



UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA

Derechos de los hijastros, los hijos de crianza, los padrastros y los padres de crianza en el actual sistema general de pensiones colombiano

Luis Ángel Álvarez Vanegas

Universidad Nacional de Colombia
Maestría en Derecho Laboral y Seguridad Social
Bogotá, Colombia
2013

Derechos de los hijastros, los hijos de crianza, los padrastros y los padres de crianza en el actual sistema general de pensiones colombiano

Luis Ángel Álvarez Vanegas

Proyecto de grado presentado como requisito parcial para optar al título de:
Magister en Derecho Laboral y Seguridad Social

Director:
Doctor Hernando Torres Corredor

Línea de Investigación:
Trabajo y Seguridad Social

Universidad Nacional de Colombia
Maestría en Derecho Laboral y Seguridad Social
Bogotá, Colombia
2013

Dedicatoria

A Luis Ángel, mi bebé, la luz de mis ojos.

Resumen

El autor fundamenta jurídicamente la necesidad de protección de los hijastros, los hijos de crianza, los padrastros y los padres de crianza en el actual Sistema General de Pensiones colombiano. Se establecen conceptos de Seguridad Social, se analizan sus principios, las prestaciones que ofrece de conformidad con el Convenio 102 de la OIT, el objeto y los sujetos de protección, encaminado a justificar la posibilidad de incluir nuevos beneficiarios de la pensión de sobrevivientes en el actual Sistema General de Pensiones colombiano. Se exponen algunas definiciones del concepto de familia desde el punto de vista jurídico y desde el punto de vista sociológico, así como diferentes instituciones del Derecho de Familia como los deberes de la familia, el parentesco, la filiación y el estado civil, poniendo en evidencia la necesidad de protección de las familias de hecho. Se resalta como está conformada la lista de beneficiarios en el actual Sistema General de Pensiones colombiano y se esbozan las razones por las que deben ser incluidos los hijastros, los hijos de crianza, los padrastros y los padres de crianza, atendiendo los criterios de la Corte Constitucional sobre el reconocimiento y necesidad de protección de las familias de hecho, muchas veces incluso con prelación sobre la familia biológica, y la doctrina internacional sobre la interpretación de los principios de la Seguridad sobre los principios que soportan la inclusión de éstos beneficiarios, en especial los de universalidad y solidaridad; sin soslayar que la inclusión de nuevos beneficiarios no debe afectar el equilibrio financiero del sistema, por lo que se sugieren requisitos más exigente que los previstos para las personas unidas por filiación natural o civil.

Palabras clave:

Padrastra: Marido de la madre, respecto de los hijos habidos antes por ella.

Madrastro: Mujer del padre respecto de los hijos llevados por este al matrimonio

Hijastro: El hijo o hija de uno solo de los cónyuges, respecto del otro.

Hijo: Persona o animal respecto de su padre o madre.

Padre: Varón respecto de sus hijos

Madre: Mujer respecto de sus hijos.

Criar: Instruir, educar y dirigir. Nutrir y alimentar al niño.

Abstract

The stepchildren's rights, The foster children, The stepparents and the foster parents in the current Colombian General Pension System.

The author bases legally the need for protection of stepchildren, foster children, stepparents and foster parents in the current Colombian General Pension System. Conceptually established Social Security, discusses their principles, the services offered in accordance with ILO Convention 102, the object and the subject of protection, aimed at justifying the possibility to include new beneficiaries of survivor's pension in the current Colombian General Pension System. Are some definitions of family from the legal point of view and from the point of view of sociology as well as different institutions of family law and the duties of family, kinship, descent and marital status, highlighting the need for protection of families actually. Consists in highlighting as the list of beneficiaries in the current Colombian General Pension System and outlines the reasons why they should be included: stepchildren, foster children, stepparents and foster parents, taking the criteria of the Court Constitutional recognition and protection needs of families in fact, sometimes even taking precedence over biological family, and the international doctrine on the interpretation of the principles of security on the principles that support the inclusion of these beneficiaries, especially the universality and solidarity, without ignoring that the inclusion of new beneficiaries should not affect the financial balance of the system, so suggested more demanding requirements than those provided for people united by natural birth or civil.

Keywords:

Stepfather: Husband of the mother, for children born before her.

Stepmother: Woman of the father over the children born in this marriage

Stepchild: The son or daughter of one of the spouses, on the other.

Son: person or animal in respect of his or her parent.

Father: Male towards their children

Mother: Women on their children.

Parenting: instruct, educate and lead. Nourish and nurture the child.

Tabla de contenido

Introducción	13
Capítulo 1: Marco Constitucional y Seguridad Social	17
1.1 Concepto de Seguridad Social	17
1.2 Principios constitucionales de la Seguridad Social	25
1.2.1 Solidaridad	26
1.2.2 Universalidad.....	28
1.2.3 Integralidad	29
1.2.4 Progresividad.....	30
1.2.5 Irrenunciabilidad y obligatoriedad	33
1.2.6 Igualdad	34
1.2.7 Sostenibilidad financiera	35
1.2.8 Eficiencia	36
1.3 Campo de acción de la Seguridad Social	37
1.3.1 Sujetos protegidos por la Seguridad Social	37
1.3.2 Objeto de protección de la Seguridad Social	38
1.3.2.1 Necesidades Protegidas	38
1.3.2.2 Causas de las necesidades	39
1.3.3 Prestaciones de la Seguridad Social	41
Capítulo 2: La Familia	47
2.1 Origen de la familia	47
2.2 Concepto de la familia	49
2.3 Tipología familiar	54
2.3.1 Núcleo familiar o familia nuclear	54
2.3.1.1 Familia nuclear simple (uninuclear)	54
2.3.1.2 Familia monoparental	55
2.3.2 Familia Extensa o ampliada	56
2.3.2.1 Familia de crianza	56
2.3.2.2 Familia ensamblada	57
2.4 Funciones de la familia: Relaciones entre sus miembros	58

3.1.2.1 Beneficiarios de la pensión de sobrevivientes en el actual sistema general de pensiones colombiano	81
3.1.2.1.1 Primer orden: la pareja y los hijos del causante	81
3.1.2.1.2 Segundo orden: los padres del causante	83
3.1.2.1.3 Tercer orden: los hermanos inválidos del causante	83
3.2 La situación de los hijos de crianza, hijastros, padres de crianza y padrastros en el actual sistema general de pensiones colombiano, según la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia	84
3.3 Los hijos de crianza, hijastros, padres de crianza y padrastros en el actual sistema general de pensiones colombiano según la doctrina colombiana	87
3.4 Las familias de crianza y las familias ensambladas en Colombia	88
3.5 La protección jurídica de la familia de crianza en Colombia	90
3.6 El Derecho de familia y el Derecho de la Seguridad Social	94
3.7 Principios de la Seguridad Social que fundamentan la protección de los hijos de crianza y de los padres de crianza	96
3.7.1 Solidaridad e Igualdad	96
3.7.2 Universalidad y Progresividad	101
3.7.3 Sostenibilidad financiera y eficiencia	104
3.8 Condiciones que deben cumplir los hijos de crianza, padres de crianza, padrastros y madrastras como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes	106
3.8.1 Periodo mínimo de crianza	107
3.8.2 Inicio de la crianza y la intención de criar	108
3.8.3 Dependencia económica	108
3.8.4 Inexistencia de obligados a suministrar alimentos	109
4. Conclusiones y Recomendaciones.....	111
4.1 Conclusiones	111
4.2 Recomendaciones	112
Bibliografía	115

Introducción

En Colombia, muchas familias acogen en su seno menores de edad, que no ostentan la calidad de hijos, de conformidad con las normas civiles que regulan la filiación; son tratados como tales ante la sociedad en razón a que dichas familias proveen su sustento, le proporcionan vivienda, alimentación, vestuario, educación y en general cumplen con todas las obligaciones derivadas de las relaciones de filiación naturales o civiles. Así mismo, algunas familias están conformadas por los esposos o compañeros, los hijos comunes y no comunes, en donde al hijo nacido de una relación anterior del (la) esposo (a) o compañero (a) se le ofrece el mismo trato que a los hijos propios, es decir, a los que el derecho civil considera como tales por tener su origen en el matrimonio, la unión marital de hecho o en la adopción.

Las razones por las que una familia permite que un menor en estas condiciones integre su núcleo son muy variadas, entre las más comunes podemos señalar las siguientes: abandono o muerte de los padres biológicos del menor; dificultades económicas extremas de la familia biológica del menor, ya sea por incapacidad física o psíquica de los padres, excesivo número de hijos o personas a cargo, falta de oportunidades materiales de ingreso al mercado laboral, etc.; no tener conocimiento o certeza sobre la paternidad del menor; desaparición forzada, secuestro o desplazamiento; en fin, diferentes causas que generan perjuicios que no deben soportar los menores de edad.

El actual Sistema General de Pensiones colombiano, exige demostrar el parentesco de conformidad con las normas que regulan el estado civil, para efecto de ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes.

En algunas ocasiones, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha extendido los beneficios de la pensión de sobrevivientes a quienes no tienen parentesco por consanguinidad o por adopción con el afiliado o pensionado fallecido, a los hijos de crianza, hijastros, padres de crianza y padrastros por depender económicamente del causante de la pensión; criterio que no ha sido uniforme, puesto que en otras ocasiones se ha decidido lo contrario, en contra de la seguridad jurídica.

Lo anterior hace necesario que existan normas claras sobre la condición de beneficiarios de la pensión de sobrevivientes de los hijos de crianza y padres de crianza y de los padrastros, madrastras e hijastros, en el actual Sistema General de pensionado.

Las relaciones de hecho, basadas únicamente en la solidaridad y con fines altruistas, trascienden en el mundo jurídico, en razón a que los padrastros y los padres de crianza realizan erogaciones de tipo económico para garantizar la subsistencia de esos menores desamparados y de la misma manera éstos, cuando tienen la posibilidad de ingresar al mercado laboral, recíprocamente, deberían coadyuvar al sostenimiento económico de quienes les proveyeron medios de subsistencia cuando lo necesitaron.

El presente trabajo tiene como propósito dar a conocer, con precisión, los derechos que debe garantizar el actual sistema general de pensiones colombiano a los hijos de crianza e hijastros cuando fallecen sus padres de crianza y padrastros, a los padres de crianza y padrastros cuando fallecen sus hijos de crianza e hijastros, respectivamente, si el fallecido era quien proveía los medios para la subsistencia del supérstite, habiendo cotizado las semanas mínimas para causar la pensión de sobrevivientes del actual Sistema General de Pensiones colombiano.

