechos fundamentales, debe evaluarse, según ha dicho la Corte, en cada caso concreto, con plena observancia de los principios de razonabilidad y proporcionalidad”. [38]

Los mencionados elementos atinentes a la subsidiariedad e inmediatez, serán evaluados en el análisis del caso en concreto con el fin de verificar la procedencia de la acción de amparo para el reclamo de la pensión de sobrevivientes en favor de los accionantes. Para eso, se tendrán en cuenta las calidades que ostentan el demandante y su agenciada, así como las vulneraciones de las cuales alegan ser sujetos, con el fin de determinar la relevancia constitucional del caso, así como el oportuno ejercicio de la acción de amparo.

4. Agencia oficiosa a favor de menores de edad.

4.1. El artículo 10 del Decreto Estatutario 2591 de 1991 preceptúa lo siguiente:

“La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.

También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.

También podrá ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales.” (Subrayado fuera de texto original)

4.2. La jurisprudencia ha establecido que existen una serie de requisitos necesarios para la procedencia de la agencia oficiosa, tendientes a verificar que el titular del derecho no esté en condiciones de ejercerlo por sí mismo, y exista la manifestación expresa de que se está

actuando en calidad de agente oficioso. En sentencia T-036 de 2013 se dijo:

“Asimismo, ha determinado que para intervenir como agente oficioso se deben verificar dos requisitos: (i) que el agente oficioso manifieste actuar en tal sentido; y (ii) que de los hechos que fundamentan la solicitud de amparo se infiera que el titular de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados se encuentra en situación física o mental que le impida la interposición directa de la acción.

En este punto, es necesario indicar que la manifestación puede ser expresa o tácita. Así, será válida la agencia oficiosa cuando de los hechos narrados en el escrito de tutela se deduzca la calidad en la que actúa la persona que interpone la acción. Ahora bien, la Corte ha explicado que cuando se trata de menores de edad no se aplica este requisito, debido a que es obvio que los niños no están en condiciones de ejercer su propia defensa.” (Subrayado fuera del texto original)

En ese sentido, esta Corporación ha determinado que el artículo 44 de la Carta permite la protección de los derechos fundamentales de los niños a través de la acción de tutela, por iniciativa de cualquier persona[39], sin perjuicio que estos puedan hacerlo por si mismos, si están en condiciones de realizarlo. Ahora bien, la Corte también ha privilegiado el ejercicio de la agencia oficiosa en favor de menores, cuando ésta se lleva a cabo por parte de familiares que tienen su representación, como sus abuelos o hermanos[40].

5. Beneficiarios del sistema de seguridad social en pensiones. Reiteración jurisprudencial[41].

5.1. Esta Corte ha señalado que la pensión de sobrevivientes es una prestación social soportada en los principios de solidaridad y seguridad social, y tiene como fin amparar el bienestar de las personas cuando su cónyuge o compañero permanente fallece o los hijos quedan sin progenitores, o cuando los padres dependen económicamente de sus hijos y estos últimos fallecen. Dicho esto, también ha establecido la jurisprudencia que en cada caso se deberá cumplir con los requisitos que exija la ley[42].

La Corte ha explicado que esta prestación adquiere el carácter fundamental cuando sus beneficiarios son principalmente sujetos de especial protección constitucional (niños, ancianos, personas con disminuciones físicas, síquicas y sensoriales) y en los casos que está

directamente relacionada con los derechos al mínimo vital y a una vida en condiciones dignas, sin perder su carácter de derecho social y económico en todos los casos. De ahí que se convierta en una garantía cierta, indiscutible, irrenunciable o imprescriptible que busca proteger a quienes quedan en estado de indefensión, ya sea por motivos económicos, físicos o mentales debido a la falta del causante[43].

5.2. Antecedentes normativos en materia de pensiones.

5.2.1. La Ley 90 de 1946[44], en su artículo 54, señaló que los hijos menores de 14 años o inválidos a cargo del asegurado tendrían derecho a una pensión. Igualmente, en el artículo 62 dispuso que el derecho a dicha prestación comienza desde el día del fallecimiento del asegurado y cesa con la muerte del beneficiario o cuando el huérfano cumpliera 14 años de edad o dejara de ser inválido:

“Artículo 54. En caso de muerte producida por accidente o enfermedad profesional, la viuda siempre, y el viudo sólo cuando esté inválido, y los hijos menores de catorce (14) años o inválidos a cargo del asegurado, tendrán derecho a una pensión.

“Artículo 62. A las pensiones de viudedad y orfandad les será aplicable la disposición del artículo 55. El derecho de estas pensiones empezará desde el día del fallecimiento del asegurado y cesará con la muerte del beneficiario, sin acrecer las cuotas de los demás, o cuando la viuda contraiga nuevas nupcias, reciba de otra persona lo necesario para su subsistencia, o cuando el huérfano cumpla catorce (14) años de edad o deje de ser inválido. Pero la viuda que contraiga matrimonio recibirá, en sustitución de las pensiones eventuales, una suma global equivalente a tres (3) anualidades de la pensión reconocida”. (Negrilla fuera del texto original).

5.2.2. Posteriormente, el artículo 12 de la Ley 171 de 1961[45] consagró que fallecido un empleado jubilado o con derecho a jubilación sus hijos menores o incapacitados para trabajar, bien sea por estudio o por invalidez, que dependieran económicamente del causante, obtendrían derecho a la respectiva pensión, durante los dos años subsiguientes al fallecimiento, de la siguiente manera:

“Artículo 12. Fallecido un empleado jubilado o con derecho a jubilación, su cónyuge y sus hijos menores o incapacitados para trabajar por razón de sus estudios o por invalidez, que

dependieren económicamente de él, tendrán derecho a recibir entre todos, según las reglas del artículo 275 del Código Sustantivo del Trabajo, la respectiva pensión durante los dos (2) años subsiguientes.

A falta de cónyuge e hijos tienen derecho a esta pensión los padres o hermanos inválidos y las hermanas solteras del fallecido, siempre que no disfruten de medios suficientes para su congrua subsistencia y hayan dependido exclusivamente del jubilado”.

5.2.3. Después, el Decreto Reglamentario 1611 de 1962[46], en su artículo 32, estableció como beneficiarios de la pensión del causante a los hijos menores de 18 años o incapacitados para trabajar por razón de estudios o por invalidez, que dependieran económicamente de él, quienes además tenían la obligación de acreditar el parentesco:

“Artículo 32. 1o. Fallecido un trabajador jubilado, oficial, semioficial o particular, o con derecho a jubilación, su cónyuge y sus hijos menores de diez y ocho (18) años, o incapacitados para trabajar por razón de sus estudios o por invalidez, que dependieren económicamente de él, tendrán derecho a recibir entre todos la respectiva pensión durante los dos (2) años subsiguientes.

2o. Esta pensión se distribuye así: en concurrencia de cónyuge con hijos, el primero recibe una mitad y los segundos la otra mitad; si hay hijos naturales, cada uno de estos lleva la mitad de la cuota de uno legítimo; a falta de hijos, todo corresponde al cónyuge, y en defecto de este, todo corresponde a los hijos.

3o. A falta de cónyuge e hijos tienen derecho a esta pensión los padres o hermanos inválidos o las hermanas solteras del fallecido, siempre que no disfruten de medios suficientes para su congrua subsistencia, y hayan dependido exclusivamente del jubilado.

4o. Los beneficiarios de que trata este artículo gozarán de este derecho con la sola comprobación del parentesco mediante las copias de las respectivas partidas civiles o eclesiásticas y la prueba sumaria de que llenan los demás requisitos”. (Subrayado fuera del texto original).

5.2.4. Con el artículo 22 del Decreto 3041 de 1966[47] se reglamentó nuevamente el acceso a esta prestación y se dispuso que los hijos del pensionado fallecido, que fueran

menores de 16 años o de cualquier edad si eran inválidos, que dependieran económicamente del causante, tenían derecho a la pensión. Asimismo, la ley agregó que se extendería dicho beneficio a los hijos hasta los 18 años, siempre y cuando se demostrara que se encontraban estudiando en un establecimiento educativo reconocido oficialmente. Así lo consagró la norma:

“Artículo 22. Cada uno de los hijos, legítimos o naturales reconocidos conforme a la ley, del asegurado o pensionado fallecido, que sean menores de 16 años o de cualquier edad si son inválidos, que dependan económicamente del causante, tendrán iguales derecho a la pensión de orfandad.

El instituto extenderá su goce hasta que el beneficiario cumpla los 18 años de edad cuando compruebe estar asistiendo regular y satisfactoriamente a un establecimiento educativo o de formación profesional reconocido oficialmente, y demuestre que carece de otros medios de subsistencia”. (Subrayado fuera del texto).

5.2.5. La Ley 5ª de 1969[48] ratificó lo reglamentado por el artículo 12 de la Ley 171 de 1961, en relación con los hijos beneficiarios al derecho de la pensión de sustitución.

“Artículo 1º. Fallecido un empleado jubilado o con derecho a jubilación, su cónyuge y sus hijos menores o incapacitados para trabajar por razón de sus estudios o por invalidez, que dependieren económicamente de él, tendrán derecho a recibir entre todos, según las reglas del artículo 275 del Código Sustantivo del Trabajo, la respectiva pensión durante dos (2) años subsiguientes.

A falta de cónyuge e hijos tienen derecho a esta pensión los padres o hermanos inválidos y las hermanas solteras del fallecido, siempre que no disfruten de medios suficientes para su congrua subsistencia y hayan dependido exclusivamente del jubilado”. (Subrayado fuera del texto original).

5.2.6. Con la expedición del Decreto Extraordinario 433 de 1971[49] (artículo 67) expresamente se derogó el artículo 54 de la Ley 90 de 1946. Después, el Decreto Extraordinario 435 de 1971[50], la Ley 10 de 1972[51] y la Ley 33 de 1973[52] conservaron lo establecido por las normas ya expuestas, esto es, que accederían a la prestación pensional los hijos que fueran menores de edad o incapacitados para trabajar ya sea por

motivos de estudios o por invalidez, y que dependieran económicamente del causante.

5.2.7. Con posterioridad, la Ley 12 de 1975, en su artículo 1º, dispuso que los hijos menores o inválidos, sin establecer la imposibilidad de trabajar, tenían derecho a la pensión de jubilación, con la condición de que esta prestación se perdía por llegar a la mayoría de edad o una vez cesara la incapacidad.

“Artículo 1º.- El cónyuge supérstite o la compañera permanente de un trabajador particular o de un empleado o trabajador del sector público, y sus hijos menores o inválidos, tendrán derecho a la pensión de jubilación del otro cónyuge si éste falleciere antes de cumplir la edad cronológica para esta prestación, pero que hubiere completado el tiempo de servicio consagrado para ella en la Ley, o en convenciones colectivas.

5.2.8. De otra parte, el Acuerdo Núm. 049 de 1990 transcrito en el Decreto 758 de ese mismo año, estableció que para ser beneficiario de dicha prestación, además de (i) que el hijo fuera menor de 18 años de edad, inválido sin importar la edad e incapacitado por motivo de estudios, era necesario (ii) depender económicamente del causante, mientras subsistieran las condiciones de edad, invalidez y estudio. Adicionaba el Acuerdo que dicha invalidez debía ser calificada por los médicos del Instituto:

“Artículo 27. Beneficiarios de la pensión de sobrevivientes por muerte por riesgo común. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes por riesgo común, los siguientes derechos habientes:

1. En forma vitalicia, el cónyuge sobreviviente y, a falta de éste, el compañero o la compañera permanente del asegurado.

Se entiende que falta el cónyuge sobreviviente:

- a) Por muerte real o presunta;
- b) Por nulidad del matrimonio civil o eclesiástico;
- c) Por divorcio del matrimonio civil y,
- d) Por separación legal y definitiva de cuerpos y de bienes.

2. Los hijos legítimos, naturales y adoptivos menores de 18 años, los inválidos de cualquier edad, los incapacitados por razón de sus estudios, siempre que dependan económicamente del asegurado y mientras subsistan las condiciones de minoría de edad, invalidez y los estudiantes aprueben el respectivo período escolar y no cambien o inicien nueva carrera o profesión por razones distintas de salud. La invalidez será calificada por los médicos laborales del Instituto.

3. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos, tienen derecho en forma vitalicia, los padres del asegurado, incluidos los adoptantes, que dependían económicamente del causante.

4. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos con derecho o padres, la pensión corresponderá a los hermanos inválidos que dependían económicamente del asegurado y hasta cuando cese la invalidez". (Subrayado fuera del texto original).

5.2.9. Recientemente, con la expedición de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, se consagró en el artículo 46 quiénes tienen derecho a esta prestación pensional, así:

“Artículo 12. El artículo 46 de la Ley 100 de 1993 quedará así:

Artículo 46. Requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y,

2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y se acrediten las siguientes condiciones:

a) Muerte causada por enfermedad: si es mayor de 20 años de edad, haya cotizado el veinticinco por ciento (25%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte años de edad y la fecha del fallecimiento;

b) Muerte causada por accidente: si es mayor de 20 años de edad, haya cotizado el veinte

por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte años de edad y la fecha del fallecimiento.

Parágrafo 1°. Cuando un afiliado haya cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima en tiempo anterior a su fallecimiento, sin que haya tramitado o recibido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o la devolución de saldos de que trata el artículo 66 de esta ley, los beneficiarios a que se refiere el numeral 2 de este artículo tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, en los términos de esta ley.

El monto de la pensión para aquellos beneficiarios que a partir de la vigencia de la Ley, cumplan con los requisitos establecidos en este parágrafo será del 80% del monto que le hubiera correspondido en una pensión de vejez”.

De esta suerte, una vez que el solicitante cumpla con los anteriores requisitos, esto es, que se encuentre en uno de los grupos con derecho a la pensión de sobrevivientes o la sustitución pensional, de ser el caso, se deberá verificar si reúne la calidad de beneficiario, conforme con los requerimientos establecidos en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, que dispone:

“Artículo 47. Modificado por el artículo 13 Ley 797 de 2003. Beneficiarios de la pensión de sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte, y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;

b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión. Si tiene hijos con el causante

aplicará el literal a).

Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimientos del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente:

c) Aparte tachado INEXEQUIBLE. Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiante y cumplan con el mínimo de condiciones académicas que establezca el Gobierno; y los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, esto es, que no tienen ingresos adicionales, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuando hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993;

d) Aparte tachado INEXEQUIBLE. A falta del cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de forma total y absoluta de este;

e) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, padres e hijos con derecho, serán beneficiarios los hermanos inválidos del causante si dependían económicamente de este.

PARÁGRAFO. Para efectos de este artículo se requerirá que el vínculo entre el padre, el hijo

o el hermano inválido sea el establecido en el Código Civil”.

