

**LA FAMILIA DE CRIANZA DESDE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA** | *THE AFFECTIVE FAMILY FROM THE COLOMBIAN CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE*

JUAN SEBASTIÁN ALEJANDRO PERILLA GRANADOS

**RESUMEN** | La familia de crianza es una institución jurídica que en el sistema jurídico colombiano se adscribe a la iusteoría del antiformalismo. Esto se justifica al considerar que la Constitución Política colombiana de 1991 establece un marco regulatorio en torno a la definición de familia, en el cual la jurisprudencia constitucional ha asumido el rol de reglamentarla desde interpretaciones auténticas. Así, se ha construido una línea jurisprudencial que da cuenta de un precedente uniforme, el cual reconoce los lazos afectivos como una fuente de derecho. Por lo tanto, a través de un enfoque de investigación hermenéutico crítico, este artículo evidencia cómo los sentimientos establecen alcances y vacíos jurídicos en torno a una modalidad de familia disruptiva.

**PALABRAS-CLAVE** | Familia de crianza. Doctrina constitucional. Antiformalismo. Interpretación auténtica. Derecho de familia.

**ABSTRACT** | *The affective family is a legal institution that in the Colombian legal system is attached to the iusttheory of anti-formalism. This is justified by considering that the Colombian Political Constitution of 1991 establishes a regulatory framework around the definition of family, in which constitutional jurisprudence has assumed the role of regulating it from authentic interpretations. Thus, a jurisprudential line has been built that accounts for a uniform precedent, which recognizes affective ties as a source of law. Therefore, through a critical hermeneutic research approach, this article shows how feelings establish scope and legal gaps around a disruptive family modality.*

**KEYWORDS** | *Affective family. Constitutional doctrine. Anti-formalism. Authentic interpretation. Family law.*

## 1. INTRODUCCIÓN

La Constitución Política colombiana de 1991, hoy vigente, consagra a la familia como un derecho de segunda generación, es decir, un derecho social; de ahí que esta misma norma considere que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, a partir de la cual se pueden gestar las dinámicas más variadas en las que intervenga el ser humano. Dado este nivel de importancia, la norma de normas en comento estableció con detalle las fuentes a partir de las cuales se pueden configurar las relaciones familiares, teniendo en cuenta un criterio amplio tendiente a asegurar garantía de derecho en múltiples contextos sociales (PINILLOS, 2020). Esta amplitud de criterio sugiere entonces que la familia no es solo aquella que se crea por lazos consanguíneos, sino que existe todo un entramado de situaciones jurídicamente relevantes que pueden configurar al núcleo social constitucionalmente considerado.

Y es en esas relaciones jurídicas en las cuales pueden confluír múltiples fuentes para la declaración de modelos familiares tan diversos como realidades existan en el conglomerado social. Se trata de una apuesta disruptiva en relación con las tradiciones propias de esta área del derecho, dado que se deja de pensar en la familia natural, monogámica y heterosexual que se estableció como criterio normalizador durante mucho tiempo (PÁEZ, 2017). Se ha de advertir que esto no significa que en el sistema jurídico colombiano no se contemplen estos modelos tradicionales de familia, sino que se entiende que junto a ellos pueden existir otras tantas posibilidades enunciativas y no taxativas. Este carácter enunciativo significa que no puede existir una lista concreta de modelos familiares, sino que dependerá de cada contexto en particular la interpretación que se realice sobre el particular.

En esta tarea de interpretar la realidad para identificar modelos familiares toma especial relevancia la jurisprudencia constitucional, pues a través de sentencias llamadas a proteger derechos humanos se ha identificado el factor recurrente de las familias de crianza. Se trata de aquella que surge por vínculos afectivos, los cuales se configuran como consecuencia de haberse desarrollado una relación de cuidado estable y apoyo al desarrollo personal con

características análogas a aquellas que tienen los familiares en línea ascendente y descendente (MARTÍNEZ, 2020). Por lo tanto, estas familias se configuran entre personas que inicialmente no tenían ninguna relación filial, pero que, al empezar a comportarse como padres e hijos entre ellos, tienen la posibilidad de sentir tal nivel de afecto que se sienten y se tratan como familiares; más allá de la formalidad, priman los sentimientos en la relación familiar.

No es un tema menor, pues se está reconociendo carácter vinculante al afecto entre personas en el marco del derecho constitucional aplicado al muy tradicional derecho civil. Dada la disrupción en la propuesta jurídica y los debates que pueden surgir para su materialización, el presente artículo de investigación pretende resolver la siguiente pregunta: ¿cuál es el alcance jurídico que ostenta actualmente la familia de crianza desde lo dispuesto por la jurisprudencia constitucional colombiana? Sobre el particular se formula una hipótesis según la cual la familia de crianza es una fuente de la familia en calidad de vínculo jurídico que fue reconocida inicialmente por la Corte Constitucional colombiana desde criterios generales, pero no existe una reglamentación detallada que pueda evitar la configuración de lagunas jurídicas para asegurar una auténtica aplicación en la cotidianidad.

Para responder a la pregunta y validar la hipótesis se acoge el siguiente objetivo general de investigación: determinar el alcance jurídico que ostenta actualmente la familia de crianza desde lo dispuesto por la jurisprudencia constitucional colombiana. En desarrollo de los elementos de este objetivo general, se formulan los objetivos específicos que determinan la estructura argumentativa de este artículo: primero, establecer el lugar que ocupa la familia de crianza en el marco de las fuentes contempladas por la Constitución Política colombiana de 1991; segundo, sistematizar las sentencias hito que desde la jurisprudencia constitucional de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia han aportado a la delimitación jurídica de la familia de crianza con posterioridad a la Constitución Política colombiana de 1991; y tercero, establecer desde los precedentes jurisprudenciales actuales las lagunas jurídicas que limitan un alcance inequívoco para las familias de crianza

actualmente en Colombia. Para el desarrollo de estos objetivos se utilizará un enfoque de investigación hermenéutico-crítico, basado en métodos cualitativos con estrategia de recolección de información propia de la revisión documental.