Para lograr éste propósito se hará un análisis comparativo de las normas aplicadas por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, en cada momento, para extender o restringir los derechos a los hijos de crianza e hijastros cuando fallecen sus padres de crianza y padrastros, a los padres de crianza y padrastros cuando fallecen sus hijos de crianza e hijastros.

También, se tendrán en cuenta los instrumentos internacionales y la normatividad interna, con la respectiva interpretación de las Altas Cortes colombianas, relacionados con los principios de la Seguridad Social, tales como solidaridad, universalidad, integralidad, progresividad, irrenunciabilidad, obligatoriedad, igualdad, sostenibilidad financiera y eficiencia, así como los relacionados con la protección a los menores de edad, adultos mayores y discapacitados.

Se analizarán los postulados constitucionales que permiten la existencia de familias de hecho y las interpretaciones de la Corte Constitucional, algunos de los diferentes tipos de familia según la sociología y según el ordenamiento jurídico interno colombiano, para determinar si las familias de hecho conforman verdaderas familias que merecen ser protegidas por el Sistema General de Pensiones colombiano. Se tendrán en cuenta las estadísticas oficiales sobre la existencia de éste tipo de familias.

Se explicarán las razones por las que algunos postulados del régimen de familia son aplicables a la seguridad social y en especial en lo concerniente a pensión de sobrevivientes.

Y finalmente, se sugieren los requisitos que deben cumplir los padres de crianza e hijos de crianza, y los padrastros, madrastras e hijos de crianza para ser beneficiarios de la pensión de sobrevivientes en tales condiciones.

Para la investigación que dio como resultado este trabajo se empleó el método cualitativo, correspondiente a la clasificación de Teoría Fundada, en razón a que se pretende presentar una teoría, a partir de los datos obtenidos en la investigación y ponerla al servicio de la solución de problemas concretos.

Pese a las limitaciones derivadas de la escasa literatura sobre la protección a las familias conformadas por padres de crianza e hijos de crianza y otras constituidas por padrastros o madrastras e hijastros, se logra demostrar las razones porque el legislador debe incluirlos como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes en el actual Sistema General de Pensiones colombiano.

En el sistema de seguridad social, la pensión de sobrevivientes, está dirigida a amparar a las personas cuya situación económica y social puede verse afectada dada la pérdida de quien proveía los medios de subsistencia del grupo familiar o la mayor parte de los ingresos.

Generalmente, sobreviven al causante de una pensión de sobrevivientes menores de edad, mayores pertenecientes a la tercera edad e inválidos con dificultades o imposibilidad para subvenir sus necesidades.

Hay que tener en cuenta que las familias de hecho, objeto, constituyen un grupo significativo en nuestra sociedad, dadas las condiciones sociales y políticas de nuestro país.

Capítulo 1: Marco Constitucional y Seguridad Social

En éste capítulo se hará una breve reseña del origen de la Seguridad Social y las diferentes instituciones que se han presentado a lo largo de la historia, hasta a llegar a lo que hoy conocemos como Seguridad Social, con el propósito de abordar los diferentes conceptos expuestos por la doctrina y diferentes legislaciones en el ámbito internacional.

También se hará una exposición sobre el artículo 48 de la constitución Política de Colombia, analizando los principios de la Seguridad contenidos en la Constitución Política de Colombia de 1991 y en la Ley 100 de 1993.

Luego, se delimita el campo de acción de la seguridad social en cuanto a sujetos y objeto se refiere, analizando las necesidades protegidas y sus causas, finalizando con una relación de las prestaciones que ofrece.

1.1. Concepto de Seguridad Social.

Construir un concepto de Seguridad Social, supone de antemano tener como base que el ser humano se encuentra en riesgo permanente. La sola idea de caminar presupone un riesgo.

Si nos remontamos a los albores de la humanidad, fue así como la primera idea de protección social se desarrolló, desde la familia, traducida en clanes y tribus. Esta forma de buscar seguridad se mantuvo en desarrollo de la economía pastoral y la agricultura de subsistencia.

Con el desarrollo gradual de las formas económicas, hasta llegar a la industrialización, la “familia” dejó de asumir totalmente la carga de la protección, circunstancia que no desplazó la necesidad de seguridad sino que la transformó, conllevó al surgimiento nuevas necesidades de

las formas industriales del trabajo. Ahora los “obreros” se convirtieron en los protagonistas del riesgo, por su inminente vulnerabilidad. (Introducción a la Seguridad Social, 1992).

En la Edad Media se desarrollaron inicialmente las cofradías, de carácter religioso, y luego los gremios, de corte profesional, (Castillo & Ruzafa, 2009 p.p. 23 – 30.), con un radio de acción limitado por proteger a un grupo reducido de la población. En la Edad Moderna los gremios fueron remplazados por la hermandad de socorro extendiendo la protección a grupos no profesionales y también se crearon los montepíos, con subvenciones del Estado, no para la población más necesitada, sino para proteger a quienes desempeñaban actividades profesionales de altos ingresos. (Almanza J. 1991, p. 86-87).

Un gran recorrido se ha desarrollado para concebir un concepto de Seguridad Social, al punto que siguen en desarrollo los planteamientos que constituyen tanto sus sujetos como su objeto.

En los años 80’s del siglo XIX se desarrolló en Alemania el Seguro Social, cuya característica principal era la afiliación y cobertura de los trabajadores asalariados de bajos ingresos; atendía diversos riesgos, principalmente, enfermedad general, los profesionales y pensiones; la financiación se fundamentaba en las cotizaciones aplicadas a los salarios, las cuales están a cargo de trabajadores, empleadores y, también a través de aportes del Estado; las prestaciones estarán relacionadas directamente con el nivel de las cotizaciones. (Rodríguez O., Arévalo D., AyalaU.y ArévaloE. 1992, p. 18).

En los años 40’s del siglo XX fue presentado en Inglaterra el Plan Beveridge, con las siguientes características: unidad de coordinación y gestión de los seguros, a cargo del Estado; uniformidad de condiciones de acceso a las prestaciones; universalidad subjetiva y objetiva; financiación mediante impuestos, las prestaciones no están relacionadas con las cotizaciones y se tiene como objetivo la redistribución de ingresos; la Seguridad Social se considera irrenunciable y obligatoria. (Rodríguez O. et al. 1992, p. 18).

La doctrina sintetiza los elementos que sirvieron de génesis al amplio concepto de lo que hoy conocemos como Seguridad Social, (Introducción a la Seguridad Social, 1992, p.p. 4-9), sin que se agote en uno de ellos o estos se confundan con ella:

-
- Seguro Social: fue instituido en Alemania entre 1883 y 1889 y cubría los riesgos de salud a cargo de mutualidades (1883); accidente de trabajo y enfermedad profesional, administrado por asociaciones de empleadores (1884) e invalidez y vejez gestionado por autoridades provinciales (1889).

Era un régimen financiado por cotizaciones tanto de empleadores como de trabajadores y en algunos casos con aportes del Estado, recursos que conforman un fondo común para la atención de necesidades de todos los afiliados, salvo en el seguro de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales que estaban íntegramente a cargo de los empleadores. Las cotizaciones se determinan según el nivel de ingresos; las prestaciones se obtienen por haber efectuado cotizaciones sin necesidad de demostrar carencia de recursos. La afiliación era obligatoria para todos los asalariados, reduciendo la protección a éste grupo de la población.

- Asistencia social: consiste en una forma liberalizada de beneficencia en virtud de la cual el Estado asume la protección de la población, para dar a quien nada tiene, asumiendo la totalidad de los costos, prescindiendo de las contribuciones de los beneficiarios. Para la asignación de derechos se requiere demostrar los casos de necesidad prescritos en la ley y no tener recursos considerables que hagan posible asumir los costos de las necesidades, existiendo cierta discreción, por parte del sujeto encargado de la protección, para determinar el monto de las prestaciones dentro de los límites establecidos por el legislador.

Este mecanismo de protección ha surgido en muchos países como complemento del Seguro Social. Tiene como limitante que no es un derecho exigible y las prestaciones se conceden en la medida que el sujeto protector cuente con presupuesto.

- Prestaciones sufragadas con fondos públicos: en estos regímenes el Estado asume la totalidad o gran parte de prestaciones. Las prestaciones son uniformes para quienes pertenezcan a una misma categoría prescrita, sin que se le exija haber sufragado cotizaciones. Se diferencia de la asistencia pública o beneficencia en que no se requiere demostrar carencia de recursos económicos.

- Prestaciones familiares: son los beneficios o subvenciones que se otorgan a un trabajador cuando en la determinación del salario no se tiene en cuenta el tamaño de la familia que debe mantener, o las que se otorgan simplemente para mejorar sus condiciones de vida y la de su familia. (Introducción a la Seguridad Social, 1992, p. 108).
- Cajas de previsión: señala la OIT que es un mecanismo para encauzar el ahorro obligatorio, con cotizaciones de trabajadores y empleadores, que van a una cuenta individual del trabajador para que sean retirados en una suma única, con sus respectivos intereses, cuando sobrevenga una contingencia como llegar a determinada edad, invalidez o la muerte. No obstante, son admisibles retiros anticipados en caso de enfermedades o de desempleo o para financiar viviendas.

La definición de cajas de previsión que trae la Organización Internacional del Trabajo ‘OIT’ no se asimila a las cajas de previsión que conocemos en nuestro derecho interno, tiene más características comunes con las sociedades administradoras de fondos de pensiones creadas con la Ley 100 de 1993.

En nuestro derecho interno existieron cajas de previsión, encargadas de administrar las prestaciones sociales de algunos sectores de la población, público o privado, financiado por el sistema de solidaridad generacional, con el presupuesto de la entidad a la prestaban servicios sus afiliados, funcionaban al margen de cualquier técnica actuarial; para acceder a las prestaciones solo era necesario cumplir con los requisitos señalados en la ley, sin efectuar cotizaciones. (CañónL. 2007, p. 269.)

- Prestaciones adicionales asumidas por los empleadores: se refiere a las indemnizaciones que debe pagar el empleador por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales que afecten a sus trabajadores, ya sea directamente o suscribiendo una póliza, así como el costo de la asistencia médica que sea necesaria; también las indemnizaciones por despido injusto o por reducción de personal, las licencias por enfermedad y maternidad, y todas aquellas que no están previstas en la ley sino acordadas en negociación colectiva.