5.2.10. Ahora bien, el artículo 61 del Convenio 102 de 1952 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), aún no suscrito por Colombia pero ratificado por 54 naciones, determina quienes son las personas protegidas por la concesión de la pensión de sobrevivientes que se debe garantizar con el fin de procurar los medios de existencia para sus beneficiarios:

“Las personas protegidas deberán comprender:

(a) sea a las cónyuges y a los hijos del sostén de familia que pertenezca a categorías prescritas de asalariados, categorías que en total constituyan, por lo menos, el 50 por ciento de todos los asalariados;

(b) sea a las cónyuges y a los hijos del sostén de familia a que pertenezca a categorías prescritas de la población económicamente activa, categorías que en total constituyan, por lo menos, el 20 por ciento de todos los residentes;

(c) sea, cuando sean residentes, a todas las viudas y a todos los hijos que hayan perdido su sostén de familia y cuyos recursos durante la contingencia cubierta no excedan de límites prescritos, de conformidad con las disposiciones del artículo 67;

(d) o bien, cuando se haya formulado una declaración en virtud del artículo 3, a las cónyuges y a los hijos del sostén de familia que pertenezca a categorías prescritas de asalariados, categorías que en total constituyan, por lo menos, el 50 por ciento de todos los asalariados que trabajen en empresas industriales en las que estén empleadas, como mínimo, veinte personas” (Negrilla y Subrayado fuera de texto).

En consecuencia, para la OIT la prioridad es el sostén de la fuente de ingreso del grupo familiar, sin diferenciar el tipo de familia o vínculo que los une, atendiendo únicamente a los fines de la pensión de sobrevivientes, haciendo especial referencia a todos los hijos en condiciones de igualdad, sin sujetarse a reglas de parentesco precisas o previamente determinadas.

5.2.11. Teniendo en cuenta la normativa descrita sobre el derecho de los hijos a la pensión de sobrevivientes o sustitución pensional de sus padres y los requisitos para acceder a la

misma, se concluye que la procedencia excepcional del reconocimiento y pago de esa prestación mediante la acción de tutela está condicionada a que el beneficiario cumpla a cabalidad con los requisitos establecidos en las normas sustantivas vigentes al momento de causarse el derecho, a saber los del literal c) del artículo 47 de la Ley 100, modificado por la Ley 797 de 2003, siendo el principal de estos requisitos el de ostentar la calidad de hijo, sin distinción o categorización.

Sin embargo, el parágrafo del artículo 47 sujeta el beneficio de la pensión de sobrevivientes de padres a hijos a los vínculos regulados por el Código Civil, norma que establece los tipos de parentescos, reconociendo aquellos que se generan en virtud de la consanguinidad o de una relación jurídica debidamente formalizada.

5.2.12. Uno de los grandes debates que suscita el presente caso así como aquellos que se han dado en la materia, es el referente al desconocimiento de la potestad de configuración normativa con la que cuenta el Congreso de la República en los temas de seguridad social en pensiones.

Es claro que el legislador goza de una competencia amplia a la hora de establecer las condiciones y requisitos que deben darse para que una persona acceda al derecho de pensión, bien sea de vejez, de invalidez o de sobrevivientes o en el marco de una sustitución pensional.

No obstante, dicha libertad de configuración[53] encuentra límites dados por el orden constitucional, como se sostuvo en sentencia C-191 de 2016:

“La expresión libertad de configuración del legislador pareciera indicar que el acto de ley es libre e ilimitado. Se trata de una expresión que resulta adecuada en los sistemas en los que no existe supremacía constitucional. En el Estado constitucional de Derecho, ninguno de los órganos del poder público es libre; la libertad es propia de las personas privadas. El sometimiento al ordenamiento jurídico exige que los órganos públicos tengan competencias, en cuyo ejercicio disponen de un mayor o menor margen de apreciación y de decisión, esto es, de discrecionalidad. La discrecionalidad es una característica de las competencias del órgano legislativo, del administrativo y del jurisdiccional. En este sentido se expresó el Salvamento de voto a la sentencia C-034 de 2014, pronunciado por el Magistrado Jorge Iván Palacio: “La diferencia entre libertad de configuración y potestad de

configuración legislativa estriba en que esta última tiene sus límites establecidos en la Carta Política; de no ser así, regresaríamos a la oscura época en que “toda ley se suponía constitucional, porque era la expresión de la voluntad del pueblo, y el pueblo no legislaba contra sí mismo”. La referencia a la discrecionalidad legislativa en la configuración de la ley ha sido utilizada por esta Corte, entre otras, en las sentencias C-173/06, C-1067/08, C-100/11, C-334/13”.

En ese sentido, la actividad legislativa “debe ejercitarse dentro del respeto a valores fundantes de nuestra organización política y jurídica, tales como, la justicia, la igualdad y un orden justo (Preámbulo) y de derechos fundamentales de las personas como el debido proceso, defensa y acceso a la administración de justicia (C.P., arts. 13, 29 y 229). Igualmente, debe hacer vigente el principio de la primacía del derecho sustancial sobre las formas (C.P., art. 228) y proyectarse en armonía con la finalidad propuesta, como es la de realizar objetiva, razonable y oportunamente el derecho sustancial”[54].

5.2.13. Ahora bien, también han existido diversos pronunciamientos constitucionales[55] que han abordado lo referido a omisiones legislativas que generan un déficit de protección en derechos fundamentales. Estos se han generado en todo tipo de asuntos en los cuales se considera que la normativa no resulta suficiente para garantizar una adecuada implementación de las garantías que aseguren al ciudadano la primacía de sus derechos.

Dicho lo anterior, ante la existencia de un déficit de protección se debe establecer cuál es la medida apropiada para superarlo, bien sea a través de un pronunciamiento puntual de parte de esta Corte con el fin de garantizar los derechos fundamentales del accionante, sin excluir un exhorto al órgano competente para regular el tema en debida forma y superar definitivamente la situación de vulnerabilidad que se genera en el desconocimiento del derecho por parte de la norma misma.

Si el artículo 2 superior prevé entre los fines esenciales del Estado social de derecho la efectividad de los principios y derechos constitucionales, no se puede justificar una negativa del juez constitucional con base en un vacío normativo que implica una menor protección en materia de derechos de carácter fundamental.

Una vez advertido el déficit de protección se debe exhortar al Congreso de la República con el fin de que regule la situación que genera el déficit detectado en el marco del proceso

judicial. Sin perjuicio de que se tome una decisión puntual en el caso que se analiza, debido a que no se puede abandonar al accionante en una situación de vulnerabilidad hasta tanto el Congreso regule el tema. Especialmente, ante la ausencia de una motivación clara y expresa por parte del legislador del porqué se generó la exclusión que justifica la vulneración del derecho fundamental.

Es importante resaltar que dicha justificación no debe estar sostenida en aspectos de carácter económico. Si bien se reconoce que el Sistema de Seguridad Social en Pensiones está sometido a unas reglas económicas que son necesarias para garantizar su sostenibilidad financiera, se debe recordar que los posibles impactos fiscales no constituyen un alegato indiscutible a la hora de cubrir un déficit de protección y garantizar derechos fundamentales. Así lo ha establecido esta Corporación que ha sido clara al determinar que los argumentos de tipo fiscal están limitados en materia de derechos sociales por principios constitucionales como el de progresividad:

“La Corte ha señalado que la sostenibilidad fiscal debe interpretarse conforme al principio de progresividad y a la naturaleza indivisible e interdependiente de los derechos. De acuerdo con la jurisprudencia, el citado principio consiste en la obligación del Estado de garantizar los derechos sociales, y en general todos los derechos constitucionales en su faceta prestacional, aumentando de manera gradual y constante su cobertura”[56].

Igualmente, ha dicho la Corte que la garantía de los derechos y la sostenibilidad fiscal no se contraponen sino que se complementan, al punto que un Estado avanzado es aquel que puede cumplir con sus compromisos financieros y al mismo tiempo garantizar los derechos sociales de su población[57]. Especialmente, cuando dichos derechos sociales cobran la connotación de fundamentales, caso en el cual el inciso 4 del artículo 1 del Acto Legislativo No. 03 de 2011, que incluyó el principio de sostenibilidad fiscal en nuestra Constitución, dispone que: “En ningún caso se afectará el núcleo esencial de los derechos fundamentales”.

Para determinar la existencia o no de un déficit de protección, será necesario verificar cuáles son las tipologías familiares del ordenamiento jurídico colombiano de las cuáles se desprenden las relaciones de padres e hijos, así como los derechos que les surgen a estas familias.

6. La familia en el ordenamiento jurídico colombiano.

6.1. Concepto jurídico de familia.

6.1.1. La familia ha sido reconocida como un escenario fundamental de formación del ser humano. Por este motivo, se le han dado a esta una serie de protecciones prioritarias a nivel estatal e internacional, tendientes a reconocer el rol que desempeña en el crecimiento de nuevas generaciones de ciudadanos, así como dirigidas a brindarle toda una serie de prestaciones que garanticen el acceso a los derechos básicos con los que, la mencionada unidad, debe contar para su buen desarrollo.

Dicho principio, busca precisar que “existe una igualdad de trato entre las familias surgidas por el vínculo jurídico del matrimonio y aquellas que lo son por lazos naturales, mereciendo igual protección del Estado”[60]. Esto, sin perjuicio de que a partir de ciertas características puedan conformarse diferentes tipologías de familia, más allá de las que surgen por el matrimonio o por otros lazos, distintas en su formación y elementos, pero a las cuales el ordenamiento jurídico busca garantizarles el acceso material en iguales condiciones a los derechos con los que cuenta, e “impedir que se les niegue el acceso a beneficios o privilegios normativos sin que exista una justificación constitucionalmente válida”[61].

6.1.2. Asimismo, el numeral 3 del artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, establece que: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”. Dicha normativa internacional se ve desarrollada en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)[62], el cual en el numeral 1 del artículo 10, dice: “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”. Igualmente, la jurisprudencia constitucional ha destacado que:

“el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prescribe que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”, en el mismo sentido que el artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos, según el cual “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”. La proyección

específica de estos mandatos hacia los menores de edad se refleja en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, en el cual los Estados Parte expresaron su profunda convicción de que “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, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad”.”[63]

De tales disposiciones se extrae la importancia de la familia en la sociedad, pero también se concluye que no ha sido necesario establecer presupuestos formales y específicos que la definan de forma limitada. En este sentido, desde las fuentes normativas, nacionales e internacionales, se tiene la intención de definir a la familia como una institución jurídica abierta que es prioritaria por los fines esenciales que conlleva para la sociedad, especialmente en la formación de la niñez, y a partir de estos postulados haya su significado, mas no por quienes hacen parte de ella y las formalidades por medio de las cuales se unen.

6.1.3. Igualmente, la jurisprudencia de la Corte Constitucional con fundamento en la Carta Política ha sido consistente en resguardar el núcleo familiar, el cual reconoce que puede surgir por diferentes vínculos familiares, sean estos: naturales, jurídicos o de hecho. La Corte entiende por familia: “aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus integrantes más próximos”[64].

6.2. Fines y protecciones de la familia en el ordenamiento colombiano.

6.2.1. La familia, ha sido elevada a principio constitucional[65] desde los inicios de la jurisprudencia, señalando que “del texto del artículo 42 constitucional se derivan las siguientes características:

(i) No existe un único tipo de familia, sino que en concordancia con el artículo 7 superior, nos encontramos frente a un pluralismo, el cual permite la existencia de diversos tipos de familias.

(ii) El constituyente consagró un espacio a la familia de hecho en condiciones de

igualdad con otros tipos, en desarrollo de lo dispuesto por el artículo 13 de la Carta vigente.

- (iii) Es deber de Estado y de la sociedad garantizar protección integral a la familia.
- (iv) Uno de los fundamentos esenciales de las relaciones familiares es la igualdad de derechos y deberes de la pareja y el respeto entre sus integrantes.
- (v) La armonía y unidad de la familia es destruida cuando se presenta cualquier forma de violencia.
- (vi) Todos los hijos tienen iguales derechos y deberes.
- (vii) La familia, como núcleo fundamental de la sociedad, tiene el deber de asistir y proteger a los niños.
- (viii) Es función de la familia preparar a las nuevas generaciones así como la formación de la personalidad de los menores.
- (ix) La familia es el ámbito natural dentro del cual debe cuidarse y prepararse la infancia.
- (x) Para la efectividad de los derechos constitucionales de los niños, los cuales tienen carácter prevalente, es necesaria la unidad de la familia, como presupuesto indispensable.

Es en razón de estos fines que se le garantiza una igualdad plena en términos de protección y prestaciones a todas las formas familiares que puedan surgir en el marco del Estado pluricultural, debido a que estas buscan cumplir con su rol preponderante en la sociedad. Es en razón de sus objetivos que “la familia como institución debe ser protegida por el Estado, en cuanto a la preservación de su unidad y existencia, presentando en estos casos una dimensión de derecho fundamental; al mismo tiempo, otros elementos, de contenido económico y asistencial, se orientan por la lógica de implementación y protección propia de los derechos prestacionales.”[67].

6.2.2. Esta protección del Estado se materializa a través de la creación e implementación de

una serie de prerrogativas que han sido denominadas medidas constitucionales de protección a la familia, las cuales se encaminan a garantizar un adecuado desarrollo de la institución. La jurisprudencia ha dicho:

“En efecto, aquéllas se manifiestan en la necesaria adopción de normas legales, de actos administrativos, así como de decisiones judiciales, medidas todas ellas encaminadas a lograr y preservar la unidad familiar existente, al igual que brindar una protección económica, social y jurídica adecuada para el núcleo familiar. Estos son los propósitos, o la razón de ser de las normas jurídicas y demás medidas de protección previstas por el ordenamiento jurídico.”[68]

Entre estas medidas están por ejemplo los subsidios, el acceso a servicios públicos como educación y salud de forma gratuita, la asistencia en bienestar familiar, la existencia de figuras como la pensión de sobreviviente, etc. Las cuales garantizan el buen devenir de la familia en condiciones adecuadas y dignas.

6.2.3 Ahora bien, un segundo motivo que justifica la defensa de la familia y sus prestaciones económicas y asistenciales es el relativo a la formación de los hijos, siendo uno de los fines principales y fundamento a todo tipo de medidas de protección. Para los hijos serán determinantes esos contenidos económicos y asistenciales que buscan la implementación de los derechos prestacionales. La Corte ha manifestado:

“El derecho de los niños a tener una familia y no ser separado de ella, es un derecho fundamental que goza de especial protección constitucional, plasmado en el artículo 44 de la Constitución Política y en instrumentos internacionales, al considerar que se trata del medio natural de crecimiento y bienestar de sus miembros, en especial de los niños sujetos de protección especial.”(Subrayado fuera del texto)[69].

Es por ello que la intervención del Estado en las relaciones de las familias surge para garantizar servicios y prestaciones adecuadas a todos sus miembros, especialmente a los menores, buscando que el desarrollo de todas las familias sea eficiente y apropiado. Igualmente, la intervención del Estado debe ser excepcional en los casos en los que se vea amenazada la permanencia de los menores de edad en su hogar[70]. Las razones que justifiquen dicha intervención han de ser poderosas fáctica y jurídicamente, sin importar el tipo de hogar familiar, esto es, que se constituya al margen de los vínculos biológicos,

alrededor del menor:

“[L]a familia biológica está plenamente amparada por la Carta Política. Sin embargo, lo anterior no implica que la familia que se constituye al margen de los vínculos biológicos no sea también objeto de protección constitucional (...)