## **2. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA COLOMBIANA DE 1991 COMO NORMA REGULADORA DE LA FAMILIA DE CRIANZA**

Cuando se analiza una institución jurídica particular, se debe considerar que existen dos niveles en su alcance normativo: un primer nivel corresponde a la regulación y un segundo nivel corresponde a la reglamentación. La regulación se refiere a aquella actividad de producción normativa en virtud de la cual tiende a crearse por primera vez una institución jurídica, al tiempo que se establece un marco hermenéutico para su posterior puesta en práctica (PULIDO, 2018). En esa puesta en práctica es que aparece la reglamentación desde el segundo nivel mencionado, el cual consiste en dotar de contenido al marco normativo regulado y otorgar los lineamientos concretos para su materialización. Como es esperable, la reglamentación es una actividad muchas veces inacabada, pues es probable que existan nuevas exigencias que desde el conglomerado social exijan una respuesta jurídica.

Es por esta razón que al hablar de la familia de crianza se realiza esta diferencia entre la regulación y la reglamentación, criterio a partir del cual se inicia este análisis. En el caso concreto de la regulación de la familia de crianza se debe considerar que a partir de la entrada en vigencia de la Constitución Política colombiana de 1991 se establece el marco hermenéutico aplicable a este caso (MORENO, 2020). Y se trata de un marco porque esta norma no habla expresamente de la familia de crianza, pero sí contempla criterios para llegar a reglamentarla. Para estos efectos, lo primero que hace la constitución es dotar a la familia en general de dos características importantes en relación con la sociedad: en su artículo 5° dice que es una base y en su artículo 42 dice que es un núcleo.

Al analizar gramaticalmente el sentido de estos dos términos atribuidos a la familia, es posible concluir que no cobra mucha relevancia tratar de explicarlos desde una exégesis que devenga en una descripción etimológica. Por el contrario, desde un alcance teleológico se entiende que la familia es no solo un derecho en abstracto sino un contexto concreto en el cual las personas tienen la posibilidad de desarrollarse a plenitud (GIRALDO, 2014); si las condiciones del contexto familiar son óptimas, el sujeto tendrá mayores posibilidades de aportar al desarrollo de la sociedad en su conjunto. De ahí que la Constitución Política en mención se compromete con construir puentes entre el contenido de la norma escrita y el impacto que pueda tener en la realidad social; la norma deja de ser el final de la actividad jurídica como lo propone el formalismo, siendo solamente el inicio para aportar a un fin superior más allá de la literalidad de los documentos.

La Constitución Política colombiana de 1991 cambia el modelo de Estado liberal y establece un Estado social, democrático y constitucional de derecho con una iusteoría antiformalista. Significa que el derecho empieza a ser concebido como un sistema abierto de normas, en el cual existe una multiplicidad de lagunas que se evidencian de forma principal en la aplicación material de las disposiciones del sistema jurídico. Estos vacíos en el entramado normativo han de ser llenados por múltiples fuentes del derecho, no solamente por el trabajo del legislador tradicional. De esta forma, se exige a los operadores jurídicos la realización de interpretaciones auténticas que reconozcan las realidades propias del contexto, para darle sentido de utilidad al derecho. (PERILLA, 2015, p. 6).

Esto llevó a que el constituyente primario no centrara su actividad en desarrollar listas taxativas de modelos de familia en la norma de normas, pues se tendría un carácter excluyente que podría no solamente entrar en refír con la realidad sino invisibilizarla desde parámetros de normalidad artificialmente creados. Para evitar estas consecuencias negativas, aunque en ocasiones se tiende a creer que no fue un asunto realmente consciente, la norma superior en su artículo 42 permite que la familia se configure desde dos fuentes concretas: los vínculos naturales y los vínculos jurídicos (MOLINA, 2018). Los vínculos naturales, aunque históricamente eran los que mayor relevancia ocupaban en las sociedades occidentales, resultan ser uno solo y corresponde a la filiación

materializada en el parentesco de consanguinidad; la familia desde su alcance natural se limita a relaciones de sangre biológicamente consideradas.

Sin embargo, desde los vínculos jurídicos sí existe una amplia diversidad de posibilidades para llegar a materializar la familia; se insiste una vez más que no es del todo claro si esta redacción fue en sí misma un asunto consciente o una casualidad, pues al analizar las actas que contienen el debate de estas sesiones no se evidencia esta intencionalidad. La Constitución Política colombiana de 1991 en el mismo artículo 42 que está siendo analizado, desarrolla los vínculos jurídicos haciendo referencia expresa al matrimonio desde una visión muy tradicional de constituir la familia (ESCOBAR, 2018). Esta tradicionalidad en la redacción llega a verse en la mención expresa de las familias monogámicas y heterosexuales, por lo cual parecería que la norma de normas sí tenía un carácter taxativo. No obstante, en ese mismo momento aparece una disyunción que incluye la voluntad responsable como fuente de la familia.

Cuando en la norma de normas se habla de voluntad responsable, se otorga una naturaleza abierta a la familia al no incluir sujetos, condiciones o requisitos concretos para configurar este supuesto de hecho. Así, redactar la voluntad responsable es establecer un marco regulatorio que luego deberá ser reglamentado por otras normas jurídicas, las cuales podrán incluir la ley, la jurisprudencia, entre otras (ARAGÓN, 2021). Y en efecto, diferentes normas jurídicas han tomado este marco para proponer nuevos modelos de familia diferentes a los ya mencionados. Se contempla actualmente, por ejemplo, la unión marital de hecho, la adopción y hasta se ha llegado a mencionar en discusiones jurisprudenciales las familias multiespecie. Esta amplitud del marco normativo que materializa la teoría del derecho antiformalista ha permitido desarrollar el alcance de la familia de crianza desde la jurisprudencia.