-
- Programas y servicios que han aparecido para complementar la Seguridad Social: sirven de complemento a las prestaciones dinerarias. Entre estos están comprendidos “...los servicios de salud, la prevención de las enfermedades y los accidentes, la readaptación de los minusválidos, las instalaciones y los servicios especiales para los inválidos y los ancianos, el cuidado y bienestar de la infancia, las clínicas de planificación familiar...”, etc. La organización, dirección y administración de los servicios sociales, en armonía con la Seguridad Social, depende de factores como la evolución histórica del régimen de seguridad, la organización política y social del país, la amplitud y estructura de los diversos programas y la prioridad asignada a cada elemento del régimen.

A estos elementos debemos añadir la noción de pleno empleo, definido por Pérez Leñero como la visión económica de la Seguridad Social, que tiene como propósito evitar la desocupación, que es la causa de la inseguridad del trabajador. (Pérez J. 1956, p. 17).

Al término Seguridad Social se le atribuye un origen legislativo y no doctrinal, es decir algunos instrumentos legislativos se encargaron de utilizarlo antes que la doctrina.

El término Seguridad Social nace en los Estados Unidos de Norteamérica con la Ley Americana de Seguridad Social en 1935, sin alcanzar resonancia. Luego es utilizado el término protección social en la Carta del Atlántico de 1941, como uno de los objetivos de las Naciones Unidas, a partir de este momento es utilizado por diferentes legislaciones, combinándolo con el régimen de Seguro Social o de manera independiente. (Pérez J. 1956, p. 18). En el numeral 5 de la Carta del Atlántico (Historia Siglo 20. (2003). Historia de las relaciones Internacionales durante el siglo XX), refiriéndose a los propósitos de los Estados Unidos y el Reino Unido, se dice:

“5. Desean realizar entre todas las naciones la colaboración más completa, en el dominio de la economía, con el fin de asegurar a todos las mejoras de las condiciones de trabajo, el progreso económico y la protección social”.

El Comité Interamericano de la Seguridad Social y la Organización Internacional del Trabajo ‘OIT’ continúan la labor de definir el término Seguridad Social, acercándose a la connotación actual.

En la Declaración de Santiago de Chile del Comité Interamericano de la Seguridad Social, se estableció el sentido de la Seguridad Social (Declaración de Acapulco (1996). Revista de Seguridad Social recuperado de <http://www.binasss.sa.cr/revistas/rjss/juridica6/referencias.pdf>):

“cada país debe crear, mantener y acrecentar el valor intelectual, moral y físico de sus generaciones activas, preparar el camino de las generaciones venideras y sostener a las generaciones eliminadas de la vida productiva. Este es el sentido de una seguridad social concebida como una economía auténtica y racional de los valores humanos”.

La Organización Internacional del Trabajo ‘OIT’ materializa en la Recomendación N° 67 del 12 de mayo de 1944 el compromiso asumido por su Conferencia, mediante resolución del 5 de noviembre de 1941, de garantizar, a todos, mejores condiciones de trabajo, progreso y Seguridad Social, plasmado en la Carta del Atlántico, con el rótulo de ‘Recomendación sobre la seguridad de los medios de vida’ (Organización Internacional del Trabajo. (1944). Recomendación sobre la seguridad de los medios de vida, núm. 67). Entre los principios directivos de la Recomendación, en el epígrafe ‘Bases’, se establece:

“1. Los regímenes de seguridad de los medios de vida deberían aliviar el estado de necesidad e impedir la miseria, restableciendo, en un nivel razonable, las entradas perdidas a causa de la incapacidad para trabajar (comprendida la vejez), o para obtener trabajo remunerado o a causa de la muerte del jefe de familia.

2. La seguridad de los medios de vida debería organizarse, siempre que fuere posible, a base del Seguro Social obligatorio, según el cual los asegurados que hayan cumplido todas las condiciones exigidas tendrán derecho, en los casos previstos por la ley, en virtud de las cotizaciones que hayan pagado a una institución de Seguro Social, a prestaciones pagaderas de acuerdo con la tasa fijada por la ley.

3. Las necesidades que no estén cubiertas por el Seguro Social obligatorio deberían estarlo por la asistencia social; y ciertas categorías de personas, especialmente los niños, inválidos, ancianos y viudas necesitados, deberían tener derecho a asignaciones de una cuantía razonable, de acuerdo con el baremo establecido.

4. Debería proporcionarse asistencia, de acuerdo con las exigencias de cada caso, a otras personas que se encuentren en estado de necesidad.”

En el texto transcrito se observa una notable influencia del Seguro Social alemán.

La Organización Internacional del Trabajo ‘OIT’ reitera sus principios fundamentales en la Declaración de Filadelfia, del 10 de mayo de 1944, destacando que “la pobreza, en cualquier lugar, constituye un peligro para la prosperidad de todos” y “la lucha contra la necesidad debe proseguirse con incesante energía dentro de cada nación y mediante un esfuerzo internacional continuo y concertado”.

Más adelante, la Organización Internacional del Trabajo ‘OIT’ afirma que la paz solo puede lograrse mediante justicia social y reconoce la obligación de la Organización de fomentar entre las naciones, entre otros programas, los que permitan extender las medidas de Seguridad Social, para garantizar ingresos básicos a quienes los necesiten, prestar asistencia médica completa y garantizar iguales oportunidades educativas y profesionales. (Organización Internacional del Trabajo. (1974). Constitución de la OIT.)

La definición de Seguridad Social, en la doctrina, depende en gran medida de la ideología de quien la expresa, y en consecuencia acentuará algunos de sus caracteres y omitirá o devaluará otros.

Como definición objetiva, por el carácter de organismo internacional y por su composición, es menester citar la de la Organización Internacional del Trabajo ‘OIT’. En 1984, la Organización Internacional del Trabajo ‘OIT’, después de sintetizar la evolución del concepto de lo que hoy se denomina “Seguridad Social”, concreta uno:

“La protección que la sociedad proporciona a sus miembros mediante una serie de medidas públicas, contra las privaciones económicas y sociales que de otra manera derivan de la desaparición o de una fuerte reducción de sus ingresos como consecuencia de enfermedad, maternidad, accidente de trabajo, o enfermedad profesional, desempleo, invalidez, vejez y muerte; y también la protección en forma de asistencia médica y de ayuda a las familias con hijos”. : (Introducción a la Seguridad Social, 1992, p. 3).

En la doctrina encontramos muchas definiciones, pero por la cita recurrente por otros doctrinantes al autor José Pérez Leñero, es menester conocer su concepto:

“La Seguridad Social es la parte de la Ciencia política que, mediante adecuadas instituciones técnicas de ayuda, previsión o asistencia, tiene por fin defender y propulsar la paz y prosperidad general de la sociedad a través del bienestar individual de todos sus miembros”. (Pérez J. 1956, p. 35.)

José Manuel Almanza Pastor, (1991, p.58 - 62.), uno de los más ilustres doctrinantes sobre el tema, define la Seguridad Social desde una perspectiva política y desde una perspectiva jurídica.

Desde el punto de vista político la Seguridad Social es un fin, una misión fundamental del Estado, que afecta a toda la sociedad, ese fin es la liberación de necesidades sociales, que implica la provisión de bienes materiales, morales y espirituales encaminados a obtener el bien común.

Y desde el punto de vista jurídico, se refiere a los instrumentos o medios para conseguir la finalidad política, teniendo en cuenta la realidad de cada país, en cada época, contemplando tres concepciones:

- I. Según la concepción pretérita o limitada “... la Seguridad Social se identifica con la previsión social, en cuanto instrumento protector dirigido a remediar las consecuencias derivadas de los riesgos sociales a través principalmente de la mecánica de los seguros sociales”.
- II. La concepción futurista o asistencial nos permite “... concebir la Seguridad Social como instrumento protector, que garantiza el bienestar material, moral y espiritual de todos los individuos de la población, aboliendo todo estado de necesidad social en que éstos puedan encontrarse. O bien como sistema estatal normativo, orgánico e institucional, que permite a todos los ciudadanos mantenerse establemente libres de toda necesidad”.
- III. Desde la concepción presente o contributiva “... la Seguridad Social depende de cada ordenamiento en concreto y de la medida en que haya podido desprenderse de los lastres de la previsión social para acercarse a los principios de la Seguridad Social arquetípica. Pero ya sabemos que ese acercamiento se halla condicionado por los medios financieros y la realidad nos muestra que éstos, hoy en día, en todos los ordenamientos, son con

variaciones considerables, limitados. Al no establecerse la fiscalización completa, mantiene la financiación parcial a través de las cuotas o contribuciones, como sucedía en la previsión social”.

La Corte Constitucional colombiana ha definido Seguridad Social, coincidiendo con la perspectiva jurídica que propone Almanza Pastor, desde la concepción presente o contributiva, así:

“... la Seguridad Social es el conjunto armónico de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos, conformado por los regímenes generales establecidos para pensiones, salud, riesgos profesionales y servicios complementarios que son definidos en la ley, cuyo objeto es garantizar los derechos irrenunciables de las personas, mediante la cobertura de las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y, en general, las condiciones de vida de toda la población. Este servicio tiene ciertas características básicas: (i) es público de carácter obligatorio, (ii) se prestará bajo la dirección, coordinación y vigilancia del Estado, (iii) con sujeción a los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia, (iv) es un derecho de carácter irrenunciable cuya garantía será ampliada en términos de cobertura y que comprenderá la prestación de los servicios que determine la ley”. (Corte Constitucional, sentencia C-375, 2004).

1.2. Principios constitucionales de la Seguridad Social

La Constitución Política de 1991 en su artículo 48 define la Seguridad Social, señalando algunos de sus principios (Cañón L. 2007, p. 119 – 150). Éste artículo fue modificado por el Acto Legislativo 01 de 2005, consagrando como principio la sostenibilidad financiera:

La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.

Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.

El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley.

...

El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas.

...

Entre los principios de la Seguridad Social, algunos tienen raigambre constitucional y otros tienen consagración en la Ley 100 de 1993. Algunos principios son ampliamente explicados por la doctrina. A continuación se encuentran detallados los principios que tiene una relación directa con el objeto del presente trabajo.

1.2.1. Solidaridad

La Real Academia de la Lengua Española define el término como: “Adhesión circunstancial en la causa o empresa de otros”.