(...) En reiterada jurisprudencia, la Corte ha considerado que el derecho a tener una familia constituye una condición para la realización de los restantes derechos fundamentales del niño. Lo anterior, no sólo porque los lazos de afecto y solidaridad que suelen constituir dicha institución favorecen el desarrollo integral de una persona, sino porque la propia Constitución y la ley le imponen a la mencionada institución la obligación imperiosa de asistir y proteger al menor a fin de garantizarle el ejercicio pleno de sus derechos.”[71]

6.2.4. Igualmente, un tercer motivo de justificación a estas medidas de protección que ha sido abordado en diferentes pronunciamientos de la Corte[72], es la dimensión iusfundamental de la unidad de la familia. Dicha dimensión, permite que la familia pueda ser defendida a través del mecanismo de protección de tutela, como se ha resaltado:

“En tal sentido, desde temprana jurisprudencia la Corte ha entendido que “la familia no puede ser desvertebrada en su unidad ni por la sociedad ni por el Estado, sin justa causa fundada en graves motivos de orden público y en atención al bien común y sin el consentimiento de las personas que la integran, caso en el cual dicho consenso debe ser conforme al derecho”[73].

Por los motivos expuestos, la familia “merece los principales esfuerzos del Estado con el fin de garantizar su protección integral y el respeto a su dignidad, honra e intimidad intrínsecas”[74].

6.3. Pluralidad de familias y garantías de igualdad entre ellas.

6.3.1. Visto lo anterior, es necesario reconocer que la familia puede surgir desde diversas fuentes, que se han caracterizado por ser maleables y por responder en su formación al escenario pluricultural, social y jurídico, en el cual surgen[75], debiendo ser protegidas en todo momento por su carácter fundamental y gozar en igualdad de condiciones de todas las prestaciones. Es así, como la Corte en sentencia C-577 de 2011 indicó:

“La doctrina ha puesto de relieve que “la idea de la heterogeneidad de los modelos familiares permite pasar de una percepción estática a una percepción dinámica y longitudinal de la familia, donde el individuo, a lo largo de su vida, puede integrar distintas configuraciones con funcionamientos propios. (...) El “carácter maleable de la familia” se corresponde con un Estado multicultural y pluriétnico que justifica el derecho de las personas a establecer una familia “de acuerdo a sus propias opciones de vida, siempre y cuando respeten los derechos fundamentales”, pues, en razón de la variedad, “la familia puede tomar diversas formas según los grupos culturalmente diferenciados”, por lo que “no es constitucionalmente admisible el reproche y mucho menos el rechazo de las opciones que libremente configuren las personas para establecer una familia”.

En consecuencia, se puede señalar, acorde con el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia constitucional “(i) que en una sociedad plural no es aceptable un concepto único y excluyente de familia, identificando a esta exclusivamente con aquella surgida del vínculo matrimonial o sanguíneo y (ii) que la protección constitucional a la familia no se solo se predica a favor de las familias conformadas en virtud de vínculos jurídicos o de consanguinidad, sino también a las que surgen de hecho o a las denominadas familias de crianza”[76].

6.3.2. Es por esto que, en Colombia las familias son de todo tipo, y se podrían llegar a clasificar, enunciativamente, de diversas formas. De estas diversas tipologías debe destacarse que se asemejan por sus fines, tendientes a las garantías de unidad y búsqueda de un destino común, así como, en la mayoría de casos, a la tenencia de hijos, el mantenimiento y formación de éstos. Asimismo, de las familias se predica una igualdad material que garantiza que todas gocen de derechos asimilables dirigidos a garantizar todo tipo de prestaciones a sus miembros y a la familia misma, igualdad que se origina en el texto constitucional, tal y como se resalta en la sentencia T-070 de 2015:

“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.

Lo anterior, con fundamento en el propósito de la Asamblea Nacional Constituyente (...), en el proceso de construcción de la Constitución actual se indicó que:

“[T]al protección no se agotaría en un tipo determinado de familia estructurada a partir de vínculos amparados en ciertas solemnidades religiosas y/o legales, sino que se extendería también a aquellas relaciones que, sin consideración a la naturaleza o a la fuente del vínculo, cumplen con las funciones básicas de la familia (...)”[77]

6.3.3. Asimismo, en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos se ha protegido la diversidad en las familias, y se han hecho recomendaciones y directrices tendientes a garantizar el acceso en materia de derechos a todas sus formas, sin discriminación. Así, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en su observación número 19 sobre la familia, resaltó la importancia del artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y con base en este manifestó:

“El Comité observa que el concepto de familia puede diferir en algunos aspectos de un Estado a otro, y aun entre regiones dentro de un mismo Estado, de manera que no es posible dar una definición uniforme del concepto. Sin embargo, el Comité destaca que, cuando la legislación y la práctica de un Estado consideren a un grupo de personas como una familia, éste debe ser objeto de la protección prevista en el artículo 23. (...) Cuando existieran diversos conceptos de familia dentro de un Estado, “nuclear” y “extendida”, debería precisarse la existencia de esos diversos conceptos de familia, con indicación del grado de protección de una y otra. En vista de la existencia de diversos tipos de familia, como las de parejas que no han contraído matrimonio y sus hijos y las familias monoparentales, los Estados Partes deberían también indicar en qué medida la legislación y las prácticas nacionales reconocen y protegen a esos tipos de familia y a sus miembros.”

En igual sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunció en el caso *Atala Rizzo y niñas contra el Estado de Chile*, estableciendo que no hay modelos específicos de familia, en la medida en que la sociedad ha venido evolucionando y generando diferentes formas de convivencia y vida. Manifestó en tal fallo:

“El Tribunal constata que, en el marco de las sociedades contemporáneas se dan cambios sociales, culturales e institucionales encaminados a desarrollos más incluyentes de todas las opciones de vida de sus ciudadanos, lo cual se evidencia en la aceptación social de parejas interraciales, las madres o padres solteros o las parejas divorciadas, las cuales en otros momentos no habían sido aceptadas por la sociedad. En este sentido, el Derecho y los

Estados deben ayudar al avance social, de lo contrario se corre el grave riesgo de legitimar y consolidar distintas formas de discriminación violatorias de los derechos humanos.

(...)

En efecto, esta Corte considera que la imposición de un concepto único de familia debe analizarse no sólo como una posible injerencia arbitraria contra la vida privada, según el artículo 11.2 de la Convención Americana, sino también, por el impacto que ello pueda tener en un núcleo familiar, a la luz del artículo 17.1 de dicha Convención.”

6.4. Tipologías de Familia

6.4.1. Por la mencionada pluriculturalidad de la que goza nuestra sociedad, y el reconocimiento constitucional, las clasificaciones de familia podrían darse de diversas maneras. Por ejemplo, el ordenamiento y la jurisprudencia constitucional han reconocido que las familias se pueden entender a partir del tipo de vínculo jurídico por medio del cual surgen. Es el caso de las uniones que se generan con un vínculo matrimonial, y de aquellas que se dan por la convivencia permanente, generando efectos en derecho, como es el caso de las uniones maritales de hecho.

6.4.2. Ahora bien, no se puede dejar de lado que estas uniones familiares pueden darse de forma posterior a un núcleo familiar preexistente, tal y como se ve en las llamadas familias ensambladas. En estas, uno de los miembros de la pareja, o ambos, pudo haber tenido una relación matrimonial o una unión marital de hecho previa. Se resalta que en el marco de estas relaciones se pueden generar hijos, que vienen a constituir con la nueva pareja de su padre o madre una relación de hijastros. Tal y como se indicó en la Sentencia C-577 de 2011:

“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.”

6.4.3. Sin embargo, también puede ocurrir que padres de familias separadas no vuelvan a unirse y que habiendo tenido hijos se mantengan como único vínculo con estos ante la ausencia del otro padre o madre. Estas se denominan familias monoparentales, y pueden tener causa en fenómenos como la viudez o el abandono de uno de los padres. La Corte ha definido que:

“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”[78]

6.4.4. También pueden darse escenarios de familias nucleares intactas[79], en las cuales una pareja ha compartido un vínculo bien sea de facto[80], matrimonial o de hecho, y habiendo tenido hijos mantienen con estos una relación intacta, en la medida en que ambos conservan su rol de padre o madre, consanguíneo o civil, con su descendencia inmediata, pero han dejado de ser pareja.

Estas familias de crianza, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, se desarrollan bajo presupuestos de afecto, solidaridad, respeto y asistencia, principalmente económica, que se crean entre sus miembros y “surgen bajo 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”[82]. Como ha manifestado esta Corporación estas pueden tener ocurrencia en diversos ámbitos, como “las relaciones de familia trabadas entre los abuelos y los nietos de cuya crianza se han hecho cargo, entre los tíos que tienen la entera responsabilidad de sus sobrinos, entre el hermano o hermana mayor que, debido a la total, y en ocasiones irreparable, ausencia de los padres, asume la dirección de la familia que integra junto con sus hermanos menores, necesitados de protección”[83].

En la mayoría de los casos en los cuales los Tribunales colombianos han reconocido derechos en el marco de las familias de crianza, se han dado bajo la figura de la familia ensamblada. Sin embargo, es importante aclarar que estas dos son diferentes. En el marco de una familia ensamblada, por la relación que se surte entre, por ejemplo, un padrastro y

su hijastro puede surgir un vínculo tan fuerte que los constituya como padre e hijo de crianza, pero para que tal resultado se genere es necesario que se den dos condiciones: i) que el hijastro no cuente con el apoyo permanente de tipo emocional y material de alguno de sus padres, el cual será remplazado por el padrastro; y ii) que efectivamente se pueda verificar la voluntad de ambos sujetos de crear y sostener un vínculo fundado en el amor y en el respeto que sea equivalente a una relación de padre e hijo. Esta precisión es importante, porque no se puede llegar a la conclusión que todas las familias ensambladas son familias de crianza, ya que en muchos casos el hijastro cuenta con un vínculo perfecto con sus dos padres, sin perjuicio que uno de ellos haya constituido una nueva unión con otra persona que asumirá únicamente la figura de padrastro o madrastra para con ese hijo.

En ese sentido, las familias de crianza al surgir por una situación de facto pueden darse en escenarios diversos. Una pareja unida a través de un vínculo matrimonial, o de unión marital de hecho, podría constituir una familia con un hijo de crianza, en la medida en que se haya creado un lazo de solidaridad y afecto con un niño expósito, o con el que no comparten un vínculo consanguíneo o jurídico. Igualmente, en el marco de una familia ensamblada con hijos preexistentes, uno de los padres puede hacer de su hijastro un hijo de crianza, siempre que este último no cuente con la presencia y apoyo de uno de sus dos progenitores. Asimismo, existe la posibilidad de que un hombre o mujer adulta asuman bajo su responsabilidad, y en virtud de un vínculo emocional, el cuidado y protección de un niño, como puede suceder en el caso de los hermanos mayores con los menores, o de un abuelo con su nieto, constituyendo así una familia monoparental con un hijo de crianza.

6.5. Conclusiones

6.5.1. El Estado colombiano ha reconocido en la familia a aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales, jurídicos o de facto, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus integrantes más próximos. Más que su caracterización o establecimiento formal, importa a la vista del juez constitucional su materialización o existencia empírica en las relaciones humanas. En virtud de ello, pueden desprenderse diferentes tipos de familia, como la matrimonial, de hecho, monoparental, ensamblada y de crianza.

Así lo ha manifestado también el Consejo de Estado, que en sentencia del 2 de septiembre de 2009, reconoció el derecho de un padre de recibir indemnización por la muerte de su hijo de crianza, sostuvo que la familia se sostiene en vínculos metafísicos y emocionales, que no necesariamente están ligados a situaciones de parentesco consanguíneo o civil:

“la Sala debe reiterar su línea jurisprudencial referida a que la familia no sólo se constituye por vínculos jurídicos o de consanguinidad, sino que puede tener un sustrato natural o social, a partir de la constatación de una serie de relaciones de afecto, de convivencia, de amor, de apoyo y solidaridad, que son configurativas de un núcleo en el que rigen los principios de igualdad de derechos y deberes para una pareja, y el respeto recíproco de los derechos y libertades de todos los integrantes. En esa perspectiva, es posible hacer referencia a las acepciones de “padres (papá o mamá) de crianza”, “hijos de crianza”, e inclusive de “abuelos de crianza”, toda vez que en muchos eventos las relaciones de solidaridad, afecto y apoyo son más fuertes con quien no se tiene vínculo de consanguinidad, sin que esto suponga la inexistencia de los lazos familiares, como quiera que la familia no se configura sólo a partir de un nombre y un apellido, y menos de la constatación de un parámetro o código genético, sino que el concepto se fundamenta, se itera, en ese conjunto de relaciones e interacciones humanas que se desarrollan con el día a día, y que se refieren a ese lugar metafísico que tiene como ingredientes principales el amor, el afecto, la solidaridad y la protección de sus miembros entre sí, e indudablemente también a factores sociológicos y culturales.”

6.5.2. Por otro lado, se ha establecido que la familia y la unidad de la misma constituyen un derecho fundamental que merece una defensa especial cuando existen hijos de por medio, y que puede surgir de diversas fuentes en razón del reconocimiento a la pluriculturalidad y maleabilidad de los contenidos sociales y culturales de una sociedad. En tal sentido, la familia genera derechos prestacionales para sus miembros conforme a los reconocimientos que ha dado el legislador y lo desarrollado en política pública.

A todas las tipologías de familia el ordenamiento jurídico les concede un rango de protección manifestado en una serie de reconocimientos y prestaciones que deben ser brindados en paridad para todas en virtud del principio de igualdad. El no reconocimiento de estas prestaciones en igualdad de condiciones a todas las familias implica un desconocimiento a las salvaguardas que han concebido la Constitución y la ley, y afecta la

unidad familiar en la medida en que implica una amenaza para sus miembros y puede llevar a poner en riesgo el buen desarrollo de esta, especialmente de los hijos.

Se pasará, entonces, a revisar el tema de la familia de crianza y los presupuestos necesarios para su formación, que la equiparan con las demás tipologías de familia y la hacen beneficiaria, en igualdad de condiciones, de las diferentes prestaciones concebidas por el ordenamiento jurídico.

7. La familia de crianza

7.1. Definición de familia de crianza

7.1.1 La familia de crianza, como se expuso, es aquella “donde conceptos como la convivencia, el afecto, la protección, el auxilio y respeto consolidan el núcleo familiar por lo que el ordenamiento jurídico debe reconocer y proteger a los integrantes de tales familias.”[84]

En los diferentes pronunciamientos que ha dado la Corte en relación con este tema analizó la situación de los derechos de los hijos de crianza, que en algún momento fueron abandonados por sus padres o quedaron huérfanos de estos, y adquirieron la condición de expósitos, o que llegaron a un hogar bajo la figura del hijastro o entenado, en la medida en que eran el fruto de una relación anterior de su padre y madre. Igualmente, de aquellos que estando circunscritos a una relación monoparental, encuentran en otra persona a ese padre o madre faltante que se convierte en su padre crianza.