La lectura del artículo 42 de la Constitución resulta “entusiasta” para muchos sectores, pues por primera vez en un texto constitucional se reflexiona acerca de la existencia de familia por fuera del concepto tradicional (...) todas estas formas, si bien es cierto, no se encuentran explícitamente indicadas en el artículo constitucional, se desprenden de la familia como finalidad encaminada, primariamente, a la protección de los niños, pero también a la

defensa de la libertad de elección de la persona y la pareja como elementos fundadores de la familia. (ORDOÑEZ, 2023, p. 198).

De ahí que, la amplitud del texto regulatorio en torno a la familia contenido en la Constitución Política colombiana de 1991, la familia de crianza sea una institución jurídica antiformalista. El antiformalismo es una teoría del derecho proveniente de la conjugación de diferentes escuelas gestadas mayoritariamente en el norte global, que se puede explicar desde tres características que materializan en su totalidad la regulación de las familias de crianza: la naturaleza del derecho, la relación con las fuentes jurídicas y el rol hermenéutico que deben asumir los operadores jurídicos (PERILLA, 2021). Sobre la primera característica, el antiformalismo considera que el derecho tiene una naturaleza abierta, reconociendo la existencia de lagunas o vacíos jurídicos. En este caso, la familia de crianza cumple con esta primera característica, pues no se crea en el texto original sino en el marco de normas generales.

Estas normas generales exigen la confluencia de diversas fuentes del derecho para responder a las condiciones sociales, entre las cuales se incluyen no solamente la ley sino también la jurisprudencia. Siendo así, el antiformalismo exige que en un marco regulador, que en este caso sería la voluntad responsable de la norma de normas, diversas fuentes reglamenten la manera en que se desarrolla (BURITICÁ, 2015). Esta es la labor de la jurisprudencia en el caso que se analiza, dado que la familia de crianza no es una creación de la ley sino de otras fuentes igualmente vinculantes para la realidad social; conjugar diferentes fuentes del derecho se aleja de las escuelas positivistas y hasta naturalistas que rinden culto al legislador tradicional. Y el hecho que esta reglamentación se realice desde la jurisprudencia configura la tercera característica del antiformalismo: la interpretación auténtica.

Cuando es la jurisprudencia la que crea el derecho, se refiere a casos concretos que desde la realidad social le exigen al juez una respuesta de fondo. Esto hace que los vacíos enmarcados en la regulación constitucional exijan ejercicios interpretativos creativos, en la medida en que los jueces no

pueden omitir su deber de pronunciarse en asuntos de su competencia (MENDIETA, 2018). Por lo tanto, al no existir norma directamente aplicable, la multiplicidad de fuentes exige que se cree derecho desde la cotidianidad. Lo interesante del asunto es que estas decisiones desde y para la cotidianidad son plenamente vinculantes, al tiempo que desde la legitimidad dan lugar a nuevos alcances jurídicos. Es en ese punto en el cual los alcances jurídicos de la familia de crianza no deben ser analizados desde un marco de naturaleza abierta, sino desde la conjugación de diferentes pronunciamientos jurisprudenciales que en conjunto reglamentan una institución jurídica tan disruptiva como novedosa.

La familia de crianza constituye una clara expresión del denominado derecho viviente, pues a partir del reconocimiento de una realidad social se imponen obligaciones y derechos a determinados sujetos. La familia de crianza es, por tanto, un ejemplo de cómo la jurisprudencia responde a los desarrollos de la sociedad para llenar un vacío en la ley. (MARTÍNEZ, 2020, p. 88).

Por las anteriores razones se puede concluir que la regulación de la familia de crianza se adscribe a una iusteoría antiformalista, en virtud de la cual la Constitución Política colombiana de 1991 no delimitó todos los modelos de familia de manera taxativa sino que generó un marco a partir del cual se deben atender las condiciones sociales concretas. Estas condiciones sociales se constituyen en lagunas jurídicas que deben ser superadas desde la conjugación de múltiples fuentes, las que no se limitan solo a la ley sino que pueden contemplar la jurisprudencia. Así, la familia de crianza no es mencionada expresamente en la norma superior, sino que a partir de casos concretos han sido los jueces los que se han referido a ella, vinculando criterios de interpretación auténtica para no aplicar la ley con ánimo universalizable sino para reglamentar un asunto familiar desde y para la realidad. Se procede entonces a delimitar el alcance de la reglamentación dada a la familia de crianza en el marco de la regulación constitucional.

### 3. LA FAMILIA DE CRIANZA REGLAMENTADA DESDE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Considerando el carácter abierto de la regulación constitucional en torno a la familia de crianza, la jurisprudencia desde el análisis de casos puntuales ha reglamentado a través de diferentes sentencias el tema. Y aunque esas sentencias dan soluciones vinculantes para cada una de las personas involucradas en la situación problemática, el asunto es determinar cómo se logra una reglamentación vinculante para todo el conglomerado social en conjunto. Es en este punto en el cual toma relevancia el término de jurisprudencia constitucional, al tiempo que es fundamental analizar cuál es el juez que decide (SILVA, 2020). Al respecto, la misma Constitución Política colombiana de 1991 otorgó una respuesta al carácter abierto de sus regulaciones y recae en la creación de la jurisdicción constitucional; la Constitución anterior ya contemplaba esta jurisdicción, pero no aplicada a situaciones concretas sino a análisis normativos abstractos.