La solidaridad es un patrón de conducta en virtud del cual todos los miembros de la sociedad cooperan o ayudan mutuamente para mejorar sus condiciones de vida, constituyéndose en un deber en cabeza de todos y un derecho en favor de cada miembro de la sociedad, por tanto cada quien recibe según sus necesidades y aporta según su capacidad. En lo concerniente al Estado, el principio de solidaridad implica redistribución de riquezas y adopción de medidas para alcanzar los fines sociales.

Respecto a la solidaridad Antonio Vásquez Vialard sostiene:

“Como ya se ha señalado mediante ella se asocia a toda la población en una lucha contra las consecuencias de los flagelos de la necesidad, la desigualdad, la enfermedad, la miseria. De esa manera, los “ricos” prestan colaboración para que los “pobres” que se ven enfrentados a esas situaciones no sucumban, o la lucha deteriore sus posibilidades de vida en un plano compatible con su carácter de seres humanos. Por tanto, no son uno o algunos los que soportan, por lo menos, las cargas económicas que el hecho genera, sino toda la comunidad”. (VásquezA. p. 391).

La Corte Constitucional ha delimitado las dimensiones de la solidaridad así:

“La solidaridad es un valor constitucional que presenta una triple dimensión. Ella es el fundamento de la organización política; sirve, además, de pauta de comportamiento conforme al que deben obrar las personas en determinadas situaciones y, de otro lado, es útil como un criterio de interpretación en el análisis de las acciones u omisiones de los particulares que vulneren o amenacen los derechos fundamentales”. (Corte Constitucional, sentencia C- 125, 1994).

Almanza Pastor, (1991, Madrid, p. 123), considera la solidaridad como el principio fundamental de la Seguridad Social y afirma que puede ser clasificada según múltiples criterios:

- a) Atendiendo al tipo de interacción cabe una solidaridad directa, es decir, con determinación concreta de las partes interactivas, y una solidaridad indirecta, en la que la interacción se realiza con desconocimiento mutuo e indeterminación de las partes.
- b) En atención a los sujetos puede ser interpersonal, que relaciona a dos o más personas entre sí o bien a los miembros de un determinado grupo, e intergrupala, en la que la solidaridad se colectiviza y refiere a dos o más grupos.
- c) Por la motivación o fuente se clasifica en ética o moral, impuesta por la conciencia o preceptos morales, y normativa o jurídica, establecida vinculantemente por el Derecho.
- d) En orden a la extensión material puede clasificarse en total, si abarca omnicomprensivamente todos los valores de las partes en interacción, y parcial o

especial, si sólo comprende algún valor concreto y determinado (económico, político, religioso, etc.).

- e) Por el ámbito en que se desarrolla permite tanta variedad como grupos sean destacables, desde la solidaridad familiar hasta la solidaridad nacional y la universal.

En la Seguridad Social, la solidaridad se manifiesta de varias maneras. En la asignación de cargas y beneficios entre generaciones, entre los de menores ingresos y los pudientes, entre comunidades, grupos de población, regiones, entre otras.

1.2.2. Universalidad

Es el ideal de lograr la protección de todas las personas que se encuentren en situación de necesidad, (RodríguezM., GorelliJ, y VilchezM. 2004, p. 75), por el solo hecho de pertenecer a la especie humana, contra todas las contingencias y riesgos, (Cañón L. 2007, p. 131), confundándose en éste último aspecto con la integralidad, que será tratada posteriormente. De ahí proviene la clasificación que hacen algunos doctrinantes en universalidad objetiva y subjetiva. (ValdezL., ToyamaJ. 2008, p. 599).

La protección a todos los integrantes de la comunidad es una consecuencia directa de la solidaridad. (Introducción a la Seguridad Social, 1992, p. 13).

Mario de la Cueva pone en evidencia la distinción entre los Seguros Sociales y la Seguridad Social. El Seguro Social tuvo como origen las presiones del movimiento obrero y en consecuencia solo protege al sector asalariado de la población; mientras la Seguridad Social tiene un campo más amplio de protección, que abarca a todos los seres humanos sin consideración a su condición de asalariados, respondiendo a un clamor universal. (De la Cueva M. 1996, p. 55). Se observa así una evolución del modelo Bismarck al modelo Beveridge:

“Beveridge ya había señalado que debía proteger a todos los ciudadanos de toda contingencia, cualquiera fuere su causa, por medio de la acción solidaria de todos los integrantes del sistema... Esta premisa no la contemplaban los seguros sociales, quienes sesgaban frecuentemente por

ramas de actividad o en relación a los ingresos, por lo que podemos concluir que el sistema evolucionó desde los más económicamente débiles (Bismark) hacia una política de protección nacional (Beveridge)”. (HumeresH, HumeresH, 1997, p. 498.)

La consecución de éste propósito va a depender de las condiciones económicas de cada comunidad, es por esa razón que el Convenio 102 de la OIT prescribe una cobertura mínima de algunas prestaciones en un 50%, para que un mayor número de países puedan cumplirla. En el caso de las prestaciones de sobrevivientes por muerte de asalariados exige una cobertura mínima de 50% y si se trata de un sujeto perteneciente a la población económicamente activa exige un 20%. (Organización Internacional del Trabajo. (1952). Convenio sobre la seguridad social (norma mínima) núm. 102.)

Éste principio tiene consagración en el artículo 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos “Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la Seguridad Social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”, y en el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales. En el ámbito interno lo encontramos en el artículo 48 de la Constitución Política y en el literal b del artículo 2 de la Ley 100 de 1993.

1.2.3. Integralidad

El principio de integralidad se resume así: “La Seguridad Social debe amparar contra todos los riesgos o contingencias sociales y sus prestaciones han de ser suficientes para asegurar un mínimo adecuado”, definición de Carmelo Mesa Lago para la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) en un estudio de marzo de 2004. (Las reformas de pensiones en América Latina y su impacto en los principios de la Seguridad Social, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Santiago, p.p. 102 – 103.)

En cuanto a las contingencias o riesgos cubiertos, el Convenio 102 de la OIT, enuncia las prestaciones a cargo de los Estados: asistencia médica, prestaciones monetarias de enfermedad,

prestaciones de desempleo, prestaciones de vejez, prestaciones en caso de accidente del trabajo y enfermedad profesional, prestaciones familiares, prestaciones de maternidad, prestaciones de invalidez y prestaciones de sobrevivientes. (Organización Internacional del Trabajo. (1952). Convenio sobre la seguridad social (norma mínima) núm. 102.)

Referido por algunos autores como principio de universalidad objetiva (Trabajo y Seguridad Social 2008, p. 599), y por otros como principio de integridad. (RengifoJ. 1989, p. 74). No obstante, existen autores que establecen una distinción entre universalidad objetiva e “integridad”, según la cual la primera se refiere al cubrimiento de todo tipo de riesgos o contingencias y la segunda está encaminada a darle carácter de suficiencia a las prestaciones para atender las contingencias sociales y solucionar cada caso. (HumeresH, HumeresH, 1997, p. 499.)

1.2.4. Progresividad

Principio enunciado en el numeral 1 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Sociales Económicos y Culturales (Frente Parlamentario Contra el Hambre. (2013). recuperado de <http://www.rlc.fao.org/frente/pdf/pidesc.pdf>), en los artículos 2 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos – Pacto de San José de Costa Rica, y en el artículo 1 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales - Protocolo de San Salvador (Convención Americana sobre Derechos Humanos. (1969). Pacto de San José de Costa Rica).

Los instrumentos internacionales antes mencionados, en el derecho interno tienen como fuente de aplicación el numeral 2 del artículo 93 de la Constitución Política de Colombia, en virtud del cual: “Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”. Así las cosas, los instrumentos antes citados hacen parte del Bloque de Constitucionalidad.

También encuentra consagración expresa en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, antes y después de la modificación del Acto Legislativo 01 de 2005, que en el inciso 3° dice al respecto: “El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente

la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley”.

De conformidad con los Principios de Limburgo, los Estados están en la obligación de garantizar un mínimo de protección o de reconocimiento de derechos sociales, económicos y culturales, que en Seguridad Social está previsto en la norma mínima de Seguridad Social (Convenio 102 de la OIT), e ir mejorando gradualmente la protección mínima en la medida en que lo permitan sus recursos disponibles, incluyendo medidas legislativas, administrativas, judiciales, económicas, sociales y educacionales.

La ampliación paulatina no implica que los Estados aplacen indefinidamente éste propósito, por el contrario deben actuar de manera inmediata y con rapidez, debe asumir una actitud activa, sin que sea necesario esperar aumento en los recursos sino la utilización eficaz de los disponibles, entendiéndose como recursos disponibles no solo con los que cuenta el mismo Estado sino los recursos provenientes de la comunidad internacional mediante la cooperación y asistencia internacionales. (Facultad de Derechos de la Universidad de Limburgo. (1986). Principios de Limburgo sobre la aplicación del pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales.)

Para la explicación de éste principio es imprescindible citar las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas respecto a la adopción de medidas señala (ONU (s.f). Committee on Economic, Social and Cultural Rights - General Comments[Comité de Derechos Economicos, Sociales y Culturales-Comentarios Generales]): “Tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto”; (Párrafo 2 de la Observación General N° 3.) “... aun cuando los recursos disponibles son insuficientes, la obligación sigue siendo un Estado Parte se empeñe en asegurar el disfrute más amplio posible de los derechos pertinentes dadas las circunstancias reinantes...”; (Párrafo 11 de la Observación General N° 3.) “... aun en tiempos de limitaciones graves de recursos, causadas sea por el proceso de ajuste, de recesión económica o por otros factores, a los miembros vulnerables de la sociedad puede y debe ser protegida por la adopción de un costo relativamente bajo programas específicos...”. (Párrafo 12 de la Observación General N° 3).

De manera específica, el Comité se refiere al derecho a la Seguridad Social, en los siguientes términos:

“... los Estados Partes deben tomar medidas efectivas y revisarlas en caso necesario, hasta el máximo de los recursos de que dispongan, para realizar plenamente el derecho de todas las personas, sin ningún tipo de discriminación, a la Seguridad Social, incluido el Seguro Social. La formulación del artículo 9 del Pacto indica que las medidas que se utilicen para proporcionar las prestaciones de Seguridad Social no pueden definirse de manera restrictiva y, en todo caso, deben garantizar a toda persona un disfrute mínimo de este derecho humano...”. (Párrafo 3 de la Observación General N° 19).

La progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales implica la obligación correlativa de no regresividad, es decir se presumen violatorias las medidas regresivas, salvo que el Estado demuestre que eran necesarias: “... las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de recursos disponibles”. (Párrafo 9 de la Observación General N° 3).

Además de la necesidad de las medidas regresivas, el Comité ha considerado que el Estado debe examinar minuciosamente todas las alternativas posibles y si se justifican o no atendiendo sistemáticamente todos los derechos consagrados en el Pacto, asimismo ha fijado pautas para evaluar la justificación de medidas regresivas:

“a) si hubo una justificación razonable de las medidas; b) si se estudiaron exhaustivamente las posibles alternativas; c) si hubo una verdadera participación de los grupos afectados en el examen de las medidas y alternativas propuestas; d) si las medidas eran directa o indirectamente discriminatorias; e) si las medidas tendrán una repercusión sostenida en el ejercicio del derecho a la Seguridad Social o un efecto injustificado en los derechos adquiridos en materia de Seguridad Social, o si se priva a alguna persona o grupo del acceso al nivel mínimo indispensable de Seguridad Social; y f) si se hizo un examen independiente de las medidas a nivel nacional”. (Párrafo 42 de la Observación General N° 19).

Nuestra Corte Constitucional ha señalado cuándo resulta regresiva una medida y por ende limita la libertad de configuración normativa del legislador:

“(1) cuando recorta o limita el ámbito sustantivo de protección del respectivo derecho; (2) cuando aumentan sustancialmente los requisitos exigidos para acceder al respectivo derecho; (3) cuando disminuye o desvía sensiblemente los recursos públicos destinados a la satisfacción del derecho”. (Corte Constitucional, sentencia C-507 2008).

Y también, al igual que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, la Corte Constitucional delimitó los casos en los que se justifican las medidas regresivas:

“(1) que la medida busca satisfacer una finalidad constitucional imperativa; (2) que, luego de una evaluación juiciosa, resulta demostrado que la medida es efectivamente conducente para lograr la finalidad perseguida; (3) que luego de un análisis de las distintas alternativas, la medida parece necesaria para alcanzar el fin propuesto; (4) que no afectan el contenido mínimo no disponible del derecho social comprometido; (5) que el beneficio que alcanza es claramente superior al costo que aparece”.

A manera de conclusión puede decirse que el principio de progresividad es un instrumento para lograr la universalidad y la integralidad. Debe ser interpretado y armonizado con los principios antes enunciados y con otros principios como igualdad y sostenibilidad financiera. Para evaluar si una medida es regresiva no deben analizarse situaciones, sujetos o prestaciones aisladas sino el panorama conjunto de las normas, los sujetos y las prestaciones. (López E. 2011, p. 203 – 213).

1.2.5. Irrenunciabilidad y obligatoriedad

El Estado, a la vez que protege a los beneficiarios de los derechos y garantías del Sistema mediante el principio de irrenunciabilidad, al impedir la renuncia a los derechos por ser de orden público; (Arenas G. 2011, p. 129), impone a los prestadores la continuidad y calidad del servicio y a la población la afiliación aún contra su voluntad, en virtud del principio de obligatoriedad. (ArenasG. 2011, p. 128).

El principio de irrenunciabilidad tiene como fuente normativa el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia: “Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social”.

Significa éste principio que nadie se puede privar de las posibilidades o ventajas establecidas en su propio provecho, (PláA. 1997, p. 119), cualquier estipulación en contrario carece de efecto. Las normas del Derecho de la Seguridad Social son de orden público, por contera los particulares no pueden disponer voluntariamente de las ventajas o beneficios mínimos contenidos en ella.

Con fundamento en éste principio las Altas Cortes colombianas han sentado su criterio sobre la imposibilidad de perder los derechos y garantías mínimas previstas en el sistema, cuando solicitan una prestación de menor envergadura a la que les corresponde (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, 2006), o cuando son conciliados en detrimento del afiliado. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia de 2012).

Pérez Leñero, para fundamentar la obligatoriedad de la Seguridad Social, pone en evidencia que los hombres por naturaleza somos imprevisores, por incultura o por economía, por lo que la sociedad o el Estado tienen la misión de imponerla. (Pérez L., p. 205).

Prosigue el autor afirmando que la obligatoriedad sirve de sustento a la solidaridad, porque todos deben contribuir a la Seguridad Social, pero de forma diferente. El Estado pone a disposición toda la contextura social con las ayudas y defensas de la autonomía individual, los empleadores con la reducción de sus beneficios económicos sin trasladar la carga a los consumidores y los trabajadores destinando a la Seguridad Social parte de su salario. (Pérez L. p. 209).

1.2.6. Igualdad

En virtud de éste principio el Estado debe distribuir las cargas y beneficios sociales de manera equitativa, mandato que se materializa de cuatro maneras: 1. Ante las mismas situaciones de hecho el trato debe ser igual; 2. El trato debe ser diferenciado cuando las situaciones de hecho no compartan elementos comunes; 3. Trato paritario cuando las situaciones de hecho tengan similitudes y diferencias, pero las similitudes son más relevantes que las diferencias; 4. Trato

diferenciado cuando existan similitudes y diferencias, pero las diferencias sean más relevantes que las similitudes. (BernalC. 2009, p. 215).

El Estado debe materializar acciones positivas encaminadas a eliminar la desigualdad, promover la inclusión y la participación, y garantizar a quienes se encuentran en circunstancias de debilidad o de inferioridad el goce efectivo de sus derechos fundamentales, (Corte Constitucional, sentencia C-1064 2001), para ello se requiere el reconocimiento de las desigualdades entre los hombres por diferentes razones como sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, etc.

No debemos confundir el principio de igualdad con el derecho de igualdad. Éste derecho fundamental, es la facultad que tiene toda persona de exigir del Estado y de los particulares el cumplimiento del principio de igualdad. (Bernal C. p. 215).

Para garantizar el derecho a la igualdad de todas las personas, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales recomienda:

“31. Aunque toda persona tiene derecho a la Seguridad Social, los Estados Partes deben prestar especial atención a las personas y los grupos que tradicionalmente han tenido dificultades para ejercer este derecho, en particular las mujeres, los desempleados, los trabajadores insuficientemente protegidos por la Seguridad Social, las personas que trabajan en el sector no estructurado, los trabajadores enfermos o lesionados, las personas con discapacidad, las personas de edad, los niños y adultos a cargo, los trabajadores domésticos, las personas que trabajan en su domicilio, los refugiados, los solicitantes de asilo, los desplazados internos, los repatriados, los no nacionales, los presos y los detenidos. (Párrafo 31, Observación General N° 19)”.

En Seguridad Social éste principio se manifiesta a través de los principios de solidaridad y de universalidad, en virtud de los cuales se pretende la protección de toda la sociedad contra todas las contingencias, mediante la contribución de todos los que tienen capacidad económica para hacerlo y eximiendo a quienes no tienen capacidad económica.

Si bien éste principio no está consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, como principio del Sistema General de Seguridad Social, sí está en el artículo 13 de la misma obra, entre los derechos fundamentales, por tanto es aplicable al tema que nos ocupa.

1.2.7. Sostenibilidad financiera

La sostenibilidad financiera fue elevada a rango constitucional en el Acto Legislativo 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la Constitución Política. La implementación de este principio fue el propósito prístino de la reforma. (Gaceta del Congreso N° 385 de 2004, proyecto de acto legislativo N° 34 de 2004.).

El principio de sostenibilidad financiera propende por el equilibrio entre los ingresos y los gastos a cargo del sistema. En aplicación de éste principio, el legislador está impedido para adoptar medidas u otorgar beneficios de Seguridad Social si no existen fuentes de financiación disponibles para cumplirlas.

Para garantizar la sostenibilidad financiera, el convenio 102 de la OIT impone a los Estados miembros (Organización Internacional del Trabajo. (1952). Convenio sobre la seguridad social (norma mínima) núm. 102.): "... garantizar, cuando fuere oportuno, que los estudios y cálculos actuariales necesarios relativos al equilibrio se establezcan periódicamente y, en todo caso, previamente a cualquier modificación de las prestaciones, de la tasa de las cotizaciones del seguro o de los impuestos destinados a cubrir las contingencias en cuestión".

La sostenibilidad financiera se logra cuando existen flujos de recursos suficientes para garantizar el cumplimiento oportuno y adecuado de las prestaciones, es decir garantizar la viabilidad del sistema y en consecuencia su permanencia en el tiempo. (Corte Constitucional, sentencia C-252 del 16 de abril de 2010).

La OIT advierte sobre la necesidad de examinar con prudencia la implementación de programas nacionales con un espacio fiscal suficiente y asegurar una financiación predecible y sostenible a largo plazo. También señala que la cancelación de deuda y los ingresos procedentes de los recursos naturales, junto con el crecimiento económico y la recaudación eficiente de impuestos, son las principales causas de la recuperación financiera de los países con ingresos bajos y por ende les ha permitido desarrollar la construcción progresiva de pisos de protección social sostenibles. La solidaridad internacional servirá para consolidar los programas creados e incluso iniciarlos (Informe del Grupo consultivo presidido por Michelle Bachelet Convocado por la OIT

con la colaboración de la OMS, *Piso de Protección Social para una globalización equitativa e inclusiva*, Oficina Internacional del Trabajo, 1ª edición, 2011.).

1.2.8. Eficiencia

Es la utilización óptima de los recursos sociales disponibles para garantizar la mayor y mejor cobertura personal y prestacional posible.

Para materializar éste principio se requiere que la administración del régimen sea sana y transparente, con costos tan bajos como sea posible. Los bajos costos se logran con la unidad en la dirección y coordinación del sistema a cargo del Estado y en la gestión de los riesgos que puede estar a cargo de entidades públicas o privadas; también con la participación de los interesados en la administración como expresión de la democracia. (MesaC. (2004). *Las reformas de pensiones en América Latina y su impacto en los principios de la Seguridad Social*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Santiago, p.. 102 – 103.)

1.3. Campo de acción de la Seguridad Social

1.3.1. Sujetos protegidos por la Seguridad Social

Hace referencia a las personas que tienen un derecho genérico, potencial o actual, a la protección de la Seguridad Social.