7.2. La solidaridad entre hijos como factor fundante de la familia de crianza.

7.2.1. Tal situación, donde uno o dos sujetos se convierten en padres de crianza, sucede esencialmente al presentarse el principio de solidaridad. Dicho principio hace presencia en nuestro ordenamiento jurídico desde el artículo 1º de la Constitución, que preceptúa los elementos básicos y fundantes de Colombia como Estado Social de Derecho, “organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.”(Subrayado fuera del texto original)

Asimismo, el articulado constitucional ubica el principio de solidaridad en cabeza de todos quienes integran el Estado colombiano, a modo de deber, trasladándolo con todas sus implicaciones a todos los escenarios de la sociedad, públicos y privados. Es así como el artículo 95 de la Constitución establece que:

ARTICULO 95. La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades.

Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes.

Son deberes de la persona y del ciudadano:

(...)

2. Obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas;

En concordancia con el texto constitucional, la Corte en Sentencia C-237 de 1997 determinó el alcance de este deber:

“El deber de solidaridad del Estado ha de ser entendido como derivación de su carácter social y de la adopción de la dignidad humana como principio fundante del mismo. En virtud de tal deber, al Estado le corresponde garantizar unas condiciones mínimas de vida digna a todas las personas, y para ello debe prestar asistencia y protección a quienes se encuentren en circunstancias de inferioridad (...) Pero, el deber de solidaridad no se limita al Estado: corresponde también a los particulares, de quienes dicho deber es exigible en los términos de la ley, y de manera excepcional, sin mediación legislativa, cuando su desconocimiento comporta la violación de un derecho fundamental. Entre los particulares, dicho deber se ubica en forma primigenia en la familia, dentro de la cual cada miembro es obligado y beneficiario recíprocamente, atendiendo razones de equidad.” (Subrayado fuera del texto original)

En ese sentido, la solidaridad constituye un patrón de comportamiento social que debe hacerse presente en todo momento y que está llamado a ser tenido en cuenta a la hora de evaluar las conductas de los particulares, especialmente aquellas que vulneren o amenacen

derechos fundamentales, así como a incentivar en los ciudadanos aquellos comportamientos tendientes a proteger los mencionados derechos. Por ello la Corte ha manifestado que:

“la solidaridad es un valor constitucional que en cuanto fundamento de la organización política presenta una triple dimensión, a saber: (i) como una pauta de comportamiento conforme a la cual deben obrar las personas en determinadas ocasiones; (ii) como un criterio de interpretación en el análisis de las acciones u omisiones de los particulares que vulneren o amenacen los derechos fundamentales; (iii) como un límite a los derechos propios”[85].

7.2.2. Este deber resulta ser de la mayor importancia en las familias de crianza porque se convierte en el fundamento principal de su existencia. A tal conclusión se llega al notar que estas familias se constituyen por la disposición voluntaria de una o dos personas que deciden comprometer su patrimonio y tiempo en favor de un menor. Sin embargo, tal compromiso no se queda en el plano material únicamente, sino que fruto de esa decisión y entrega se comienzan a generar lazos afectivos entre los sujetos de esta relación de facto, concretándose, entonces, la formación de una unidad de vida familiar entre ellos. Así lo ha reconocido el artículo 67 del Código de la Infancia y Adolescencia:

Artículo 67. Solidaridad familiar. El Estado reconocerá el cumplimiento del deber de solidaridad que ejerce la familia diferente a la de origen, que asume la protección de manera permanente de un niño, niña o adolescente y le ofrece condiciones adecuadas para el desarrollo armónico e integral de sus derechos. En tal caso no se modifica el parentesco.

Parágrafo. Si alguna persona o pareja quiere adoptar al niño que está al cuidado de la familia distinta a la de origen y cumple con las condiciones de adoptabilidad, que exige el código, podrá hacerlo, a menos que la familia que tiene el cuidado del niño, niña o adolescente, decida adoptarlo.

Es tal la importancia de los vínculos que surgen de la solidaridad que el articulado precitado reconoce un mejor derecho en cabeza de esa familia que tiene el cuidado del menor, por encima de cualquier otra que cumpla con las condiciones de adoptabilidad, ya que se entiende que el niño ya se encuentra en un hogar con condiciones adecuadas, brindado por

una familia de forma desinteresada.

Esos reconocimientos que hace el legislador a los hijos de las diferentes formas familiares, con el fin de brindarles derechos y protecciones, tienen un fuerte fundamento constitucional en el artículo 42 de nuestra Carta Política, el cual en su inciso tercero determina que “Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes”.

Dicha igualdad en materia de derechos y deberes debe entenderse de forma amplia y no puede restringirse a expresiones literales, ya que como ha dicho esta Corporación en materia de protección de derechos el juez en su decisión siempre debe tener como criterio de aplicación e interpretación de la norma la prevalencia del derecho sustancial, tal y como describe el artículo 228 de la Constitución:

“Artículo 228. La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo”.

En consecuencia, es con la vista puesta en el principio de solidaridad como elemento fundante, el derecho a la igualdad y la prevalencia del derecho sustancial, que se deben analizar las diferentes características y demás elementos configurativos de la familia de crianza.

7.3. Los hijos como finalidad de la familia de crianza.

7.3.1. Ahora bien, tal vida familiar, que implica afecto y compromisos materiales se soporta en la intención de brindar un hogar adecuado para un hijo o hijos, como sucede en la mayoría de las familias. Asimismo, la formación y protección de los menores es un propósito fundante y justificante de la organización familiar, como lo ha reconocido el Estado colombiano en su legislación y en sus compromisos internacionales. Por esto, ha dicho la Corte:

“Tanto el derecho a tener una familia y no ser separado de ella, como las garantías

adicionales en cuestión, forman parte de las obligaciones internacionales del Estado colombiano en materia de derechos humanos.

En primer lugar, el derecho de los niños a tener una familia y no ser separados de ella ha sido consagrado en (a) el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, en el cual se reconoce que “el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”; (b) el artículo 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en virtud del cual “ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación”, y “el niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques”; (c) el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual establece que “nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia”, y que “toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”; (d) el artículo 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que prescribe: “nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia...”, y que “toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”; y (e) la Declaración Universal de Derechos Humanos, que en su artículo 12 dispone que “nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia (...). Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques” Haciendo eco de estos mandatos, el artículo 6 del Código del Menor dispone que “todo menor tiene derecho a crecer en el seno de una familia”.

También el Código del Menor, en su artículo 6, establece que “el Estado fomentará por todos los medios la estabilidad y el bienestar de la familia como célula fundamental de la sociedad.”[86]

7.3.2. En tal sentido, constituir una familia trae implicaciones en materia de obligaciones y derechos. Los padres y madres de crianza asumen con sus hijos una serie de deberes que deben ser cumplidos a riesgo de amenazar el buen desarrollo del menor, como ha resaltado la jurisprudencia:

“La Corte Constitucional, ha señalado que la familia es un espacio vital para el desarrollo

integral de los niños y se constituye en “una condición para la realización de los restantes derechos fundamentales del niño. Lo anterior, no sólo porque los lazos de afecto y solidaridad que suelen constituir dicha institución favorecen el desarrollo integral de una persona, sino porque la propia Constitución y la ley le imponen a la mencionada institución la obligación imperiosa de asistir y proteger al menor a fin de garantizarle el ejercicio pleno de sus derechos.” Sobre este aspecto, ha enfatizado la jurisprudencia constitucional que los padres o miembros de la familia abuelos, parientes o padres de crianza son titulares de obligaciones que propendan por el mantenimiento de los lazos familiares y del deber de velar por que los menores gocen de un ambiente apropiado para el ejercicio de sus derechos y puedan contar con los cuidados y atenciones que su desarrollo integral exige.”[87]

Tal compromiso con el menor y la intención de criarlo, así como de darle un hogar constituyen la finalidad primigenia de la familia de crianza que como se dijo nace en virtud de la intención solidaria de uno o más padres que desean brindar un hogar estable para un niño.

7.4. El parentesco en las familias de crianza.

7.4.1 Algunos de los pronunciamientos jurisprudenciales sobre familia de crianza concurren en afirmar que el padre o madre no tiene vínculo jurídico o de consanguinidad con el hijo de crianza. Es necesario, entonces, analizar si tal elemento de la definición de familia de crianza que ha establecido la jurisprudencia constitucional es un presupuesto perentorio que puede llegar a definir la existencia de esta, o si como se estableció en el último precedente sobre este asunto[88], no es un elemento necesario.

Aunque en algunas decisiones previas se ha determinado que las familias de crianza solo pueden surgir con sujetos con los que no se comparte ningún vínculo de consanguinidad o jurídico, el análisis de cada caso debe tener en cuenta todos los presupuestos necesarios para la formación de una relación de crianza. Una vez hecha esta verificación de presupuestos se puede concluir si existe tal vínculo y, en caso tal, deben otorgárseles a estas familias derechos y prestaciones en condiciones de igualdad, obedeciendo los fines del Estado como la efectividad de los derechos, y la prevalencia del derecho sustancial. La Corte ha dicho:

“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”. [89]

Se infiere que a pesar que en los pronunciamientos se ha hecho énfasis en que el padre o madre de crianza no guarda vínculo jurídico o consanguíneo con su hijo, la Corte ha sido recurrente a la hora de determinar que las familias de crianza surgen por presupuestos sustanciales y no formales, en lo que prima la materialidad de la relación de afecto.

7.4.2. Aunque las familias de crianza se diferencian de las familias consanguíneas, jurídicas y ensambladas, no son necesariamente excluyentes por la manera en que las diferentes clasificaciones de familias pueden ser concurrentes unas con otras. Apartar la posibilidad de que las familias de crianza puedan tener algún tipo de parentesco vía consanguinidad, podría llevar al desconocimiento de derechos y prerrogativas, así como a una vulneración del derecho a la igualdad.

En la práctica podría incluso significar que un menor expósito estaría en mejores condiciones de derecho siendo protegido por una familia extraña que por parientes cercanos que tengan la solidaridad y disposición requerida para acogerlo como un hijo, sin necesidad de pasar a crear un vínculo por ejemplo vía adopción. Esta Sala insiste en que las reglas de la familia de crianza parten de la base del principio de solidaridad, y bajo la luz de este axioma deben ser interpretados todos sus elementos, dando siempre prevalencia al derecho sustantivo:

“Es claro que 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.” [90]

7.4.3. Esta interpretación no es ajena a la jurisprudencia constitucional sobre la materia y se

desprende de los primeros pronunciamientos de la Corte en el asunto. Así en Sentencia T-049 de 1999 se manifestó sobre el concepto amplio y no restringido de familia:

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

En este fallo se recuerda que el vínculo de la familia de crianza surge por la ausencia de todos o alguno de los integrantes de la familia original que es remplazado por un tercero o terceros de ser el caso. Sin embargo, es preciso dejar claro que al poder ser sustituido solo un miembro de la familia ausente, esta denominada familia de crianza nace en relación con un menor que puede tener al mismo tiempo un padre de crianza y una madre consanguínea, o viceversa. Estos últimos casos, que son los más comunes, se presentan en las familias ensambladas y han sido resueltos de forma recurrente por esta Corporación.

Por tanto, encuentra la Corte que en una familia de crianza no es extraño que existan vínculos de consanguinidad, todo lo contrario son comunes. Lo que resulta novedoso es que el padre o madre de crianza tengan esa característica, pero dicha novedad no ha sido tal en el marco del Consejo de Estado y la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, donde se han reconocido casos de abuelos como padres de crianza, así como tampoco lo han sido en nuestra Corte, tal y como lo demuestra la sentencia T-074 de 2016. La inexistencia de vínculos jurídicos o consanguíneos no es un presupuesto estricto para determinar la existencia de la familia de crianza, sino todo lo contrario, es maleable y debe ser analizado en cada caso en concreto, conforme a las particularidades que se expongan.

7.5. El vínculo de afecto en las familias de crianza.

7.5.1. Un elemento adicional de existencia de las familias de crianza, que debe ser

estudiado en cada escenario, es el que se refiere a la validación de un vínculo de afecto, respeto, comprensión y protección, entre los miembros de la familia de crianza. Tal presupuesto es el que ha justificado y permitido el desplazamiento de la presunción de familia biológica en favor de la familia de crianza, y que ha sido fundamento de las decisiones ya referenciadas. Sobre esto, la Corporación dijo que:

“De acuerdo con este criterio, cuando un menor ha sido separado de su familia biológica y puesto al cuidado de una familia distinta durante un lapso lo suficientemente largo como para que se hayan formado vínculos afectivos entre el menor y esa familia de crianza, la separación del menor de esa familia, lo afecta psicológica y emocionalmente y perturba la promoción del interés superior del menor, razón por la cual, el ámbito de protección del derecho del menor a tener una familia y no ser separado de ella se traslada, preferiblemente, hacia su grupo familiar de crianza.

La posición de la jurisprudencia de la Corte Constitucional es clara en señalar que, pese a que hay una presunción según la cual, los cuidados más adecuados para un menor son aquéllos que le son brindados por parte de su familia biológica, tal presunción puede ser desvirtuada cuando aquél ha desarrollado vínculos afectivos con las personas, que sin tener nexos de consanguinidad con él, son encargadas de su cuidado. El supuesto para desvirtuar esta presunción es que el cambio de ubicación del menor afectaría su interés superior, siendo contrario a sus derechos fundamentales separarlo de su familia de crianza, incluso si se hace con miras a restituirlo a su familia biológica, tal y como lo ha señalado la Corte.”[91]

7.5.2. Así también lo ha establecido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a la hora de defender el lazo que se forma en las llamadas familias de hecho, incluso por encima de las familias biológicas. En diversos fallos ha indicado:

“Al determinar cuándo y cómo es admisible que las autoridades intervengan en las relaciones familiares, la Corte explicó que en casos así, la consideración predominante ha de ser que la decisión de separar a un niño de sus padres y encomendarlo a otro hogar es a menudo irreversible, puesto que el niño puede desarrollar con el tiempo nuevos vínculos con sus cuidadores, cuya perturbación o interrupción, en virtud de un cambio en la decisión original de separarlo de su familia biológica, puede contrariar su interés superior.”[92]

Dichos pronunciamientos, en sede de revisión, acuden a un concepto que puede parecer abstracto pero que tiene repercusiones en cada caso en concreto, en la medida en que se puede establecer que el vínculo entre el hijo de crianza y su padre o madre es tan fuerte, que amenazar o afectar ese lazo incidiría negativa e irreversiblemente sobre el desarrollo armónico y estable del niño.

7.6. Reconocimientos jurisprudenciales a las familias de crianza.

7.6.1. Ahora bien, así como surgen obligaciones a los padres de crianza, también acarrearán garantías y protecciones como a todas las otras familias reconocidas por el ordenamiento jurídico.