Lo que determina la Constitución colombiana de 1991 es que todos los jueces hacen parte de la jurisdicción constitucional, por lo tanto se constituye en la jurisdicción de mayor envergadura de todo el sistema jurídico nacional. Esto se logra indicando que los derechos fundamentales, formulados de manera directa o por conexidad, pueden ser garantizados de manera preferente a través de la acción de tutela (PÉREZ et al., 2022). Se trata de una acción constitucional a la cual pueden acudir todas las personas para buscar una solución ágil, eficaz y coherente con la realidad concreta de la cual se trata. En principio, las sentencias de los jueces constitucionales solo son vinculantes para las partes en conflicto. Pero si el juez constitucional es un tribunal de cierre, específicamente la Corte Constitucional, las sentencias pasarán a ser conocidas como doctrina constitucional y serán de obligatorio cumplimiento para todos los sujetos amparados por la norma superior.

La Corte Constitucional puede ampliar los efectos de las sentencias de revisión de tutela asignándoles un efecto inter partes o un efecto inter comunis (...) por medio de los efectos inter comunis la Corte Constitucional



ordena que los efectos de la sentencia de tutela se extiendan y apliquen a un grupo de personas que conforman una colectividad que tiene unas situaciones fácticas y jurídicas similares a las analizadas, sin importar si han presentado previamente una acción de tutela. (RESTREPO, 2019, p. 55).

La doctrina constitucional en este caso es, entonces, el conjunto de sentencias proferidas por la Corte Constitucional en calidad de tribunal de cierre en sede de tutela. A esta Corte no llegan los accionantes de manera directa, sino a través de la posibilidad que tiene el tribunal de revisar sentencias específicas de jueces inferiores; todos los jueces que resuelvan sentencias en sede de tutela, deberán enviar los expedientes a la Corte Constitucional para revisión y si ella considera que debe pronunciarse sobre el contenido, lo podrá hacer en ejercicio de su autonomía (OTERO, 2020). Cuando este máximo tribunal se pronuncia, las sentencias que profiere se conocen como doctrina constitucional y, en función de una ficción jurídica, pasa a ser parte inmediata de la norma de normas; cuando la Corte Constitucional profiere una sentencia, la misma entra a ser parte íntegra del texto constitucional.

Se trata de un alcance dinámico del derecho, pues el texto original de 1991 se complementa a diario con las sentencias de la Corte Constitucional en calidad de doctrina constitucional. Y como la Constitución es vinculante para todas las personas, las sentencias del tribunal en mención también. Por lo mismo, en ejercicio de esta posibilidad de revisión es que la Corte Constitucional encontró la necesidad de pronunciarse sobre la familia de crianza, pues se empezaron a presentar situaciones en las cuales las personas se consideraban como familia a través de vínculos afectivos y pretendían ejercer algún derecho como si fuesen familiares (MARTÍNEZ, 2020). Al intentar ejercerlos, los contextos negaban la posibilidad desde una visión formalista que sugiere que lo que no está expresamente en la ley no existe y precisamente algunos jueces en sede de tutela avalaban esas negaciones de derechos. Al evidenciar estas situaciones, la Corte Constitucional revisa las sentencias incoherentes con el antiformalismo exigido para el alcance enunciativo de la familia y empezó a consolidar un precedente que a la fecha es relativamente pacífico.

Este precedente en torno a la familia de crianza está conformado actualmente por un número plural de sentencias proferidas por la Corte Constitucional en un sentido uniforme, en virtud del cual unos de estos pronunciamientos serán considerados como hito. Las sentencias hito son tres: las fundadoras, las refundadoras y las más actuales. Al respecto de la familia de crianza hay sentencias fundadoras, las cuales reglamentaron el asunto por primera vez. Hay sentencias refundadoras, que aunque no cambian el precedente sí amplían los criterios para aplicarlos. Y por supuesto que hay una serie de sentencias actuales que consolidan el precedente en el estado actual. Se procede en este sentido a delimitar a continuación los criterios jurídicos unificados jurisprudencialmente en relación con la familia de crianza, haciendo referencia a los pronunciamientos concretos de la Corte Constitucional.

### **3.1. Criterios jurisprudenciales unificados en relación con la familia de crianza**

En relación con la familia de crianza, la Corte Constitucional realizó una declaración y no necesariamente un reconocimiento, puesto que este tribunal no creó este modelo familiar sino que, en el marco regulatorio antes mencionado, asignó un nombre a una situación social existente de tiempo atrás. De ahí que desde 1991 hasta 2004 no hubiese un pronunciamiento expreso sobre el particular, entre otras razones, porque la Corte Constitucional consolidó durante los primeros años el alcance antiformalista de sus pronunciamientos. Pero esto no significaba que no hubiesen familias de crianza previamente, puesto que a pesar de su existencia, fue solo hasta la Sentencia fundadora T-292/2004 que se declaró por primera vez la familia de crianza, cuando la Corte Constitucional evidenció que la decisión de un juez no respondía al interés superior de los niños, niñas y adolescentes (COLOMBIA, 2004).

En este sentido, la Corte Constitucional a través de la Sentencia fundadora T-292/2004 fundó la línea jurisprudencial al señalar que los vínculos

afectivos de la familia pueden tener más prevalencia que los vínculos naturales. Esto se puede dar en aquellas situaciones en las cuales los hijos no puedan ejercer sus derechos fundamentales junto a sus padres biológicos, específicamente cuando sus padres no cumplen las obligaciones que por ley les corresponden (COLOMBIA, 2004). Así, si los padres no cumplen con sus obligaciones y otras personas sin vínculos naturales asumen esta responsabilidad, será esperable que se generen lazos sentimentales que son más fuertes que la consanguinidad. Se trata de garantizar el desarrollo armónico de los niños, niñas y adolescentes, así como el ejercicio de derechos como el cuidado y el amor. Se trata de un concepto disruptivo para la época, pues los sentimientos se vuelven ahora una fuente misma del derecho.