Puede ser potencial porque el sujeto que no se encuentra en situación de necesidad, tiene la expectativa de percibir las prestaciones concretas cuando incurra en estado de necesidad; puede ser actual cuando el sujeto se encuentra en situación de necesidad y percibe prestaciones concretas; puede ser potencial y actual cuando el sujeto recibe prestaciones por estar en situación de necesidad, pero puede acceder a otras prestaciones por otras necesidades futuras. (Almanza J. 1991, p. 130).

Inicialmente, los seguros sociales limitaban la cobertura personal a los trabajadores asalariados.

El principio de universalidad fija a los Estados el norte de la cobertura personal, hacia una cobertura absoluta, propósito que se logra de manera progresiva y no inmediata, según la disponibilidad de recursos de cada Estado. En su intento de lograr la cobertura universal los Estados recurren a los siguientes criterios de cobertura personal:

- Nacionalidad y residencia: en el caso colombiano la Constitución Política de 1991 garantiza a todos los habitantes del territorio nacional el derecho irrenunciable a la Seguridad Social. Este criterio determina el campo de aplicación de los regímenes no contributivos.
- Población económicamente activa, es decir quienes realizan alguna actividad productiva, como trabajadores dependientes, trabajadores independientes, etc. y en consecuencia son afiliados y cotizantes obligatorios.
- Familiares del afiliado: se considera que el asegurado no es un sujeto aislado sino un sujeto que vive en sociedad, que debe atender las necesidades de su familia o asimilados como propias. (Almanza J. 1991, p. 141 – 142).
- Pensionados o beneficiarios que reciben prestaciones periódicas: son quienes están percibiendo prestaciones y tienen expectativa de recibir prestaciones por otras necesidades.
- Trabajadores que han cesado temporal o definitivamente en su actividad profesional.

1.3.2. Objeto de protección de la Seguridad Social

La Seguridad Social, como conjunto de mecanismos e instrumentos de protección de necesidades sociales, pretéritas, presentes o futuras, amplía su radio de acción frente a la noción de riesgo.

El objeto de protección de la Seguridad Social son las necesidades sociales.

No solo hacen parte de dicho objeto los acontecimientos que producen daño, también los que pese a disminuir la capacidad económica de los sujetos protegidos (nacimiento de hijos) o su estado de salud (maternidad), son deseados; también hacen parte de él los acontecimientos pasados o presentes a la relación jurídica de la Seguridad Social, y no solo los futuros como ocurre con la aplicación de la noción de riesgo.

1.3.2.1. Necesidades Protegidas. Debemos entender el término necesidades como carencia de recursos suficientes para la conservación de la vida. Las necesidades se clasifican en individuales y colectivas.

La principal característica de las necesidades individuales es la susceptibilidad de valuación económica, pese a no ser directamente de naturaleza económica.

Las necesidades individuales se reducen a la pérdida o disminución de la capacidad de ganancia (se refiere a la capacidad laboral y a las posibilidades objetivas de ubicación), defecto de ingresos – exceso de gastos (situaciones que privan al sujeto asegurado de los medios con que atendía al sostenimiento propio y al de su familia o los disminuyen de tal forma que son insuficientes para atender su nivel de subsistencia).

Para Almanza Pastor, (1991, p. 226-227), la situación de necesidad son las necesidades determinadas por el legislador como merecedoras de protección y el estado de necesidad es la carencia, real y objetiva, de medios económicos. En algunos casos se presume el estado de necesidad con la inclusión legislativa, pero en otros casos no basta con la determinación de necesidad para acceder a las prestaciones sino que se requiere también demostrar la carencia de medios de subsistencia.

Las necesidades colectivas son las necesidades cuya satisfacción se realiza mediante servicios dirigidos a un grupo como ente colectivo determinado espacial y temporalmente, tales como la higiene y la seguridad en el trabajo; además no son susceptibles de valoración económica.

1.3.2.2. Causas de las necesidades. Las causas de las necesidades son las contingencias sociales entendidas como "... acontecimientos de la vida común de las personas, no necesariamente vinculados con la actividad laboral, ni necesariamente productores de daños, pero que generan necesidades para cuya protección se tiene que acudir a la ayuda de otros individuos diferentes de la persona que las soporta, representadas en éste caso por las instituciones de la Seguridad Social". (Cañón L. 2007 p. 165).

La doctrina ha sintetizado las principales contingencias protegidas por la Seguridad Social: (ArenasG. 2011, p. 39).

- Alteración de la salud, supone el riesgo de enfermar y/o morir, produce necesidad de asistencia médica y exceso de gastos, puede tener origen común o profesional. En éste punto puede incluirse la maternidad, en cuanto puede producir las necesidades antes mencionadas, sin distinción del nacimiento biológico, por adopción o con ayuda científica.
- La incapacidad laboral, es la pérdida o disminución de la capacidad para proveer los medios de subsistencia mediante el trabajo, trae como consecuencia la disminución de ingresos y el exceso de gastos.
- La muerte es el fin de la existencia de las personas naturales, lleva aparejada la pérdida de ingresos para el núcleo familiar supérstite y exceso de gastos emergentes.
- La vejez, pérdida de las fuerzas necesarias para trabajar por el transcurso del tiempo y correlativamente la disminución de los ingresos.
- El desempleo, consiste en la pérdida o disminución del empleo de las personas económicamente activas y por ende de los ingresos.
- La familia, que genera incremento de gastos en quien funge como sostén de la misma.

La OIT establece características comunes entre las diferentes contingencias: (Introducción a la Seguridad Social, 1992, p. 22).

-
- Todas están relacionadas con un hecho biológico, salvo el desempleo.
 - Todas ponen a dura prueba la capacidad del trabajador para hacer frente a sus gastos con sus ingresos, otras los reducen, interrumpen o hacen desaparecer.
 - Algunas son duraderas (vejez, muerte e invalidez) y otras son de corta duración o temporales (enfermedad, maternidad y muerte). El desempleo puede ser prolongado según los problemas de cada Estado.

1.3.3 Prestaciones de la Seguridad Social

Puede definirse como aquello que la Seguridad Social provee a los individuos.

Han tenido una evolución paulatina iniciando con la sustitución de los ingresos de los trabajadores cuando interrumpieran o cesaran definitivamente en su trabajo, luego se extendió a la asistencia médica de los asegurados y sus familiares, continuó con el apoyo financiero a quienes por sus escasos recursos o sus necesidades familiares o responsabilidades excepcionales los hicieran merecedores de atención especial de la comunidad, y también puede comprender vivienda o alimentos subsidiados, e incluso transportes.

De conformidad con el Convenio 102 de la OIT las prestaciones mínimas a cargo de la Seguridad Social son:

- i. Asistencia médica: (Convenio 102 de la OIT, Artículos 7 – 12), la contingencia cubierta deberá comprender todo estado mórbido cualquiera que fuere su causa, el embarazo, el parto y sus consecuencias. Las prestaciones deberán comprender, por lo menos: a) en caso de estado mórbido:
 - (1.) La asistencia médica general, comprendida la visita a domicilio;
 - (2.) La asistencia por especialistas, prestada en hospitales a personas hospitalizadas o no hospitalizadas, y la asistencia que pueda ser prestada por especialistas fuera de los hospitales;
 - (3.) El suministro de productos farmacéuticos esenciales recetados por médicos u otros

profesionales calificados; y (4.) La hospitalización, cuando fuere necesaria; y b) en caso de embarazo, parto y sus consecuencias; (5.) La asistencia prenatal, la asistencia durante el parto y la asistencia puerperal prestada por un médico o por una comadrona diplomada; y (6.) La hospitalización, cuando fuere necesaria.

La asistencia médica prestada de conformidad con este artículo tendrá por objeto conservar, restablecer o mejorar la salud de la persona protegida, así como su aptitud para el trabajo y para hacer frente a sus necesidades personales. Para acceder a las prestaciones se requiere haber cumplido periodos de calificación y se otorgarán al asegurado y a sus familiares.

- ii. Prestaciones monetarias de enfermedad: (Convenio 102 de la OIT, Artículos 13 – 18), la contingencia cubierta deberá comprender la incapacidad para trabajar, resultante de un estado mórbido, que entrañe la suspensión de ganancias. La prestación consistirá en un pago periódico, previas cotizaciones durante un periodo determinado para evitar abusos, durante toda la contingencia que podrá limitarse a veintiséis semanas y sin pago los tres primeros días.
- iii. Prestaciones de desempleo: (Convenio 102 de la OIT, Artículos 19 – 24), la contingencia cubierta deberá comprender la suspensión de ganancias, según la define la legislación nacional, ocasionada por la imposibilidad de obtener un empleo conveniente en el caso de una persona protegida que sea apta para trabajar y esté disponible para el trabajo. La prestación consistirá en un pago periódico que deberá concederse durante todo el transcurso de la contingencia, pero su duración podrá limitarse: a) cuando la protección comprenda a categorías de asalariados, a trece semanas en el transcurso de un período de doce meses; b) cuando la protección comprenda a todos los residentes cuyos recursos durante la contingencia no excedan de límites prescritos, a veintiséis semanas en el transcurso de un período de doce meses.
- iv. Prestaciones de vejez: (Convenio 102 de la OIT, Artículos 25 – 30), la contingencia cubierta será la supervivencia más allá de una edad prescrita, que no deberá exceder de

65 años, salvo que la capacidad de trabajar de las personas permita una edad más avanzada. La prestación consistirá en un pago periódico.

- v. Prestaciones en caso de accidente del trabajo y de enfermedad profesional: (Convenio 102 de la OIT, Artículos 31 – 38), las contingencias cubiertas deberán comprender las siguientes, cuando sean ocasionadas por un accidente de trabajo o una enfermedad profesional prescritos:

(a) Estado mórbido; (b) incapacidad para trabajar que resulte de un estado mórbido y entrañe la suspensión de ganancias, según la defina la legislación nacional; (c) pérdida total de la capacidad para ganar o pérdida parcial que exceda de un grado prescrito, cuando sea probable que dicha pérdida total o parcial sea permanente, o disminución correspondiente de las facultades físicas; y (d) pérdida de medios de existencia sufrida por la viuda o los hijos como consecuencia de la muerte del sostén de familia; en el caso de la viuda, el derecho a las prestaciones puede quedar condicionado a la presunción, conforme a la legislación nacional, de que es incapaz de subvenir a sus propias necesidades.