En decisión reciente la Corte analizó la figura de la familia de crianza y las implicaciones que esta tiene en materia de prestaciones sociales como la pensión de sobrevivientes. En dicho fallo se recordó que la jurisprudencia ha girado en torno a dos grandes ejes temáticos al momento de referirse a los hijos y padres de crianza, “esto es: (i) reconocimiento y protección del vínculo que se forma entre las personas que componen la familia de crianza como criterio para determinar la permanencia de los menores de edad en hogares sustitutos y, (ii) la protección del vínculo que se genera, y como consecuencia, el reconocimiento de prestaciones y/o indemnizaciones.”[93]

7.6.2. En relación con el primer eje temático, en varios pronunciamientos[94] se ha analizado la problemática de menores que estando en hogares sustitutos o a los que llegaron en razón de haber sido abandonados o dejados por sus padres desarrollaron lazos de afecto, respeto y cariño con los padres del hogar, llevando a la existencia de una familia de crianza. En esos casos la Corte ha establecido que el grupo familiar del menor lo constituye la familia de crianza, y por tanto, debe ser protegido incluso sobre la prerrogativa de la familia biológica, generando así un desplazamiento de esta última. Ha definido esta Corporación:

“El derecho de los niños a tener una familia y no ser separados de ella tiene una especial importancia para los menores de edad, puesto que por medio de su ejercicio se materializan numerosos derechos constitucionales diferentes, que por lo tanto dependen de él para su efectividad: es a través de la familia que los niños pueden tener acceso al cuidado, el amor, la educación y las condiciones materiales mínimas para desarrollarse en forma apta (...)

Cuando un niño ha desarrollado vínculos afectivos con sus cuidadores de hecho, cuya ruptura o perturbación afectaría su interés superior, es contrario a sus derechos fundamentales separarlo de su familia de crianza, incluso si se hace con miras a restituirlo a su familia biológica”[95]

Dicha argumentación incluso justifica el desplazamiento de la familia biológica en favor de la familia de crianza y permite a las entidades competentes del Estado tomar decisiones en favor de estas últimas, aun en desmedro del parentesco que se deriva del vínculo de consanguinidad. La Corte ha dicho que:

“Así entonces, incluso se ha establecido que la presunción que recae sobre las familias biológicas, en el sentido que sea este grupo familiar el que se encuentra en mejor situación para brindar condiciones de cuidado a los menores, se ha extendido a las familias de crianza por el desarrollo de vínculos de cariño, afecto y cuidado sobre los menores”[96].

7.6.3. Sobre el segundo eje temático referido al reconocimiento de prestaciones e indemnizaciones se han dado pronunciamientos jurisprudenciales de la justicia ordinaria y la contenciosa administrativa. En lo que refiere a decisiones por indemnizaciones esta Corte se manifestó en la sentencia T-495 de 1997, sobre un caso de padres de crianza que reclamaban al Ministerio de Defensa la indemnización procedente por la muerte de su hijo, a quien habían criado desde niño debido a que había sido abandonado por sus padres biológicos. En tal caso se reconoció que tal derecho recaía en los padres de crianza y ordenó entregar la indemnización a estos últimos. En su sentencia la Corte dijo:

“De esta manera, si el trato, el afecto y la asistencia mutua que se presentaron en el seno del círculo integrado por los peticionarios y el soldado fallecido, eran similares a las que se predicen de cualquier familia formalmente constituida, la muerte de (...) mientras se hallaba en servicio activo debió generar para sus “padres de crianza”, las mismas consecuencias jurídicas que la muerte de otro soldado para sus padres formalmente reconocidos; porque no hay duda de que el comportamiento mutuo de padres e hijo (“de crianza”) revelaba una voluntad inequívoca de conformar una familia, y el artículo 228 de la Carta Política establece que prevalecerá el derecho sustantivo.”

En materia de inscripción del hijo de crianza como beneficiario de los servicios de seguridad social en salud, y demás reconocimientos a los que pueden tener derecho el padre o la

madre y hacerlo beneficiario, han sido enfáticas las recientes sentencias T-606 de 2013 y T-233 de 2015, en las cuales se trataron acciones por medio de las cuales se buscaba que los hijastros, con quienes se había creado un vínculo emocional y, por tanto, se había generado la figura de familia de crianza, fueran beneficiarios de sus padres en materia de prestaciones de seguridad social; puntualmente, aquellas que fueron adquiridas vía convención colectiva en las empresas donde laboraban los padres de crianza. La Corte dijo que era necesario reconocer los “núcleos y relaciones 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 (...)”[97].

En el Consejo de Estado también se han proferido decisiones sobre indemnizaciones por la muerte del hijo de crianza, normalmente asociados a fallas del servicio o muerte en servicio militar activo de los hijos de crianza[98]. En fallo del 2008 se dijo:

“De la prueba obrante en el proceso, se da por acreditada la condición de “hijo de crianza” de Carlos Mauricio Devia Cerquera, respecto a Rafael Antonio Atara Ortiz, y aunque si bien, es sabido que se encuentra legitimado para intervenir o incoar en el proceso de reparación directa, todo aquel que sea perjudicado directo con el hecho dañoso, al margen del ius sanguinis o parentesco, encuentra oportuno la Sala esbozar unos leves lineamientos sobre lo que con inusitada frecuencia en nuestra realidad social se denomina “hijo de crianza”. Condición que puede tener origen no del todo en el marco de la solemnidad de la adopción como institución jurídica, sino en la facticidad de las relaciones sociales propias de nuestra cultura.”[99]

Con tal fundamento, el Consejo de Estado inicio una línea jurisprudencial en la que asemeja el dolor moral que sufre el padre de crianza al que sufre el padre consanguíneo ante la muerte de su hijo, creando así un paralelo que responde a los principios de solidaridad e igualdad de nuestra Constitución Política.

7.7. Conclusiones.

7.7.1. En consecuencia, se puede colegir que las familias de crianza son las que no

necesariamente surgen por lazos de consanguinidad o vínculos jurídicos, sino principalmente por relaciones de facto que involucran sentimientos de afecto, respeto, solidaridad, comprensión y protección que consolidan el núcleo familiar. Se sustentan en lazos de dependencia y su desconocimiento afecta el interés superior de los niños, por lo que la presunción de la familia biológica cede ante esta tipología de familia en pro del cumplimiento de los deberes y derechos que se dan en el marco de una familia. Se generan, normalmente, cuando padres de crianza toman como suyos hijos que en principio no lo son, ante la ausencia de uno o todos los integrantes de la familia consanguínea o jurídica. Estas familias generan derechos y obligaciones, y es responsabilidad del Estado concebir escenarios de protección que faciliten el cumplimiento de sus deberes a las familias de crianza, creando así un ambiente sano para el desarrollo integral del menor.

Debe resaltarse que la existencia de parentesco entre los padres e hijos de crianza no es un elemento determinante en la formación de la familia de crianza, tal y como lo han expuesto algunas de las intervenciones allegadas al presente proceso. Como se resaltó, los Tribunales en Colombia han reconocido familias de crianza con parentescos al interior de ellas, haciendo de los vínculos jurídicos o consanguíneos entre padres e hijos un presupuesto maleable que debe ser analizado en cada caso en concreto, conforme a las particularidades que se expongan.

Dicho lo anterior se pasará a analizar el derecho de los hijos de crianza a la pensión de sobrevivientes.

8. Reconocimiento de la pensión de sobrevivientes o la sustitución pensional a los hijos de crianza.

8.1. La pensión de sobrevivientes o sustitución pensional y su protección a las familias.

8.1.1. Ahora bien, como se dijo, la pensión de sobrevivientes es una prestación de carácter fundamental cuando sus beneficiarios son niños y en los casos en los que la prestación está ligada al mínimo vital y la vida en condiciones dignas. Esto, no obsta para que la misma sea reconocida como un derecho fundamental en sí misma para quien tiene derecho a ella por el reconocimiento del vínculo que se crea entre los miembros de la familia, y en razón de la relación directa que esta prestación tiene con todo tipo de derechos fundamentales.

8.1.2. A pesar de que la normativa determina cuáles son los parentescos y uniones que se deben verificar para efectos del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes o de la sustitución pensional, la Corte ha discutido en diversas oportunidades el funcionamiento de prestaciones económicas asociadas a la seguridad social en las diferentes formas de vida familiar. En tales casos, han sido determinantes los argumentos de igualdad entre familias:

“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.”[100]

De esta manera, debe garantizarse la igualdad de trato a todas las familias, incluyendo la garantía de la prestación económica de la pensión de sobrevivientes, por estar directamente relacionada con los derechos al mínimo vital y a una vida en condiciones dignas. Esta Corporación ha sido enfática en la importancia de la figura de la pensión de sobrevivientes y sus efectos, como se dejó sentado en sentencia T-593 de 2007:

“La Corte ha reconocido, en diferentes oportunidades, el carácter fundamental del derecho a la pensión de sobrevivientes, en cuanto su reconocimiento y pago efectivo garantiza el mínimo vital de las personas que dependían económicamente del causante. Sobre el particular, señaló esta Corporación: “Ese derecho, para los beneficiarios es derecho fundamental por estar contenido dentro de valores tutelables: el derecho a la vida, a la seguridad social, a la salud, al trabajo. Es inalienable, inherente y esencial. Y, hay una situación de indefensión del beneficiario respecto a quien debe pagarle la mesada”.

Por lo anterior, resultaría violatorio de los derechos fundamentales a la unidad familiar, a la

igualdad de las familias y al mínimo vital de sus miembros no reconocerles su derecho a la pensión de sobrevivientes o la sustitución pensional cuando esta proceda de acuerdo con los requisitos de Ley. Adicionalmente, limitar la protección de estos derechos a las familias expresamente reconocidas por mecanismos formales y jurídicos no se compagina con los fines del Estado en materia de protección, ni con las manifestaciones propias del principio de solidaridad, ya que la voluntad del constituyente ha sido la de defender la maleabilidad del vínculo familiar en el marco de un Estado pluricultural.

8.1.3. Parte de esta protección del vínculo familiar y sus derechos se fundamenta en la defensa de los menores y las obligaciones correlativas que han asumido los padres a la hora de constituir una familia. Cuando uno de los progenitores o titulares de tal paternidad se hacen ausentes en razón de hechos como la muerte, el mismo Estado ha dispuesto la existencia de mecanismos que garanticen que esa familia pueda seguir unida y desarrollándose en forma digna a pesar de la falta del causante. Por tanto, desconocer tales salvaguardias pone en peligro la vida familiar así como de sus miembros, especialmente tratándose de menores. Este Tribunal ha establecido:

“La jurisprudencia constitucional se ha referido en varias 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 “enfatisa 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.”[101]

En consecuencia, el reconocimiento de una tipología de vida familiar que surge en el marco de las relaciones sociales diversas debe ir acompañado de la garantía de los derechos constitucionales fundamentales que dicha familia requiere para desarrollar sus lazos y mantenerlos, así como para cumplir con sus obligaciones y brindar un hogar adecuado a los hijos, especialmente ante situaciones previsibles que pueden llegar a afectar de forma grave el buen devenir de la familia.

8.2. La pensión de sobrevivientes o sustitución pensional en las familias de crianzas.

8.2.1. Como ha sido reiterado en diversos fallos, el orden constitucional y la jurisprudencia respectiva protegen todas las formas de familia y superan las concepciones básicas de aquellas que han sido creadas por vínculos de consanguinidad y/o formalidades jurídicas. De acuerdo con los fines del Estado y la prevalencia del derecho sustancial, esta Corporación ha reconocido a los hijos y padres de crianza sus derechos en igualdad de condiciones a las demás familias que surgen en el marco de las relaciones sociales y culturales. En este sentido recientemente la sentencia T-074 de 2016 expuso:

“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[102]. 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[103].

(...) De esta manera, el reconocimiento y protección de esa relación material que surge dentro de la familia, se extiende a todos los ámbitos del derecho, por lo que es claro que los hijos de crianza por asunción solidaria de la paternidad, son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, al igual que los naturales y adoptados, toda vez que la Ley 100 establece como beneficiarios a los hijos del causante.

Este reconocimiento encuentra fundamento en el principio de solidaridad, y en la igualdad, ya que todos los hijos son iguales ante la ley, y gozan de los mismos derechos y merecen una protección similar.”

En el fallo precitado esta Corporación reconoció el derecho a la pensión de sobrevivientes de las familias de crianza determinando la existencia de una familia por asunción solidaria de la paternidad, a partir de la figura del co-padre de crianza. En el caso puntual se concedió a un nieto en situación de discapacidad la sustitución pensional de su abuelo debido a que este, a pesar de la existencia de los dos padres biológicos del menor, fungía como soporte económico y emocional del nieto. En tal fallo la Corte además manifestó:

“En los casos en que no existe un reemplazo de los vínculos con los ascendientes de un menor, sino que una persona de la familia asume las responsabilidades económicas actuando en virtud del principio de solidaridad, y las relaciones materiales, en principio, no nos encontraríamos frente a la figura de familia de crianza como se ha reconocido tradicionalmente en la jurisprudencia.

(...) la persona que asume como propias las obligaciones que corresponden a los padres de los menores de edad actúa según el principio de solidaridad, convirtiéndose en un co-padre de crianza por asunción solidaria de la paternidad del menor.

(...) se derivan las mismas consecuencias jurídicas para las familias conformadas por un co-padre de crianza por asunción solidaria de la paternidad, como para las biológicas y las legales, en lo referente a acceso a beneficios prestacionales.”

8.2.2. El derecho viviente es igualmente fiel reflejo de esta posición. En sentencias del 6 de mayo de 2002 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia[104] y del 6 de mayo de 2009 de la Sección Cuarta del Consejo de Estado[105] se reconoció el derecho de pensión de sobrevivientes en el marco de las familias de crianza, dejando así importante precedente sobre el reconocimiento de la igualdad material entre estas familias. En el fallo del Consejo de Estado se dijo:

“la Corte Constitucional ha señalado que la protección constitucional a la familia como núcleo fundamental de la sociedad, es susceptible de ser ampliada a cualquier familia no constituida formalmente, cuando ha existido trato, afecto y asistencia mutua similares a las que se predicen de cualquier familia formalmente constituida, como sucede en la familia de hecho, también denominada de crianza.

Así mismo, esta Corporación, al resolver un caso similar al planteado en la presente acción, señaló que la familia de crianza está constituida por una situación de hecho con la finalidad de formar o mantener los hijos por unas personas diferentes de los padres consanguíneos o biológicos, consolidándose como núcleo fundamental de la sociedad, voluntaria y responsablemente constituida. En consecuencia, siguiendo la jurisprudencia constitucional y administrativa, el amparo constitucional a la familia de hecho procede cuando se atentan o amenazan sus derechos fundamentales”.