Se evidencia de esta forma que hasta ese momento la Corte Constitucional había declarado la existencia de familia de crianza entre padres e hijos. Sin embargo, solo algunos años después la Corte Constitucional reconocería que esos vínculos afectivos se puede dar entre ascendientes y descendientes de grados de parentesco más allá del primero. Con la Sentencia refundadora T-606/2013 el tribunal constitucional señaló con precisión que pueden existir abuelos y nietos de crianza, pues el criterio afectivo se complementa con el criterio de autoridad filial (COLOMBIA, 2013). La Corte Constitucional agrega a esos sentimientos de cuidado y amor, el de autoridad de unos familiares frente a otros. Esa autoridad también es un criterio en doble vía, pues no solamente es ejercida por un ascendiente sino que es acatada por un descendiente, bajo el entendido que es un aporte importante para el desarrollo pleno de esos sujetos de especial protección constitucional al interior de la familia.

A estos criterios interpretativos se agrega un transformador alcance que se consolida finalmente con la Sentencia refundadora T-074/2016 y que corresponde a los co-padres o co-abuelos de crianza. La Corte Constitucional reconoce que en ocasiones los padres biológicos pueden estar plenamente presentes en la vida de su hijo, pero que otro sujeto asume las responsabilidades económicas de su crianza por la imposibilidad de los primeros (COLOMBIA, 2016). En estos casos, la Corte Constitucional avala

que una persona ocupe el rol de paternidad de manera compartida, es decir, una paternidad fundamentada en la corresponsabilidad. En esta sentencia la Corte reconoce que se deben cumplir en doble vía los demás criterios antes establecidos, referentes al cuidado, el amor y la autoridad. Así, que la suma de todas estas condiciones hacen que una persona pueda tener una diversidad de figuras que ostentan su paternidad.

Y esta línea jurisprudencial llegaría en última instancia al reconocimiento de derechos patrimoniales a favor de los integrantes de la familia de crianza, para lo cual se profiere la Sentencia T-279/2020 y se ubica en este caso como sentencia hito por ser una de las más recientes al agregar un criterio nuevo. En esta sentencia, la Corte Constitucional reconoció que los vínculos afectivos que dan lugar a este modelo de familia son suficientes para tener consecuencias patrimoniales como la sustitución pensional (COLOMBIA, 2020). Con esta sentencia, la Corte ratificó los criterios hasta ahora existentes, les agregó consecuencias patrimoniales concretas y, en últimas, legitimó a la familia de crianza como una auténtica fuente de la familia, con iguales derechos y obligaciones que cualquier otra familia tradicionalmente considerada; la Corte aportó a que el antiformalismo se materializara en su línea jurisprudencial.

De ahí, que el alcance actual de la familia de crianza desde la jurisprudencia constitucional exige la configuración de por lo menos cinco criterios interpretativos aplicables a la realidad: primero, haya un cuidado que responda a la solidaridad de ascendiente a descendiente; segundo, el cuidado debe asegurar un afecto cercano al concepto de amor que la norma superior considera como derecho fundamental; tercero, existe un criterio de autoridad que es ejercido y aceptado según las condiciones socialmente aceptadas para la familia; cuarto, existe una dependencia económica que puede dar lugar a la corresponsabilidad; y quinto, la relación aceptaría como plausible las consecuencias patrimoniales entre los integrantes de la relación. Nótese que no se trata de criterios taxativos, pues desde el alcance abierto del derecho establecido por la misma norma superior, podrán seguirse complementando según las exigencias puntuales de la realidad social.

Pero pese a esa posibilidad de seguir ampliando el alcance de la familia de crianza desde la multiplicidad de fuentes, se evidencia en este punto que la labor de la Corte Constitucional configuró criterios jurisprudenciales en el marco del reconocimiento de la voluntad responsable. Probablemente, cuando se redactó la Constitución Política colombiana de 1991 no se tenía la noción o no se identificaba la necesidad de garantizar los derechos desde los vínculos afectivos, pero desde el análisis de casos concretos hoy es un criterio vinculante para la realidad nacional. El contexto social exige que el derecho vaya más allá de un texto escrito y es lo que la jurisprudencia ha alcanzado a través de sus ejercicio reglamentario. Pero al ser un asunto que se complementa constantemente, es menester formular algunas cuestiones aún no reglamentadas y que hasta este momento se pueden considerar lagunas jurídicas en torno a las familias de crianza.

### **3.2. Lagunas jurídicas por resolver en relación con la familia de crianza**

Cualquier ejercicio normativo tendrá posibilidades de mejora, pues es inherente a las prácticas cotidianas retar permanentemente el alcance de la norma escrita. En este sentido, la reglamentación jurisprudencial existente en este momento desde la Corte Constitucional plantea tres lagunas jurídicas que aún no tienen respuesta exacta y que pueden representar una situación problemática en la realidad. Con esto no se pretende cuestionar la labor del tribunal constitucional para tachar su labor como incorrecta, dado que es esperable que la construcción antiformalista del derecho sea paulatina y abierta a encontrar múltiples posibilidades de mejora. Por el contrario, las lagunas que aquí se plantean aportan a demostrar que en efecto la familia de crianza es una institución jurídica antiformalista, dado que permanece con una naturaleza abierta que debe ser complementada por múltiples fuentes para construir una interpretación auténtica.