Respecto al estado mórbido, las prestaciones deberán comprender la asistencia médica: (a) la asistencia médica general y la ofrecida por especialistas, a personas hospitalizadas o no hospitalizadas, comprendidas las visitas a domicilio; (b) la asistencia odontológica; (c) la asistencia por enfermeras, a domicilio, en un hospital o en cualquier otra institución médica; (d) el mantenimiento en un hospital, centro de convalecencia, sanatorio u otra institución médica; (e) el suministro de material odontológico, farmacéutico, y cualquier otro material médico o quirúrgico, comprendidos los aparatos de prótesis y su conservación, así como los anteojos; y (f) la asistencia suministrada por miembros de otras profesiones reconocidas legalmente como conexas con la profesión médica, bajo la vigilancia de un médico o de un dentista.

Respecto a la incapacidad para trabajar o a la pérdida total de capacidad para ganar, cuando es probable que sea permanente, a la disminución correspondiente de las

facultades físicas o a la muerte del sostén de familia, la prestación deberá consistir en un pago periódico calculado de conformidad.

En caso de pérdida parcial de la capacidad para ganar, cuando es probable que sea permanente, o en caso de una disminución correspondiente de las facultades físicas, la prestación, cuando deba ser pagada, consistirá en un pago periódico que represente una proporción conveniente de la prestación prevista en caso de pérdida total de la capacidad para ganar o de una disminución correspondiente de las facultades físicas

- vi. Prestaciones familiares: (Convenio 102 de la OIT, Artículos 39 – 45), la contingencia cubierta será la de tener hijos a cargo en las condiciones que prescriba cada Estado. Las prestaciones deberán consistir: a) sea un pago periódico concedido a toda persona protegida que haya cumplido el período de calificación prescrito; b) sea el suministro a los hijos, o para los hijos, de alimentos, vestido, vivienda y el disfrute de vacaciones o de asistencia doméstica; c) o bien una combinación de las prestaciones mencionadas en los literales anteriores.
- vii. Prestaciones de maternidad: (Convenio 102 de la OIT, Artículos 46 – 52), la contingencia cubierta deberá comprender el embarazo, el parto y sus consecuencias, y la suspensión de ganancias resultantes de los mismos. La asistencia médica tendrá por objeto conservar, restablecer o mejorar la salud de la mujer protegida, así como su aptitud para el trabajo y para hacer frente a sus necesidades personales, deberá comprender, por lo menos: a) la asistencia prenatal, la asistencia durante el parto y la asistencia puerperal prestada por un médico o por una comadrona diplomada; y b) la hospitalización, cuando fuere necesaria. Respecto a la suspensión de ganancias resultante del embarazo, del parto y de sus consecuencias, la prestación consistirá en un pago periódico.
- viii. Prestaciones de invalidez: (Convenio 102 de la OIT, Artículos 53 – 58), la contingencia cubierta deberá comprender la ineptitud para ejercer una actividad profesional, en un grado prescrito, cuando sea probable que esta ineptitud será permanente o cuando la

misma subsista después de cesar las prestaciones monetarias de enfermedad. La prestación puede consistir en un pago periódico.

- ix. Prestaciones de sobrevivientes: (Convenio 102 de la OIT, Artículos 59 – 64), puede consistir en un pago periódico por lo menos a la viuda y a los hijos por la muerte del sostén de la familia.

Colofón de éste capítulo, los mecanismos de protección del hombre han venido evolucionando hasta llegar a lo que hoy conocemos como Seguridad Social, cuyo principio fundamental es la solidaridad. En aplicación de éste principio la Seguridad Social propende por la protección de las necesidades sociales de quienes no tienen como autosostenerse, cuando ha fallecido quien representaba el sostén económico de la familia, que pueden ser padres de crianza e hijos de crianza o padrastros madrastras e hijastros, si en realidad puede decirse que conforman una familia.

A través de la solidaridad se logra el cometido de los demás principios, puesto que se amplía la protección a toda la población, pero teniendo en cuenta que los recursos son escasos y hay que ser prudentes en los gastos, para lograr que toda la población pueda acceder a las prestaciones que ofrece la Seguridad Social, con un nivel de protección alto, según las posibilidades económicas de cada Estado, sin lugar a discriminaciones a ningún sector de la población.

En el próximo capítulo se hará un estudio sobre el concepto de familia, desde el punto de vista sociológico y desde el punto de vista jurídico colombiano, los deberes de la familia y los tipos de familias autorizados por el texto del artículo 42 de la Constitución Política de Colombia de 1991, para determinar si las familias conformadas por padrastro o madrastra e hijastros, padres de crianza e hijos de crianza son verdaderas familias.

Capítulo 2: La Familia

En el capítulo se estudia cómo ha variado el concepto de familia a lo largo de la historia de la humanidad, se intenta definir el concepto de familia según la doctrina, la jurisprudencia constitucional colombiana y los organismos internacionales, para luego describir los diferentes conceptos de familia que se encuentran en la legislación colombiana, para diferentes efectos.

Asimismo, se relacionan los diferentes tipos de familia que actualmente se presentan no solo en Colombia, sino en diferentes partes del mundo, sin estar atados a una legislación determinada sino a la realidad de la vida diaria.

Se analizan las funciones de la familia, dándole relevancia a la asistencia familiar y los deberes que derivan de la asistencia familiar, y también a la obligación alimentaria señalando los elementos, requisitos, titulares de la obligación y orden de prelación en Colombia.

Finalmente descendemos a la familia en Colombia, a la luz de la Constitución Política de 1991 y la legislación interna, estableciendo los límites de la familia según el parentesco, determinando la filiación y las reglas del estado civil en Colombia.

2.1. Origen de la Familia

A lo largo de la historia el concepto de grupo familiar ha ido variando. Inicialmente el hombre primitivo vivía en promiscuidad sexual, por tanto la descendencia paterna era desconocida y la familia se conformaba en torno a la madre, lo cual le daba un carácter preeminente en la sociedad (Engels F. 1993, p. 17 – 89).

El hombre practicaba la poligamia y la mujer la poliandria, al punto que los hombres eran de todas las mujeres y las mujeres de todos los hombres, sin importar la existencia de vínculos de consanguinidad. Cuando el hombre supera el estadio de promiscuidad sexual surge la familia consanguínea.

La familia consanguínea prohíbe uniones entre diferentes generaciones. Se daban los matrimonios entre grupos de mujeres y grupos de hombres, considerando hijos de todos los miembros de los grupos a sus descendientes y hermanos a todos los de su generación, es decir en primera generación podían estar los grupos de abuelos y abuelas, y todos eran marido y mujer entre sí; luego los grupos de padres y madres, quienes también eran esposos entre sí, y así sucesivamente. Si bien era posible encontrar hermanos en los grupos, las relaciones sexuales entre hermanos no estaban prohibidas, pero sí con los descendientes y ascendientes comunes.

La familia punalúa fue el segundo paso para conformar el parentesco que hoy conocemos. Consistía en la conformación de un grupo de mujeres, hermanas carnales o lejanas (entendiendo por tales las primas), que compartían maridos, conformado por un grupo de hombres, de los que estaban excluidos sus hermanos carnales y lejanos y también sus descendientes y ascendientes. Entonces los hijos de estos matrimonios grupales eran hermanos y por tanto estaban impedidos para casarse.

Todas esas prohibiciones relacionadas con el parentesco hicieron casi imposibles los matrimonios por grupos, dando lugar a la familia sindiásmica, en virtud de la cual el hombre permanecía unido con una mujer principal, que no era la única y tampoco necesariamente la preferida, es decir, el hombre conservaba el derecho a ser infiel pero la mujer estaba obligada a serle fiel mientras permanecieran unidos. El vínculo era fácilmente soluble por voluntad de cada uno de los cónyuges, quedando los hijos a cargo de la mujer.

Surge posteriormente, por razones económicas, la necesidad de conformar la familia monogámica, en donde no es posible la pluralidad de esposos o esposas, con el propósito de que los hijos del padre conservaran su patrimonio a partir de su muerte. El matrimonio monogámico era indisoluble o por lo menos más difícil deshacer.

2.2. *Concepto de familia*

Previo a cualquier definición, debemos tener presente como Federico Engels explica que la familia es una realidad que evoluciona rápidamente; tanto que la legislación generalmente se ve rezagada ante esa realidad:

“Al paso que la familia sigue viviendo, el sistema de parentesco se osifica; y mientras éste continúa en pie por la fuerza de la costumbre, la familia rebasa su marco. Pero, por el sistema de parentesco legado hasta nuestros días podemos concluir que existió una forma de familia a él correspondiente y hoy extinta...”. (Engels F. 1993, p. 17 – 89).

El concepto de familia no está limitado por el parentesco que determine cada legislación y mucho menos al vínculo matrimonial, es un concepto amplio determinado por las circunstancias sociales y económicas de cada Estado. Es decir, la familia evoluciona constantemente de la mano de las realidades sociales. Habrá tantos tipos de familia como permita la imaginación o, mejor, tantos como las situaciones sociales y económicas conduzcan a ellos.

Es tan complejo dar un concepto unívoco de familia, que los sociólogos prefieren hablar de familias y definir varios tipos de familias según sus características:

“El concepto de familia se refiere a una realidad muy compleja, sometida a variaciones y con una gran diversidad de acepciones en todos los campos. La familia, ese entorno social primero del hombre, ni ha sido siempre tal y como hoy la concebimos ni lo es en la actualidad en todas las civilizaciones, culturas y sociedades que en el mundo coexisten. De ahí que haya autores que consideran que sería más apropiado hablar de familias”. (HernándezG. 2004, p. 541).

El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en la Observación general N° 19 (Observación General No. 19, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 23 - La familia, 39° período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 171 (1990)), al referirse al artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, resalta que el concepto de familia no es unívoco, puede variar de un Estado a otro e incluso dentro de un mismo Estado ‘... de manera que no es posible dar una definición uniforme del concepto’ y a la vez hace un llamado a los Estados para que garanticen la protección de los diferentes tipos de

familias y a sus miembros, por medios financieros o de otra índole, y pone en relieve el derecho de la familia de ser protegida por la sociedad consagrado en el mismo Pacto.

La Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 16), el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (art. 23), (Ley 74 de 1968), en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 10) y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica- (art. 17), (Ley 16 de 1972), coinciden en describir la familia como el núcleo fundamental de la sociedad, sobre la que se construye la misma, asignándole al Estado la responsabilidad de protección y asistencia. Instrumentos con fuerza vinculante en el orden interno por ser parte del Bloque de Constitucionalidad en virtud del artículo 93 de la Constitución Política de Colombia.