Tratándose de la Corte Suprema, si bien venía sosteniendo que procedía la pensión de sobrevivientes en favor de los hijos de crianza, en el año 2007, bajo el argumento de la expedición de la Ley 797 de 2003 varió su jurisprudencia. En sentencia del 14 de agosto del 2007 la Sala de Casación Laboral[106] manifestó:

“Sin embargo, como bien lo apunta la oposición, el causante falleció el 26 de julio de 2003, fecha para la cual estaba vigente el artículo 13 y su parágrafo de la Ley 797 de tal anualidad, que modificó los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, respecto a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, determinando que a falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derechos, serán beneficiarios los padres del causante. A su vez, el parágrafo del indicado artículo determinó clara y taxativamente que: || “Para efectos de este artículo se requerirá que el vínculo entre el padre, el hijo o el hermano inválido sea el establecido en el Código Civil”.

Lo anterior indica frente a la indiscutible y contundente claridad del parágrafo reproducido que, cuando los hijos pretendan la pensión de sobrevivientes que percibían sus padres, o los padres aspiren a la misma renta por el fallecimiento de sus hijos, deberán acreditar que efectivamente tienen esa condición de padres o hijos conforme a lo establecido en el Código Civil, Estatuto que en ninguna de sus disposiciones consagra parentesco alguno con el hijo denominado de “crianza”.

8.2.3. En el entendido que la Ley 100 en el literal c) del artículo 47, modificado por la Ley 797 de 2003, determina las condiciones por las cuales los hijos acceden a la pensión de sobrevivientes o la sustitución pensional, es necesario verificar el cumplimiento de éstas en cada caso para poder proceder a otorgar el beneficio. Sin embargo, como quiera que el mencionado artículo habla de los hijos en el marco de la familia, tal expresión debe ser interpretada a la luz de los principios constitucionales, especialmente el de solidaridad y los criterios de igualdad por los que propende nuestro Estado Social de Derecho, tal y como se dijo en la mencionada sentencia T-074 de 2016:

“Adicionalmente, la naturaleza y finalidad de la prestación misma permite la creación de esta regla puesto que el objetivo de la pensión de sobrevivientes es amparar a los beneficiarios de un afiliado al Sistema de Seguridad Social en Pensiones al momento de su fallecimiento. Para así obtener una suma económica que les facilite suplir el auxilio material

con que les protegía antes de su muerte[107].

De esta manera, la expresión “hijos”, contenida en el literal b del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 debe entenderse en sentido amplio; es decir, incluye como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes los hijos naturales, adoptivos, de simple crianza y de crianza, por asunción solidaria de la paternidad.”

Tal interpretación, aun con la expedición de la Ley 797 de 2003, reconoce la finalidad de la pensión de sobrevivientes y la protección que esta busca brindar a quienes por derecho propio son beneficiarios del sistema de seguridad social en pensiones, teniendo por tanto el derecho a obtener la prestación material que requieren para su mantenimiento. Contrario a lo dicho por la Sala Laboral de la Corte Suprema en su sentencia de 2007, el parágrafo no goza de una indiscutible y contundente claridad que lleve a excluir a los hijos de crianza de ser beneficiarios de la pensión de sobrevivientes de sus padres, pues a tal conclusión se llega si el juzgador se queda únicamente en la literalidad de la norma e ignora los principios de solidaridad, igualdad y prevalencia del derecho sustancial, así como la eficacia de los derechos como uno de los fines esenciales del Estado.

Queda claro, entonces, que la figura de la pensión de sobrevivientes, o la sustitución pensional de ser el caso puede llegar a proceder en favor de los hijos de crianza en condiciones de igualdad a los hijos de las otras formas y tipologías de familia, siempre y cuando se den las condiciones para tal sustitución, así como algunos presupuestos que permitan entrever la existencia de una familia de crianza. Estos últimos deben ser analizados en cada caso concreto por parte del juez o las instituciones administradoras de pensiones, sin acudir a ninguna clase de taxatividad, ya que lo que primará al final serán las particularidades de cada caso. Lo anterior, con el fin de no vulnerar los derechos a la igualdad de que puede llegar a tener una familia de crianza, así como los derechos al mínimo vital, dignidad y seguridad social de sus miembros, que quedan en una situación de desamparo ante la muerte de quien garantizaba, a partir de sus aportes económicos y emocionales, el adecuado desarrollo del hogar.

9. Subreglas para la determinación de acceso a la pensión de sobrevivientes o sustitución pensional tratándose de una familia de crianza.

De lo anterior se desprende que las familias de crianza resultan válidas a la luz de la

Constitución, como una figura que surge principalmente en el marco de los principios de pluriculturalidad y solidaridad que enmarcan el actuar de los ciudadanos, cuya formación está ligada al cumplimiento de unos requisitos legales y concurrentes, que al darse les permiten acceder en condiciones de igualdad a todos los derechos, prestaciones y protecciones que el Estado colombiano brinda a las familias.

Para esta Sala de Revisión es importante resaltar algunos presupuestos mancomunados que se encuentran en las familias de crianza, con el fin de verificar el acceso a la seguridad social en pensiones tratándose de una de estas familias, atendiendo al análisis particular de cada caso:

(i) La solidaridad, que se evalúa en la causa que motivó al padre o madre de crianza a generar una cercanía con el hijo que deciden hacer parte del hogar y al cual brindan un apoyo emocional y material constante, y determinante para su adecuado desarrollo. Esta se encuentra justificada en los artículos 1 y 95 de la Constitución, la jurisprudencia de esta Corporación analizada en el punto 7.2. de esta sentencia y en el artículo 67 del Código de la Infancia y la Adolescencia.

(ii) Reemplazo de la figura paterna o materna (o ambas), por los denominados padres y madres de crianza, es decir, se sustituyen los vínculos consanguíneos o civiles por relaciones de facto. Podrá observarse si el padre de crianza tiene parentesco con el hijo, pero no será determinante en la evaluación de la existencia de la familia de crianza, ya que en la búsqueda de la prevalencia del derecho sustancial se privilegiará la crianza misma así provenga de un familiar. Lo anterior, en virtud de la realización de los derechos del niño como finalidad de las familias y los padres, tal y como se estipula en la Convención de los Derechos del Niño, la Constitución y otros instrumentos integrados al Bloque de Constitucionalidad, conforme lo ha estudiado la jurisprudencia de la Corte, resaltada en los acápites 7.3. y 7.4. de este fallo.

(iii) La dependencia económica, que se genera entre padres e hijos de crianza que hace que estos últimos no puedan tener un adecuado desarrollo y condiciones de vida digna sin la intervención de quienes asumen el rol de padres. Es el resultado de la asunción del deber de solidaridad, las normas legales y constitucionales que regulan la institución de la familia y las disposiciones que buscan garantizar ambientes adecuados para los menores, como el

Código de la Infancia y la Adolescencia, que generan el surgimiento de los demás deberes que acarrea la paternidad responsable.

(iv) Vínculos de afecto, respeto, comprensión y protección, que se pueden verificar con la afectación moral y emocional que llegan a sufrir los miembros de la familia de crianza en caso de ser separados, así como en la buena interacción familiar durante el día a día. Lo anterior porque, como lo han reconocido Tribunales Internacionales[108] y esta Corporación la “familia esta donde están los afectos”[109].

(v) Reconocimiento de la relación padre y/o madre, e hijo, que exista, al menos implícitamente, por parte de los integrantes de la familia y la cual debe ser observada con facilidad por los agentes externos al hogar, ya que como lo ha reconocido la Corte desde 1999[110], la familia es un concepto amplio que puede ir más allá de sus miembros consanguíneos y cuya intensidad, acogimiento y comprensión pueden observarse en otro tipo de relaciones.

(vi) Existencia de un término razonable de relación afectiva entre padres e hijos, que permita determinar la conformación de relaciones familiares. No se determina a partir de un término preciso, sino que debe evaluarse en cada caso concreto con plena observancia de los hechos que rodean el surgimiento de la familia de crianza y el mantenimiento de una relación estable por un tiempo adecuado para que se entiendan como una comunidad de vida. Esto, porque como lo ha establecido esta Corporación, es necesario que transcurra un lapso que forje los vínculos afectivos, tal y como se describe en el punto 7.5. de esta sentencia.

(vii) Afectación del principio de igualdad, que configura idénticas consecuencias legales para las familias de crianza, como para las biológicas y jurídicas, en cuanto a obligaciones y derechos y, por tanto, el correlativo surgimiento de la protección constitucional. En la medida en que los padres de crianza muestren a través de sus actos un comportamiento tendiente a cumplir con sus obligaciones y deberes en procura de la protección y buen desarrollo de los hijos, se tendrá claro que actúan en condiciones similares a las demás familias, por lo que serán beneficiarias de iguales derechos y prestaciones, en virtud de la Constitución Nacional, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y diversos pronunciamientos en sede de constitucionalidad, como la

sentencia C-577 de 2011[111].

Los presupuestos anteriormente expuestos, como se indicó, deben verse en cada caso, y pueden ser más amplios o restringidos conforme cada situación o familia. Por ejemplo, el último de ellos, referido a la igualdad solo se podría analizar en aquellos casos en los que se encuentre a una familia que ha sido discriminada o tratada en forma desigual por ser una unión de facto.

Teniendo en cuenta estas consideraciones generales procede la Sala a estudiar los presentes asuntos.

10. Caso concreto.

10.1. El joven Edison Alberto Cuervo Forero presentó acción de tutela en nombre propio y como agente oficioso de su hermana menor Jessica Valentina Cuervo Forero, al considerar vulnerados los derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y a la vida digna por Colpensiones al haberles negado el reconocimiento y pago de la sustitución pensional, de la que considera son beneficiarios de su abuelo paterno José Manuel Cuervo.

Colpensiones se abstuvo de dar respuesta en sede de instancia. Sin embargo, en grado de revisión se manifestó enviando copia de las resoluciones de negación de la sustitución pensional, así como sus apreciaciones sobre el caso en concreto y los aspectos de fondo del mismo, en la forma como se describió en los antecedentes del presente fallo.

10.2. En lo que se refiere a la agencia oficiosa de Edison Alberto Cuervo Forero a favor de su hermana, se verifica el cumplimiento de los requisitos a través de diferentes actuaciones que reposan en el expediente.

En primer lugar, la pretensión solicitada por el accionante a favor de su hermana, que acompañó los documentos de esta última[112] en pro de obtener el reconocimiento de la sustitución pensional no solo para sí mismo, sino para ella. Tal y como relata en la acción presentada el demandante esta especialmente interesado por su hermana quien se ha visto obligada a retirarse del colegio y a recurrir a la “caridad” para obtener lo necesario para su sustento diario y un vestuario[113].

En segundo lugar, la anuencia de la madre de los accionantes, representante legal de la menor, frente a la agencia oficiosa que realiza su hijo. Dicha anuencia, se ha verificado en el envío de la documentación que le fue requerida por esta Corporación[114], así como para recibir la visita social que fue solicitada en sede de revisión al ICBF[115], con el fin de esclarecer hechos y verificar la supuesta vulneración del derecho.

Finalmente, debe resaltarse que en tratándose de una agencia oficiosa a favor de un menor se disminuye el rigor con que deben ser examinados los requisitos de esta figura, dando prevalencia a la especial protección que brinda el artículo 44 de la Carta Política. En ese sentido, no es necesaria una manifestación expresa de anuencia de la menor o su representante, ya que de las actuaciones de ambas se desprende el acuerdo tácito con el ejercicio de la acción.

10.3. Analizada la procedibilidad del caso se puede concluir que aunque en principio la acción de tutela resulta improcedente para el reclamo de prestaciones económicas en materia de seguridad social, en el caso puntual se cumplen los presupuestos excepcionales de procedencia en la medida en que se está frente a una situación de relevancia constitucional como es el acceso a la pensión de sobrevivientes que involucra una menor de edad[116].

Como se estableció en la parte considerativa de esta decisión, la Corte ha manifestado que en tratándose de sujetos de especial protección los requisitos de procedibilidad disminuyen su rigor y se privilegia la necesidad de proteger a quien se considera está en una situación que amerita el pronunciamiento del juez constitucional.

10.3.1. En lo que refiere al requisito de inmediatez, para la Corte es claro que se cumple con este presupuesto, toda vez que la acción de tutela fue presentada el día 18 de diciembre de 2015, esto fue, 5 meses después de la expedición de la resolución del 3 de julio de 2015 de Colpensiones, en la que se reafirmaría la negativa a la sustitución pensional en favor de los accionantes, que ya habían tenido el mismo resultado en resolución del 25 de septiembre de 2014. En tal sentido, entre la expedición de la segunda resolución y la presentación de la acción de tutela aconteció un término que se considera razonable.

Igualmente, es importante destacar que a los accionantes no se les ha concedido la sustitución pensional a la fecha. Por lo anterior, las situaciones alegadas por estos en su

acción continúan vigentes, tal y como fue verificado por el informe de la visita de trabajo social que hizo el ICBF, y las conclusiones que se desprendieron de esta[117], que resalta que “solo se reporta como afectación, la situación económica del grupo familiar evaluado, lo cual se ha dado, luego del fallecimiento del señor JOSE MANUEL CUERVO”[118].

10.3.2. Ahora bien, ante estas dificultades los hermanos Cuervo Forero acudieron por intermedio de su madre a Colpensiones, con el fin de obtener la sustitución pensional de su abuelo. Tal situación se verifica en las solicitudes que fueron respondidas por la mencionada entidad en Resoluciones GNR 335263 del 25 de septiembre de 2014[119] y GNR 198482[120] del 3 de julio de 2015 por medio de las cuales se negó la sustitución pensional en favor de los nietos del Señor Cuervo, así como en la Resolución GNR 33497[121] por la cual se negó también tal reconocimiento a la madre de los accionantes. Demostrando lo anterior que los demandantes una vez negada la sustitución pensional reclamaron en varias oportunidades, a través de mecanismos administrativos, la garantía de su derecho.

Asimismo, se observa que el accionante Edison Alberto Cuervo Forero alega la vulneración de los derechos al mínimo vital, el ejercicio de una vida digna y la seguridad social, vislumbrando la necesidad de protegerlo ante un perjuicio grave como el que se le está ocasionando. Del informe hecho por el ICBF[122], así como de lo relatado en los hechos de la acción[123] y lo afirmado por la madre en sede de revisión[124], se desprende que efectivamente los derechos del demandante se están viendo afectados al no contar con los recursos necesarios para solventar una vida en condiciones adecuadas, obligándolo a trabajar de forma informal y haciéndole imposible continuar con sus estudios superiores, que ayudaba a solventar su abuelo, generando así una imposibilidad de acceso al derecho a la educación.

Igualmente, de las pruebas allegadas a esta sede y de aquellas aportadas en la acción presentada se concluye que la menor Jessica Valentina Cuervo Forero se ha visto afectada en sus derechos. Como se desprende del informe del ICBF por la situación económica que afrontan desde la muerte del Señor Cuervo la menor se vio obligada a cambiar de colegio y ha sido testigo de las dificultades financieras que enfrenta su hogar, lo cual le ha generado una afectación emocional.