Las lagunas que se plantean se pueden analizar desde tres variables concretas: una previa a la configuración de los supuestos de hecho, una

concomitante a la construcción de los vínculos afectivos y una posterior desde las consecuencias no esperables de la decisión. Las primeras situaciones previas centran su atención en las causas que dan lugar a la familia de crianza, pues los casos analizados por la Corte Constitucional hasta este momento tienen como criterio común las causas lícitas; se analizan situaciones en las que unas personas de buena fe buscan darle una mejor calidad de vida a un niño, niña o adolescente, brindándole oportunidades que por la coyuntura les aseguran un desarrollo pleno. Sin embargo, queda el cuestionamiento acerca del tratamiento que se le deberían dar a las causas ilícitas, pues pese a la configuración de ellas podrían cumplirse los criterios previstos para esta modalidad familiar.

Este tema de las causas ilícitas se puede ver en la situación hipotética, y tomada a manera de ejemplo, de un secuestro. En este supuesto de hecho, unos sujetos podrían darle condiciones estables a un menor y con el paso del tiempo se generarían vínculos afectivos que reúnan las características de familia de crianza. No es descartable que una vez el niño, niña o adolescente es secuestrado, el secuestrados pueda asegurar un cuidado solidario con todos los estándares exigidos para estos casos. Como consecuencia de ese cuidado podrían generarse vínculos de afecto, donde el amor les permita reconocerse mutuamente como padres e hijos y la autoridad sea tan ejercida como acatada. La dependencia económica pueda permanecer como una variable evidente, al tiempo que hayan consecuencias patrimoniales que incluyan desde asuntos pensionales hasta patrimoniales. Los supuestos de hecho se configuran a plenitud, a pesar que la causa de la relación sea tachada de ilícita.

A esta variable de causas previas se pueden añadir lagunas en torno a las condiciones concomitantes, en las cuales parecería que la jurisprudencia exige formalismos a una institución jurídica claramente antiformalista. De manera reiterada la Corte Constitucional ha señalado que cuando se configura una familia de crianza, se tiene la posibilidad preferente de materializar la filiación en calidad de parentesco civil. Esto quiere decir que los padres de crianza pueden adoptar preferentemente a su hijo de crianza, para lo cual deberán adelantar un proceso jurídico cuyo resultado final sea una prueba

documental que podrá ser registrada. No es del todo claro que la familia de crianza se pueda probar para adelantar otros trámites por medios diferentes a la prueba documental de un parentesco civil, por lo que el ejercicio de derechos de los integrantes de esta familia podrían verse limitados en la práctica cotidiana.

Puede darse el caso que exista una familia de crianza y alguno de sus integrantes desee adelantar un trámite en ejercicio de sus derechos, como por ejemplo: afiliar a un familiar a la seguridad social, reconocer un beneficio laboral o hasta ejercer la patria potestad ante instituciones educativas. También se puede dar para exigir obligaciones, como el pago de la cuota de alimentos, el cuidado, el amor, etc. Si la familia de crianza se fundamenta en vínculos afectivos, no es claro cómo se puede configurar una prueba para adelantar trámites con formalismos burocráticos. En realidad la familia de crianza debería ser una fuente de la familia diferente a la familia adoptiva, lo cual aún no tiene plena materialización en una cultura jurídica basada en documentos más que en sentimientos. Se trata de un asunto concomitante, dado que representa un vacío para el ejercicio de derecho y exigibilidad de obligaciones durante la existencia de la familia de crianza.

Y finalmente se tienen situaciones posteriores a la existencia de la familia de crianza o a su declaración. Estas situaciones se pueden ver en dos vías: la primera, relacionada con el punto anterior, referente a cómo ejercer derechos cuando una de las personas de la familia de crianza ya no está; y la segunda, relacionada con los padres biológicos, quienes el reconocimiento de la familia de crianza puede parecer más un premio que una consecuencia negativa. Al respecto del primer punto se debe tener en cuenta que cuando las personas están vivas o en el marco de la relación, podrán alegar la existencia de la relación afectiva y adelantar los trámites para materializar los documentos probatorios, con las salvedades antes planteadas. Pero si, por ejemplo, una de las personas ya falleció y la otra quiere adelantar el proceso de sucesión, aún no es del todo claro el sentido que se debe atender en estos casos.

Por su parte, si se piensa en los padres biológicos que dejaron de cumplir con sus obligaciones, la familia de crianza se podría convertir en una

especie de premiación; además de que no cumplió con sus obligaciones, ahora no deberá seguir haciéndolo porque otro ya asumió esa tarea. Se trata de un asunto problemático, pues quizás pueda tratarse de un efecto no esperado en relación a la reglamentación existente hasta este momento y que busca cumplir con la prevalencia de derechos de los menores. Pero con esa prevalencia de derechos, se pueden estar haciendo concesiones no previstas a las cuales se puede acudir sistemáticamente sin una consecuencia aparente y con cierto grado de aval jurídico. Se trata de efectos no esperados, pues una decisión aparentemente plausible por basarse en principios constitucionales y garantía de derechos, generaría desde la práctica cuestionamientos aún sin reglamentar o, por lo menos, sin resolver.

Es de esta manera como se evidencia que la familia de crianza es una institución jurídica antiformalista, dado que encuentra su regulación en la Constitución Política colombiana de 1991 desde una naturaleza abierta y su reglamentación está liderada por una fuente alterna a la ley tradicional. Pese a eso, la interpretación auténtica que se ha generado en torno a esta institución jurídica aún tiene lagunas jurídicas que han de ser llenadas con el estudio de nuevos casos y situaciones que desde la práctica aportan a la consolidación del alcance actual del asunto. Estas lagunas se presentan desde la contextos previos, concomitantes y posteriores, donde los efectos no esperados de las decisiones aún exigen soluciones materializadas desde y para la realidad. No es nada diferente que una posibilidad de continuar reglamentando una institución antiformalista, que exige estar al tanto de los avances que desde la realidad siempre estarán presentes en el contexto jurídico.

#### 4. CONCLUSIONES

La Constitución Política colombiana de 1991 reconoce a la familia como una base y un núcleo de la sociedad, otorgándole carácter de derecho humano de segunda generación, es decir, social. La materialización de este derecho se realiza constitucionalmente desde la iusteoría del antiformalismo, razón por la cual la familia es definida desde una naturaleza abierta que ha de

ser complementada por múltiples fuentes a través de interpretaciones auténticas. Este ejercicio hermenéutico tiene entonces como marco dos fuentes de la familia, donde unos son los vínculos naturales y otros los jurídicos. Los vínculos naturales se refieren a relaciones consanguíneas y los jurídicos a relaciones creadas directamente por el ser humano. Además de considerar como un vínculo jurídico el matrimonio, también se reconoce la voluntad responsable desde la categoría más amplia posible.

La amplitud de esta categoría de voluntad responsable configura una regulación, la cual consiste en establecer unos lineamientos normativos que luego deberán ser complementados desde la realidad. En el caso concreto de la familia de crianza, la jurisprudencia constitucional asumió la tarea de complementar el alcance dado a la familia en la norma de normas a través de diferentes sentencias hito. El carácter vinculante de estas sentencias se asegura desde la doctrina constitucional, la cual, en este caso, está conformada por las sentencias de revisión de tutela que profiere la Corte Constitucional y las cuales hacen parte íntegra de la norma superior; como la norma superior es de obligatoria observancia, la doctrina constitucional cumple esa misma característica. Y es en ejercicio de esa función que la Corte Constitucional reglamentó la familia de crianza, al dotarla de criterios concretos no solo para su declaración sino para la implementación práctica.

Esos criterios se han hecho a través de una línea jurisprudencial que ha mantenido un precedente marcadamente uniforme, en donde se presentan sentencias fundadoras de línea, refundadoras de línea que añaden criterios adicionales y sentencias actuales que acogen la mayoría de ellos. Desde las primeras sentencias, el tribunal en mención reconoce que la familia de crianza se fundamenta en lazos afectivos y estos pueden prevalecer en determinadas situaciones sobre los lazos biológicos. En virtud de estos lazos afectivos se pueden generar acciones de cuidado y amor entre lo que socialmente se puede considerar un padre o un hijo, dando prevalencia a los sentimientos como fuente del derecho. Resulta particularmente relevante que con el tiempo, la doctrina constitucional amplió este alcance también a otros ascendientes, como

los abuelos de crianza y reconoce así el carácter diverso de la familia desde la autoridad legitimada por los integrantes de cada realidad.

La línea jurisprudencial empieza a ser aún más disruptiva cuando la Corte reconoce la existencia de co-padres o co-abuelos, los cuales surgen cuando los padres biológicos están presentes pero la carga económica la asumen otros sujetos. Se trata de un asunto muy transformador, pues la responsabilidad financiera acompañada de sentimientos de cuidado, amor y solidaridad puede abrir espacio a nuevos integrantes de la familia. Y el asunto tiene finalmente consecuencias patrimoniales concretas, en virtud de las cuales el vínculo afectivo sería suficiente para hacer reconocimientos jurídicos como la sustitución pensional. De ahí que se tengan, por lo menos, cinco criterios para la identificación de esta modalidad de familia: primero, el cuidado; segundo, el afecto; tercero, la autoridad; cuarto, la dependencia económica; y quinto, las consecuencias patrimoniales.

Y aunque resulta ser una institución jurídica que pretende perseguir un fin superior de prevalencia de los niños, niñas y adolescentes, no deja de presentarse la posibilidad antiformalista de la persistencia de lagunas en la reglamentación. Las lagunas se materializan desde las condiciones previas, concomitantes y posteriores a la existencia de la familia de crianza, conllevando críticas en torno a la posibilidad de avance a partir de nuevas interpretaciones auténticas. Desde el alcance previo a la existencia de esta familia se encuentran las causas, pues no es clara la reglamentación cuando se cumplen los supuestos de hecho de la familia de crianza como consecuencia de una actividad ilícita. Por su parte, las condiciones concomitantes se refiere al ejercicio de derecho y la exigencia de obligaciones, pues parecería que aún se hacen exigencias formalistas a una institución marcadamente antiformalista. Y de manera posterior se evidencian límites al alcance de la familia de crianza cuando una de las personas ya no está presente o los efectos no esperados para los padres irresponsables.

Esto permite evidenciar el alcance de la familia de crianza desde criterios reguladores y reglamentarios, que al conservar su naturaleza abierta aún tiene posibilidades de continuar materializándose plenamente. De esta

forma, se avala parcialmente la hipótesis según la cual la familia de crianza es una fuente de la familia en calidad de vínculo jurídico que fue reconocida inicialmente por la Corte Constitucional colombiana desde criterios generales, pero no existe una reglamentación detallada que pueda evitar la configuración de lagunas jurídicas para asegurar una auténtica aplicación en la cotidianidad. En realidad sí hay una reglamentación detallada hasta los casos que se han analizado, pero como se trata de una construcción antiformalista que siempre planteará nuevos retos no se puede tachar como incorrecta o insuficiente a una reglamentación que está en permanente construcción. Se responde de esta manera a la pregunta de investigación y a los objetivos, con la vinculación de un enfoque hermenéutico-crítico que desde métodos cualitativos deja planteado un reto jurídico para continuar realizando interpretaciones antiformalistas desde y para la realidad.

## REFERENCIAS

ARAGÓN, Manuel. Significado y función de la Corte Constitucional en los 30 años de vigencia de la Constitución de Colombia. **Revista Derecho del Estado**, n. 50, pp. 11-41, 2021. Disponible en: <https://doi.org/10.18601/01229893.n50.02>.

BURITICÁ, Esteban. La normatividad del derecho: Un marco conceptual, **Isonomía**, n. 43, pp. 97-127, 2015.