Estas condiciones relatadas por los accionantes y resaltadas en material probatorio del presente proceso permiten observar los efectos inmediatos que se generaron por el no ingreso de recursos económicos al hogar de los Cuervo Forero, entre los que vale la pena destacar el abandono de sus estudios superiores por parte de Edison Alberto, el cambio de colegio de Jessica Valentina y las necesidades de tipo básico en vestimenta, servicios públicos y vivienda. En tal medida, la acción de tutela cobra especial importancia como un mecanismo eficaz que puede conllevar oportunamente a una solución idónea a la problemática descrita y que se verifica como procedente en presente caso.

10.4. Ingresando al asunto bajo estudio debe la Corte examinar si se cumplen los presupuestos para la determinación de acceso a la pensión de sobrevivientes o sustitución pensional tratándose de una familia de crianza, que fueron señalados en el acápite nueve de la parte considerativa del presente fallo y que obedecen a las bases dogmáticas sentadas en los acápites 6, 7 y 8. A saber:

(i) La solidaridad:

En este punto, se puede observar por las pruebas, que el abuelo de los accionantes, el Señor Cuervo, manifestó en vida a través de sus actos la intención de asumir el rol de padre, y brindó todo el apoyo económico y emocional que le fue posible a sus nietos[125], desde que nacieron hasta el momento de su muerte, tal y como se desprende de las pruebas y documentos obrantes del proceso[126], donde se resalta que el causante vivió con ellos a partir del año 1997.

En declaración extra juicio del 10 de mayo de 2011 el Señor Cuervo manifestó que sus nietos dependían económicamente de su sostenimiento, Él solventaba en su momento todos sus gastos y convivían bajo el mismo techo en ese entonces[127]. También, manifiesta que tal decisión ha surgido por la muerte de su hijo, padre de los accionantes, y a que su nuera se dedica a cuidarlo y, por tanto, no cuenta con un empleo permanente. Asimismo, del informe de la visita social del ICBF se desprende la relación emocional que se había forjado entre el Señor Cuervo, Edison y Jessica, la cual será analizada en el numeral tres (iii).

De las anteriores pruebas se observa que el Señor Cuervo de forma solidaria asumió la responsabilidad de sus nietos, a causa de la muerte del padre de estos, y que mientras que

estuvo vivo no dudó en brindar todo el apoyo emocional y material que estos le requirieron.

(ii) Reemplazo de la figura paterna o materna (o ambas):

Como consta en el expediente, el padre de los accionantes falleció en estado de invalidez[128], que había venido creciendo con los años a causa de la enfermedad degenerativa que le produjo la muerte y que le había imposibilitado para brindar un apoyo económico en su hogar y continuar trabajando, por lo que al fallecer no se pudo obtener la sustitución pensional de este. Ante tal situación, desde mucho antes de la muerte del padre consanguíneo, el señor José Manuel Cuervo, abuelo de los accionantes, había asumido una serie de obligaciones económicas en favor de los menores, convivía con ellos y se encargaba de su cuidado y apoyo. Al punto que en la Nueva EPS, institución que prestaba los servicios de salud a la familia Cuervo, tenía reconocidos a Jessica Valentina y Edison Alberto como beneficiarios de su abuelo, José Manuel Cuervo[129], según pudo apreciarse del acervo probatorio.

En este caso, existe un factor de consanguinidad que debe ser analizado, debido a que el señor Cuervo es abuelo de los accionantes. Sin embargo, debe recordarse que las familias de crianza surgen ante una situación fáctica que escapa a formalismos rigurosos, donde se privilegia la intención solidaria de un sujeto por asumir como propios hijos ajenos, con todas las obligaciones que dicha decisión acarrea. Sin perjuicio de que los demandantes sean nietos y esta situación se pueda encuadrar como una simple colaboración familiar, se debe destacar como lo hacen la Defensoría y Procuraduría que el señor Cuervo fue mucho más allá de esto y brindó todo su haber y dedicación al buen desarrollo de sus nietos, tal y como lo haría un buen padre de familia.

(iii) La dependencia económica:

Debe anotarse que son recurrentes las afirmaciones por parte de los hermanos Cuervo Forero en las que manifiestan que su calidad de vida se ha visto disminuida desde la muerte de su abuelo. Asimismo, el mismo causante, en vida, afirmó que suplía la labor de padre en este aspecto y que solventaba los gastos de sus nietos en remplazo del padre[130]. En declaración extra juicio del 16 de mayo de 2014, resaltada por la Procuradora Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia, se destaca que

el causante reconocía que:

“Mis nietos EDISON ALBERTO CUERVO FORERO y JESSICA VALENTINA CUERVO FORERO, quienes tienen trece (13) y ocho (8) años de edad respectivamente, dependen económicamente de mi sostenimiento, solvento todos sus gastos y convivimos bajo el mismo techo. Su padre, (Mi hijo) CARLOS MANUEL CUERVO LINARES (q.e.p.d.), es persona fallecida, desde hace más de un año, y la madre de mis nietos, la señora BIVIANA FORERO HURTADO, no trabaja en ninguna empresa, ni de manera independiente, no recibe ninguna clase de ingreso, es la persona, que esta pendiente de mi cuidado, por tanto ella y mis nietos, dependen económicamente de mí”[131].

Igualmente, se resalta en el informe del ICBF que en la visita psicosocial hecha se manifestó por la menor que la muerte de su abuelo “ha significado grandes cambios en su vida, uno de ellos es que debido a la ausencia del aporte económico que realizaba su abuelo, debió cambiarse de un colegio privado a uno distrital, lo cual comenta que ha sido una difícil transición; asimismo indica que otra situación que ha acarreado el no contar con la contribución económica de su abuelo, es que su Madre se ve en la obligación de pedirle dinero prestado a sus tías y esto a ella no le gusta”[132]. Dicha situación de dependencia también se deduce de los hechos de la acción de tutela, en la cual manifiesta Edison Cuervo:

“Señores Magistrados lo más duro y difícil es pasar una navidad sin tener un sustento diario, un vestuario y lo más difícil es recurrir a la caridad, y mucho más perder mi Semestre que con tanto sacrificio estudie (...) Le adeudo a la universidad autónoma la suma de (\$1.600.000°°) y no tengo a quien recurrir y así poder seguir estudiando y ayudar a mi hermanita”[133]. De lo anterior, se desprende que los accionantes dependían económicamente de su abuelo y que la muerte de este les ha generado afectaciones que se pueden percibir en este punto en particular.

(iv) Vínculos de afecto, respeto, comprensión y protección:

Tal elemento, se presenta por las relaciones de familia que se habían venido forjando en el marco de la vida compartida entre el señor Cuervo y sus nietos, bajo las cuales este último vivió con ellos desde el nacimiento de cada uno, remplazó a su padre ante la muerte prematura de este último y asumió la dirección del hogar. El vínculo emocional forjado entre

estos tres fue tan fuerte que es evidente la afectación emocional que se desprende de los accionantes después de la muerte de su abuelo.

José Manuel Cuervo brindó a sus nietos un hogar y una crianza que se sustentaron en el cariño mutuo y en comprensión entre ellos. Es así como el ICBF fue claro al concluir que en el hogar de la familia Cuervo se encuentran pruebas de respeto y afecto, que se reflejan en que “no se reporta antecedentes que hayan requerido de atención especializada, la relación entre el grupo familiar es tranquila, no acuden a ningún maltrato físico, psicológico y verbal”[134].

Asimismo, la decisión del Señor Cuervo fue desinteresada, se dio a partir de la voluntad libre de dar un hogar adecuado y estable a sus nietos y no le generó ninguna ganancia diferente al cariño de estos y su nuera, que se evidenció en el cuidado que le brindaron durante su enfermedad, tal y como se aprecia en lo afirmado por la Señora Biviana Forero en documento enviado al presente proceso en el que afirma que estuvieron pendientes de “sus citas médicas, cuidarlo en sus hospitalizaciones, comprarle el oxígeno, terapias y quimioterapias”[135].

Adicionalmente, los vínculos de protección se reflejaron en las acciones de tipo material llevadas por el causante en favor de sus nietos, con las cuales busco brindar las condiciones necesarias para que estos tuviesen un adecuado desarrollo. Al punto, que en el mencionado informe se tiene que desde la muerte del Señor Cuervo han sentido que su hogar se ha visto afectado, tienen motivos de preocupación y tristeza, y además ven con dificultad el buen desarrollo de su vida en un futuro[136], denotando los efectos del rompimiento de tal vínculo a causa de la muerte del abuelo de los accionantes.

(v) Reconocimiento de la relación padre y/o madre, e hijo:

No solo se observa el vínculo emocional y económico, sino que los accionantes veían en el Señor Cuervo a un padre que les brindaba todo tipo de apoyo y a quien se sentían en la obligación de responderle.

A tal punto que veían con importancia el cuidado del señor Cuervo en sus últimos años, ante la enfermedad que pasó antes de su muerte[137], siendo reiterado que la madre de los accionantes dejó de trabajar en diversas oportunidades por atender las necesidades del

señor Cuervo[138]. Tales reconocimientos pueden ser también reforzados con las anotadas declaraciones notariales en vida del Señor Cuervo[139], así como por las certificaciones de afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud[140].

En estas últimas la Nueva EPS certifica que Jessica Valentina Cuervo Forero y Edison Cuervo Forero son beneficiarios de José Manuel Cuervo, de acuerdo con lo establecido en las normas vigentes del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

(vi) Existencia de un término razonable de relación afectiva entre padres e hijos:

La mayoría de pruebas establecen que el señor Cuervo vivió con sus nietos a lo largo de toda la vida de estos, que está integrado al hogar de los Cuervo Forero desde 1993[141], como lo narra su nuera en documento enviado a esta Corporación, y que estuvo presente cuando nació Edison en 1997[142], así como cuando nació Jessica en 2003[143]. Los dos accionantes hacen también tal manifestación en el escrito de los hechos de la acción de tutela presentada y en lo dicho a la trabajadora social y la psicóloga enviada por el ICBF[144], a quien le manifiestan haber vivido toda su vida con su abuelo.

A partir de la muerte de su hijo, Carlos Manuel Cuervo Linares, en 2010[145] su rol se vuelve aún más fundamental como padre del hogar, sin perjuicio de que hubiese tenido manifestaciones de paternidad de forma previa, por la enfermedad degenerativa[146] que sufrió su hijo, el padre de sus nietos.

(vii) Afectación del principio de igualdad:

Se observa el cumplimiento de este requisito en los comportamientos en vida del señor Cuervo, quien asumió como propias las obligaciones de padre y generó una serie de comportamientos constantes que permitieron a los menores desarrollarse en condiciones dignas, teniendo acceso a educación, alimentación, vivienda y todo tipo de elementos que configuran condiciones apropiadas para el buen crecimiento de los niños, sin embargo, les fue negada por Colpensiones a los accionantes el derecho a la sustitución pensional, como se observa en Resoluciones GNR 335263 del 25 de septiembre de 2014[147] y GNR 198482[148] del 3 de julio de 2015.

Dicha negativa, generó una inmediata discriminación, debido a que la prestación indicada

surge como un mecanismo de mantenimiento de la familia ante la muerte del causante responsable de ellos, mecanismo de protección que fue negado a esta familia en particular.

El ICBF acierta, en las conclusiones de su visita psicosocial, al afirmar que la familia Cuervo Forero es de tipo monoparental[149] en el momento en que se realiza la visita el 27 de junio de 2016, pero destaca las afectaciones que hoy sufre el hogar en razón de la muerte del señor Cuervo, abuelo de los accionantes, haciendo ver que antes del fallecimiento de este se trataba de una familia con dos padres, igual de comprometidos con el buen desarrollo del hogar.

Por lo anterior, se puede concluir que Jessica Valentina Cuervo Forero y Edison Alberto Cuervo Forero cumplen con las características propias, previamente desarrolladas, para ser considerados como hijos de crianza de José Manuel Cuervo, con quien constituyeron un vínculo que trascendió de la mera cooperación económica y se hizo verificable en términos emocionales y de afecto. Por tal motivo, son sujetos de derecho de todos los beneficios que en materia de seguridad social se desprenden de la muerte del señor Cuervo, al ostentar la calidad de hijos.

10.5. Ahora bien, dado el déficit de protección advertido, los hijos de crianza deben contar con el reconocimiento de sus derechos prestacionales, íntimamente ligados al mínimo vital, la dignidad humana y la seguridad social. En el entendido que el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 establece los requisitos para ser beneficiario de la mencionada prestación, entre los cuales se encuentra ser hijo menor, o mayor de 18 años pero imposibilitado para trabajar por razón de sus estudios, se procederá a establecer que la determinación de hijos, de dicha norma, debe entenderse de forma amplia para el presente caso, ignorando el párrafo del mencionado artículo, yendo más allá de los parentescos que establece el Código Civil, de acuerdo con lo manifestado en el punto cinco de la parte considerativa.

Para el presente caso, se debe suplir un déficit de protección, con el fin de solucionar esta situación de desprotección analizada por esta Corporación y el Consejo de Estado. En el caso puntual, para corregir el déficit de protección de los hijos de crianza en materia de pensión de sobrevivientes, es claro que se puede, por parte de la Corte, definir el alcance de la legislación vigente para este caso puntual, haciendo primar el derecho sustancial y los

finés del Estado, y estableciendo una solución compatible con la Constitución y las normas que se integran a ella.

Esta Corporación debe buscar una mejor garantía en el ejercicio de los derechos y no puede condicionarse a la decisión de otros órganos; de manera

que logre una garantía efectiva e inmediata y logre resolver la situación particular.

10.6. De acuerdo con las pruebas allegadas, la Sala observa que la entidad demandada transgredió los derechos aquí incoados, por cuanto el accionante y su hermana menor cumplían con los requisitos establecidos por la ley para ser beneficiarios de la sustitución pensional de su padre de crianza. La Corte ha señalado que se vulnera la unidad familiar cuando se desconocen las relaciones que surgen entre padres e hijos de crianza, dado que la Constitución Política proscribte toda clase de discriminación derivada de la clase de vínculo que da origen a la familia. Igualmente, cuando no se reconoce el acceso a la pensión de sobrevivientes, en casos de menores e hijos dependientes, se desconocen los derechos a la dignidad y el mínimo vital.

Se tiene que el accionante mayor de edad y en proceso de estudios superiores y su hermana menor son hijos de crianza del causante, el señor José Manuel Cuervo, por lo que cuentan con la calidad de beneficiarios de este último. Igualmente, la visita del ICBF y los documentos allegados, demuestran que Jessica Valentina es menor de edad y que Edison Alberto se encuentra en proceso de continuar con sus estudios superiores, así como la dependencia económica en vida de estos, requisitos necesarios para tener derecho a la prestación. Así que, conforme con lo anterior y las pruebas aportadas en el expediente, la Sala evidencia que los accionantes cumplen con los criterios para obtener la sustitución pensional del causante José Manuel Cuervo.