COLOMBIA. *Corte Constitucional Sentencia T-292/2004*. Relatoría 25 mar. 2004. Bogotá D.C.: 2004. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/T-292-04.htm>.

COLOMBIA. *Corte Constitucional Sentencia T-606/2013*. Relatoría 2 sep. 2013. Bogotá D.C.: 2013. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-606-13.htm>.

COLOMBIA. *Corte Constitucional Sentencia T-074/2016*. Relatoría 22 feb. 2016. Bogotá D.C.: 2016. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/T-074-16.htm>.

COLOMBIA. *Corte Constitucional Sentencia T-279/2020*. Relatoría 31 jul. 2020. Bogotá D.C.: 2020. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/T-279-20.htm>.

ESCOBAR, Ricardo. La familia como una nueva realidad plural, multiétnica y multicultural en la sociedad y en el ordenamiento jurídico colombiano, **Revista Prolegómenos Derechos y Valores**, v. 21, n. 42, pp. 195-218, 2018. Disponible en: <https://doi.org/10.18359/prole.3366>.

GIRALDO, Gloria. La Familia para los y las Jóvenes de Caldas, **Reflexiones**, v. 93, n. 1, pp. 103-111, 2014.

MARTINEZ, Karol. La familia de crianza: una mirada comparada entre Estados Unidos y Colombia, **Revista de Derecho Privado**, n. 39, pp. 85-107, 2020. Disponible en: <https://doi.org/10.18601/01234366.n39.05>.

MENDIETA, David. El (des) control de constitucionalidad en Colombia, **Estudios constitucionales**, v. 16, n. 2, pp. 51-88, 2018. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002018000200051>.

MOLINA, Carlos. El matrimonio de parejas del mismo sexo y la Corte Constitucional de Colombia. **Rev. derecho (Valdivia)**, v. 31, n. 1, pp. 79-103, 2018. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502018000100079>.

MORENO, Víctor. Análisis jurisprudencial de la sentencia stc-1976 de 2019 de la corte suprema de justicia de Colombia: Un caso de corrección constitucional en la filiación de crianza, **Estudios constitucionales**, v. 18, n. 2, pp. 363-381. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002020000200363>.

ORDOÑEZ, Nayda. El concepto de familia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana y su incidencia en las políticas públicas: una lectura en clave hermenéutica, **Revista Derecho del Estado**, n. 52, pp. 175-206, 2023. Disponible en: <https://doi.org/10.18601/01229893.n52.06>.

OTERO, Laura. El poder Judicial y las policias en Colombia: un análisis del control de la Corte Constitucional en materia de salud con la sentencia T-760 de 2008, **Revista SAAP**, v. 14, n. 1, pp. 21-30, 2020. Disponible en: <http://dx.doi.org/https://doi.org/10.46468/rsaap.14.1.a2>.

PÁEZ, Ruth. Tendencias de investigaciones sobre la familia en Colombia: una perspectiva educativa, **Revista latinoamericana de ciencias sociales, niñez y juventud**, v. 15, n. 2, pp. 823-837, 2017. Disponible en: <https://doi.org/10.11600/1692715x.1520331052016>.

PEREZ, Carlos et al. El Nuevo Proceso Constitucional de la Acción de Tutela en Modalidad Virtual para la Protección del Derecho Fundamental a la Salud en Tiempos del COVID – 19, **Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas**, v. 52, n. 136, pp. 219-238, 2022. Disponible en: <https://doi.org/10.18566/rfdcp.v52n136.a09>.

PERILLA, Juan. Construcción antiformalista del consumidor medio, **Revista de Derecho Privado**, n. 54, pp. 1-22, 2015.

PERILLA, Juan. Los centennials como un reto antiformalista para las Facultades de Derecho, **Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho**, v. 8, n. 1, pp. 11-28, 2021. Disponible en: <https://doi.org/10.5354/0719-5885.2021.61529>

PINILLOS, Mariana. Configuración de la familia en su diversidad, **Ágora U.S.B.**, v. 20, n. 1, pp. 275-288, 2020. Disponible en: <https://doi.org/10.21500/16578031.4197>.

PULIDO, Fabio. Poderes normativos de la Corte Constitucional colombiana, **Ius et Praxis**, Talca, v. 24, n. 3, pp. 309-334, 2018. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122018000300309>.

RESTREPO, John. Acción de tutela contra sentencias de tutela: una manifestación de la constitucionalización del derecho jurisprudencial en Colombia, **Estudios Constitucionales**, v. 17, n. 2, 2019.

SILVA, Luis. La doctrina de la sustitución de la Constitución en Colombia, **Estudios constitucionales**, v. 18, n. 1, pp. 395-434, 2020. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002020000100395>.

**SOMETIDO** | *SUBMITTED* | *SUBMETIDO* | 01/08/2023  
**APROBADO** | *APPROVED* | *APROVADO* | 08/11/2023

**REVISIÓN DE LENGUAJE** | *LANGUAGE REVIEW* | *REVISÃO DE LÍNGUA*  
Jesús Alberto Bermúdez Soche

## **SOBRE EL AUTOR** | *ABOUT THE AUTHOR* | *SOBRE O AUTOR*

JUAN SEBASTIÁN ALEJANDRO PERILLA GRANADOS

Universidad Tecnológica de Bolívar, Cartagena de Indias, Colombia.

Doctor en Derecho (PHD). Magíster en Educación y en Derecho Privado.

Especialista en Derecho Comercial. Abogado de la Universidad de los Andes.

Investigador senior reconocido por el Ministerio de Ciencia, Tecnología e

Innovación de Colombia. Profesor invitado de la Universidad Tecnológica de

Bolívar, Colombia. E-mail: [js.perilla117@gmail.com](mailto:js.perilla117@gmail.com). ORCID:

<https://orcid.org/0000-0001-5283-7601>.