10.7. La Sala revocará la sentencia proferida el 1º de febrero de 2016 por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Bogotá, y en su remplazo ordenará a la entidad demandada, Colpensiones, reconocer en el término de cuarenta y ocho (48) horas la sustitución pensional del Señor José Manuel Cuervo en favor de Jessica Valentina Cuervo Forero y Edison Alberto Cuervo Forero.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE:

Segundo.- REVOCAR la sentencia proferida el 1º de febrero de 2016 por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Bogotá. En su lugar, CONCEDER la protección de los derechos fundamentales a la igualdad, seguridad social, vida digna y mínimo vital de Edison Alberto Cuervo Forero y Jessica Valentina Cuervo Forero.

Tercero.- ORDENAR a Colpensiones que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente sentencia, si aún no lo ha hecho, expida la resolución que reconozca la sustitución pensional de José Manuel Cuervo a favor de Edison Alberto Cuervo Forero y Jessica Valentina Cuervo Forero.

Cuarto.- LÍBRENSE por la Secretaría General de esta Corporación las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991 para los efectos allí contemplados.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

AQUILES IGNACIO ARRIETA GÓMEZ

Magistrado

Con aclaración de voto

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Los hechos que expresa el accionante en su tutela serán complementados conforme a la documentación posterior que reposa en el expediente.

[2] Folio 27, Cuaderno Original.

[4] Folio 80, Cuaderno 2.

[5] Folio 85, Cuaderno 2.

[6] En Folios 39 al 48 del Cuaderno 2 se pueden observar las diferentes resoluciones expedidas por el Instituto de Seguros Sociales y Colpensiones resolviendo las solicitudes relativas a la pensión de sobrevivientes del Señor Carlo Manuel Cuervo Linares.

[7] Folio 230 del Cuaderno 2.

[8] En Folios 49 al 61 del Cuaderno 2 se pueden observar las diferentes resoluciones expedidas por Colpensiones resolviendo las solicitudes relativas a la pensión de sobrevivientes del Señor José Manuel Cuervo.

[9] La Resolución expedida por Colpensiones señala: “Artículo. 47.- Modificado por el art. 13, Ley 797 de 2003 Beneficiarios de la pensión de sobrevivientes. Reglamentado parcialmente por el Decreto Nacional 1889 de 1994. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte, y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;

b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de

edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).

Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá al cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente;

c) Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes y cumplan con el mínimo de condiciones académicas que establezca el Gobierno; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, esto es, que no tienen ingresos adicionales, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuándo hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993;

d) A falta del cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de éste;

e) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, padres e hijos con derecho, serán beneficiarios los hermanos inválidos del causante si dependían económicamente de éste.

Parágrafo. Para efectos de este artículo se requerirá que el vínculo entre el padre, el hijo o el hermano inválido sea el establecido en el Código Civil”.

[10] Folios 28 al 36 del Cuaderno 2.

[11] Folios 37 al 61 del Cuaderno 2.

[12] Folios 62 al 71 del Cuaderno 2.

[13] Sentencia C-105 de 1994.

[14] Sentencias C-336 de 2014, C-111 de 2006, C-451 de 2005, C-1094 de 2003 C-107 de 2002 y C-408 de 1994.

[15] Folios 72 al 74 del Cuaderno 2.

[16] Folios 93 al 96 del Cuaderno 2.

[17] Folios 77 al 92 del Cuaderno 2.

[18] Folios 98 al 117 del Cuaderno 2.

[19] Folio 99 del Cuaderno 2.

[20] Sentencias T-606 de 2013, C-271 de 2003 y T-217 de 1994.

[21] Sentencia T-292 de 1994.

[22] Folio 100 del Cuaderno 2.

[23] Folio 102 del Cuaderno 2.

[24] Folio 158 del Cuaderno 2.

[25] Folio 176 (Reverso) del Cuaderno 2.

[26] Folio 185 (Reverso) del Cuaderno 2.

[27] Folio 192 (Reverso) del Cuaderno 2.

[28] Folio 193 (Reverso) del Cuaderno 2.

[29] Folio 194 del Cuaderno 2.

[30] Folio 197 – 198 del Cuaderno 2.

[31] Folio 201 – 202 del Cuaderno 2.

[32] La Corte reseña algunas consideraciones de la sentencia T-805 de 2012, emitida por la Sala Quinta de Revisión.

[33] Sentencia T-659 de 2011. Ver, entre otras, las sentencias T-813 de 2013, T-326 de 2013, T-093 de 2013, T-276 de 2010, T-197 de 2010 y T-109 de 2010.

[34] Sentencia T-659 de 2011.

[35] Sentencia C-1035 de 2008.

[37] Sentencias T-093 de 2013 y T-006 de 2010.

[38] Sentencia T-792 de 2009.

[39] Sentencias T-084 de 2011, T-835 de 2005, T-407 de 2002, T-143 de 1999 y T-408 de 1995

[40] Sentencias T-972 de 2012, T-507 de 2007, T-026 de 2007, T-359 de 2004, T-1007 de 2001 y T-761 de 2001.

[41] La Corte reseña algunas consideraciones de la sentencia T-311 de 2015, emitida por esta Sala de Revisión.

[42] Sentencia T-776 de 2009.

[43] Sentencia T-618 de 2013. También, ver Sentencias T-140 de 2013, T-124 de 2012 y T-014 de 2012.

[44] “Por la cual se establece el seguro social obligatorio y se crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales”.

[45] “Por la cual se reforma la ley 77 de 1959 y se dictan otras disposiciones sobre pensiones”.

[46] “Por el cual se reglamenta la ley 171 de 1961”.

[47] “Por el cual se aprueba el reglamento general del seguro social obligatorio de invalidez, vejez y muerte”.

[48] “Por la cual se aclara el artículo 12 de la Ley 171 de 1961, y el 5 de la Ley 4a. de 1966, y se dictan otras disposiciones”.

[49] “Por el cual se reorganiza el Instituto Colombiano de Seguros Sociales”.

[50] “Artículo 15. Fallecido un trabajador particular jubilado o con derecho a jubilación, su cónyuge, y sus hijos menores o incapacitados para trabajar por razón de sus estudios o por invalidez, que dependieren económicamente de él, tendrán derecho a recibir entre todos, según las reglas del artículo 275 del Código Sustantivo del Trabajo y disposiciones que lo modificaron y aclararon las respectivas pensiones durante cinco (5) años subsiguientes.

PARÁGRAFO. Al cónyuge, a los hijos menores o incapacitados para trabajar por razón de sus estudios o por invalidez, que se encuentren en la actualidad disfrutando o tienen derecho a disfrutar de los dos (2) años de sustitución de la pensión, les queda prorrogado tal derecho hasta completar los cinco (5) años señalados en este artículo”.

[51] “Artículo 10. Fallecido un trabajador particular jubilado o con derecho a jubilación, su cónyuge, y sus hijos menores o incapacitados para trabajar por razón de sus estudios o por invalidez, que dependieren económicamente de él, tendrán derecho a recibir entre todos, según las reglas del artículo 275 del Código Sustantivo del Trabajo y disposiciones que lo modificaron y aclararon las respectivas pensiones durante cinco (5) años subsiguientes.

PARÁGRAFO. Al cónyuge, a los hijos menores o incapacitados para trabajar por razón de sus estudios o por invalidez, que se encuentren en la actualidad disfrutando o tienen derecho a disfrutar de los dos (2) años de sustitución de la pensión, les queda prorrogado tal derecho hasta completar los cinco (5) años señalados en este artículo”.

[52] “Artículo 1o. Fallecido un particular pensionado o con derecho a pensión de jubilación,

invalidación o vejez, o un empleado o trabajador del sector público, sea este oficial o semioficial con el mismo derecho, su viuda podrá reclamar la respectiva pensión en forma vitalicia.

Parágrafo 1o. Los hijos menores del causante incapacitados para trabajar por razón de estudios o por invalidez, que dependieren económicamente de él, tendrán derecho a recibir en concurrencia con la cónyuge supérstite, la respectiva pensión hasta cumplir la mayoría de edad, o al caso se aplicaran las reglas contempladas en el artículo 275 del Código Sustantivo del Trabajo y en las disposiciones que lo modificaron y aclararon.

Si concurrieren cónyuges e hijos la mesada pensional se pagara, el 50% al cónyuge y el resto para los hijos por partes iguales.

La cuota parte de la pensión de devenguen los beneficiarios acrecerá a la que perciben las demás cuando falte alguno de ellos o cuando el cónyuge contraiga nuevas nupcias o haga vida marital.

Parágrafo 2o. A las viudas que se encuentren en la actualidad disfrutando, obtengan derecho causado a disfrutar de los cinco (5) años de sustitución de la pensión, les queda prorrogado su derecho dentro de los términos de esta Ley”.

[53] Sentencias C-408 de 1994, C-107 de 2002, C-967 de 2003, C-1094 de 2003, C-451 de 2005, C-111 de 2006 y C-577 de 2011.

[55] Algunos de estos se observan en las sentencias C-683 de 2015, T-478 de 2015, C-871 de 2014, T-876 de 2013, C-1053 de 2012 y T-777 de 2009.

[56] Sentencia C-753 de 2013.

[57] Sentencia C-132 de 2016.

[58] Sentencia T-074 de 2016

[59] Sentencia T-606 de 2013.

[60] Sentencia C-193 de 2016.

[61] Ibidem.

[62] Ratificado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968.

[63] Sentencia T-292 de 2004.

[64] Sentencias C-577 de 2011 y C-271 de 2003.

[65] Sentencia T-523 de 1992

[66] Sentencia T-070 de 2015.

[67] Sentencia T-572 de 2009.

[68] Ibídem.

[69] Sentencia T-580A de 2011.

[70] Sentencia C-074 de 2016.

[71] Sentencia T-587 de 1998

[72] Sentencia T-572 de 2009.

[73] Ibídem

[74] Sentencia T-199 de 1996.

[75] Sentencia T-572 de 2009.

[76] Sentencia T-074 de 2016.

[77] Subcomisión preparatoria 0405 Informe final. En: Presidencia de la República. "Propuestas de las Comisiones Preparatorias". Bogotá, Colombia. Enero de 1991 pp. 370,371.

[78] Sentencia C-577 de 2011.

[79] Ibídem.

[80] Una pareja de facto es aquella que se da por un periodo de tiempo corto, o que no constituye escenarios de convivencia, así como tampoco ninguna clase de vínculo jurídico que los una.

[81] Reconocidos, consanguíneos y adoptivos, en los vínculos que describe el Código Civil.

[82] Sentencia T-233 de 2015.

[83] Sentencia C-577 de 2011.

[84] Sentencia T-070 de 2015.

[85] Sentencia C-459 de 2004.

[86] Sentencia T-292 de 2004.

[87] Sentencia T-580A de 2011.

[88] Sentencia T-074 de 2016.

[89] Sentencia T-070 de 2015.

[90] Sentencia T-606 de 2013.

[91] Sentencia T-497 de 2005.

[92] Caso No. 24/1995/530/616, Caso No. 5/1986/103/151 y Caso No. 3/1986/101/149 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

[93] Sentencia T-074 de 2016.

[94] Sentencias T-292 de 2004, T-497 de 2005, T-893 de 2000 y T-587 de 1998.

[95] *Ibídem*.

[96] Sentencia T-233 de 2015.

[97] Sentencia T-606 de 2013.

[98] Sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado de fechas 26 de septiembre de 2013, 11 de julio de 2013, 19 de noviembre de 2012, 30 de enero de 2012, 9 de mayo de 2011, 7 de abril de 2011, 28 de enero de 2009 y 26 de marzo de 2008.

[99] Sentencia del 28 de marzo de 2008 de la Sección Tercera del Consejo de Estado Exp. N° 41001-23-31-000-1991-05930-01

[100] Sentencia T-586 de 1999. Reafirmado en sentencias T-074 de 2016, T-1199 de 2011 y T-1502 de 2000.

[102] Sentencia T-606 de 2013.

[103] Sentencia T-497 de 2005.

[104] Sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia Exp N° 228173.

[105] Sentencia del 28 de marzo de 2008 de la Sección Cuarta del Consejo de Estado Exp. N° 05001-23-31-000-2009-00197-01.

[106] Sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia Exp N° 204249.

[107] Ver Sentencia T-203 de 2013.

[108] Caso No. 24/1995/530/616, Caso No. 5/1986/103/151 y Caso No. 3/1986/101/149 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

[109] Sentencia C-811 de 2007 y T-497 de 2005.

[110] Sentencia T-049 de 1999.

[111] Ver punto 6.3. de esta providencia.

[112] Copia del Registro Civil de Nacimiento (Folio 6 del Cuaderno Original), Copia de la Tarjeta de Identidad (Folio 15 del Cuaderno Original) y Copia del Certificado de Estudios

(Folio 22 del Cuaderno Original).

[113] Folio 34 del Cuaderno Original.

[114] Folios 230-241 del Cuaderno 2.

[115] Auto del 17 de junio de 2016.

[116] Tal y como se desprende de la copia del Registro Civil de Nacimiento de Jessica Valentina Cuervo Forero (Folio 6 del Cuaderno Original), la copia de su Tarjeta de Identidad y el informe psicosocial presentado por la Zonal de Engativá del ICBF (Folios 104 al 111 del Cuaderno 2).

[117] Folios 79-86 del Cuaderno 2.

[118] Folio 86 del Cuaderno 2.

[119] Folios 2-3 del Cuaderno Original.

[120] Folios 60-61 del Cuaderno 2.

[121] Folios 57-59 del Cuaderno 2.

[122] Folios 104-111 del Cuaderno 2.

[123] Folios 33-35 del Cuaderno Original.

[124] Folios 230-231 del Cuaderno 2.

[125] Manifestación en dos declaraciones extra juicio en notaria. Folios 12 y 13 del Cuaderno Original.

[126] Informe del ICBF (Folios 79 al 86 del Cuaderno 2), hechos de la acción (Folios 33 al 35 del Cuaderno Original) y relato de la madre de los accionantes (Folios 230-231 del Cuaderno 2).

[127] Folio 12 del Cuaderno Original.

[129] Folios 10-11 del Cuaderno Original.

[130] Folios 12 y 13 del Cuaderno Original.

[131] Folio 12 del Cuaderno Original.

[132] Folio 104 (Reverso) del Cuaderno 2.

[133] Folio 34 del Cuaderno Original.

[134] Folio 111 del Cuaderno 2.

[135] Folio 230 del Cuaderno 2.

[136] Folio 79 (Reverso) del Cuaderno 2.

[137] Folios 23-26 del Cuaderno Original.

[138] Folio 231 del Cuaderno 2.

[139] Folios 11-12 del Cuaderno Original.

[140] Folio 10 del Cuaderno Original.

[141] Folio 230 del Cuaderno 2.

[142] Folio 5 del Cuaderno Original.

[143] Folio 6 del Cuaderno Original.

[144] Folio 104 (Reverso) del Cuaderno 2.

[145] Folio 4 del Cuaderno Original.

[146] Esclerosis diagnosticada desde 2008, como consta en folios 16-18 del Cuaderno Original.

[147] Folios 2-3 del Cuadernos Original.

[148] Folios 60-61 del Cuaderno 2.

[149] Folio 111 del Cuaderno 2.