Pese a lo anterior, para efectos de realizar censos de población y habitación, el Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de la Organización de Naciones Unidas, define qué debe entenderse por hogar y establece las diferencias entre familia y hogar (Naciones Unidas. (2010). Principios y recomendaciones para los censos de población y habitación. Informes estadísticos Serie M No. 67/Rev.2):

“Un hogar puede ser:

- a) Unipersonal, cuando una persona provee a sus propias necesidades alimenticias y otras necesidades vitales sin unirse a ninguna para formar un hogar multipersonal, o bien
- b) Multipersonal, cuando un grupo de dos o más personas adoptan disposiciones en común para proveerse de alimentos o de otros artículos esenciales para vivir. Los miembros del grupo pueden mancomunar en mayor o menor medida sus ingresos y tener un presupuesto único; puede tratarse de un grupo compuesto solamente por personas emparentadas, sin emparentar o ser una combinación de ambas clases. Este sistema es un ejemplo ilustrativo del concepto de “economía doméstica”.

...

Por las definiciones de “hogar” y de “familia”, es evidente que el hogar y la familia son conceptos diferentes que no se pueden usar indistintamente en el mismo censo. Las diferencias

entre hogar y familia son las siguientes: a) el hogar puede ser unipersonal, mientras que la familia tiene que constar por lo menos de dos miembros; y b) los miembros de un hogar multipersonal no tienen necesariamente que estar emparentados, mientras que los miembros de la familia lo están por definición. Un hogar puede estar integrado por más de una familia, por una o más familias junto con una o más personas no emparentadas con ellas, o exclusivamente por personas no emparentadas. Una familia no tiene normalmente más de un hogar. No obstante, dada la existencia de familias polígamas, en algunos países, así como de sistemas compartidos de custodia y de mantenimiento de los hijos, en otros, cada país debería decidir la mejor manera de obtener y notificar los datos sobre las familias". (Organización de Naciones Unidas, p. 108).

La familia es una institución anterior a la sociedad y al Estado, una vez surgen éstas dos instituciones sirven a la familia para servir a su bienestar y para velar por su integridad, supervivencia y conservación.

En nuestro ordenamiento jurídico interno tampoco existe un criterio uniforme para definir el grupo familiar, todo depende de la materia que se regule para ampliar o restringir el concepto de familia. A manera de ejemplo citaré algunas normas.

La Constitución reconoce la familia legítima, la natural y la adoptiva. (Artículo 42).

Según el artículo 61 del Código Civil, para efecto de ser escuchados cuando el Código así lo disponga, son parientes: descendientes; ascendientes; padre y madre adoptantes; colaterales hasta el sexto grado y afines hasta el segundo grado. Los cónyuges y compañeros permanentes no son parientes, pero también debe ser escuchados. (Corte Constitucional Sentencia C-105).

Para efectos de determinar quiénes están llamados a recoger bienes de una sucesión, el artículo 1040 del Código Civil (modificado por el artículo 2° de la Ley 23 de 1982), en orden sucesivo y excluyente, delimita el concepto de familia así: los descendientes; los hijos adoptivos; los ascendientes; los padres adoptantes; los hermanos; los hijos de éstos; el cónyuge supérstite.

La Ley 294 de 1996, promulgada para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar, traen un concepto más amplio de familia: Los cónyuges o compañeros permanentes; el padre y la madre de familia, aunque no convivan en un mismo hogar; los ascendientes o descendientes de

los anteriores y los hijos adoptivos; y todas las demás personas que de manera permanente se hallaren integrados a la unidad doméstica.

El artículo 874 del Código Civil, sobre el derecho de uso y habitación, incluye a los trabajadores necesarios para la familia. (Sentencia de la Corte Constitucional C-1235 de 2005).

Para otorgar licencia por luto la Ley 1280 introdujo una modificación al artículo 57 del Código Sustantivo del Trabajo, en virtud de la que el empleador tiene la obligación de conceder al trabajador una licencia remunerada de cinco (5) días hábiles, en caso de fallecimiento del cónyuge, compañero o compañera permanente o de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad (padres, hijos, abuelos, nietos y hermanos), primero de afinidad (suegros, hijastros y padrastros) y segundo civil, (Corte Constitucional, sentencia C-892 de 2012), (padres adoptivos, hijos adoptivos, abuelos adoptivos, nietos adoptivos y hermanos adoptivos).

El artículo 47 de la Ley 100 de 1993 (modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003), al igual que los órdenes sucesorales, de manera sucesiva y excluyente, señala los miembros del grupo familiar del afiliado o pensionado fallecido para acceder a la pensión de sobrevivientes: en el primer orden encontramos al cónyuge o compañero (a) permanente y a los hijos incapacitados para proveer su subsistencia por ser menores de 18 años, o mayores de 18 y menores de 25 por ser estudiantes o los mayores de 18 años que padezcan invalidez que dependan económicamente del fallecido; los padres que dependan económicamente del fallecido y los hermanos inválidos que dependían económicamente del fallecido.

Por su parte, los doctrinantes de derecho de familia han intentado algunas definiciones:

Para Jorge Parra Benítez “Lato sensu, la familia es el conjunto de personas que se hallan vinculadas por el matrimonio, por la unión marital de hecho, por la filiación o por la adopción. Es decir: los elementos constitutivos o fuentes de la familia son el matrimonio, la unión marital, la filiación y la adopción. Mas, como quiera que la adopción es un tipo de filiación, aquellos elementos redúcense a tres”. (ParraJ. 2008, p.5).

Marco Gerardo Monroy Cabra define la familia con base en cuatro criterios: (i). El criterio de autoridad, en virtud del cual la familia se limita a los padres y los hijos no emancipados y por tanto bajo su dirección o autoridad; (ii). El criterio del parentesco, se refiere a la familia extensa

señalando cuáles son los miembros que la conforman, definiendo los grados de parentesco limítrofes; (iii). El criterio de vocación sucesoral hace alusión a quienes tienen vocación hereditaria, es decir hasta los sobrinos; y (iv). El criterio económico, “en este sentido, la familia se reduce a aquellas personas que se encuentran bajo el mismo techo, incluyendo los servidores domésticos y que depende de las fuentes de producción”. (MonroyM. 2008, p. 23 – 25).

En Perú, Corral Talciani subraya que existen tres corrientes para delimitar el concepto de familia de acuerdo a la relevancia de las relaciones conyugales y el vínculo de parentesco, las que acentúan la autoridad en la agrupación familiar y “una tercera corriente doctrinal se esfuerza por delimitar la noción de familia enfatizando los vínculos de afecto y solidaridad familiares. En los últimos años, seguramente influidos por las reformas legislativas que gradualmente han ido disminuyendo la importancia jurídica de la autoridad familiar, los autores tienden a prescindir de dicho elemento en la conformación de la noción de familia y dirigen su atención a las relaciones de mutuo afecto y solidaridad que se aprecian en la comunidad humana reconocida como familiar”. (CorralH. 2005, p. 25)

Para Aroldo Quiroz Monsalvo, (2011), existen diferentes formas de conformar una familia y la Constitución Política de 1991 protege la pluralidad de familias:

“Cuando la Constitución señala que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, está reconociendo el deber de proteger a cada uno de los miembros y a renglón seguido establece la forma de constituirse, ya sea por vínculo jurídico, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla, lo enunciado permite afirmar que el contenido de la norma no es taxativo sino enunciativo, parte de la forma clásica de constituir una familia, de donde concluyo que el inciso primero de tal artículo hace referencia a una pluralidad de familias constituidas de diferentes formas”.

La Corte Constitucional define la familia en un sentido amplio: (Cfr. Sentencia T-049 de 1999).

“... el concepto de familia no incluye tan solo la comunidad natural compuesta por padres, hermanos y parientes cercanos, sino que se amplía incorporando aun a personas no vinculadas por los lazos de la consanguinidad, cuando faltan todos o algunos de aquellos integrantes, o cuando, por diversos problemas, entre otros los relativos a la destrucción interna del hogar por conflictos entre los padres, y obviamente los económicos, resulta necesario sustituir al grupo

familiar de origen por uno que cumpla con eficiencia, y hasta donde se pueda, con la misma o similar intensidad, el cometido de brindar al niño un ámbito acogedor y comprensivo dentro del cual pueda desenvolverse en las distintas fases de su desarrollo físico, moral, intelectual y síquico”.

Ésta definición compendia los diferentes tipos de familias identificados por los sociólogos y la doctrina jurídica de la familia, de los que me ocuparé a continuación.

2.3. Tipología Familiar

Debido al carácter universalizado de la familia, en el tiempo y en el espacio, la familia no puede ser reducida a una clasificación. (Vidal M., 2001, p. 62.). No obstante, tomaré algunos tipos de familia que serán útiles para el objeto de ésta investigación, sin que pretenda hacer una clasificación exhaustiva que agote todos los paradigmas de familias.

2.3.1. Núcleo familiar o familia nuclear

Es el tipo de familia conformado por una pareja que vive en matrimonio o en uniones maritales consensuales, con hijos solteros o sin hijos, o los que constan de un solo progenitor con uno o más hijos solteros. Excepcionalmente, también puede considerarse dentro de éste grupo los hogares donde falta una generación, es decir uno o más abuelos conviven con uno o más nietos. (Naciones Unidas. (2010). Principios y recomendaciones para los censos de población y habitación. Informes estadísticos Serie M No. 67/Rev.2)

Éste tipo de familia se puede clasificar en los subtipos: familia nuclear simple (uninuclear) y familia monoparental.

2.3.1.1 Familia nuclear simple (uninuclear). Es el hogar conformado por una pareja, unida por el matrimonio (nuclear conyugal) o mediante la convivencia de hecho como marido y mujer (nuclear de hecho), con hijos o sin hijos. (AlmendrosM. 2005, p. 40).

En ésta clasificación debemos incluir a las parejas del mismo sexo, que si bien en Colombia aún no se les permite contraer matrimonio y tampoco adoptar hijos, se les ha reconocido derechos en lo que tiene que ver con la Seguridad Social en salud, (Corte Constitucional, sentencia C-811 2007), en riesgos profesionales y pensiones, con la constitución y régimen patrimonial de la unión marital de hecho, (Corte Constitucional, sentencia C-075, 2007), con asistencia alimentaria (Corte Constitucional, sentencia C-798 2008), y afectación de vivienda familiar, (Corte Constitucional, sentencia C-029 2009), entre otros.

2.3.1.2. *Familia monoparental*. Conformada por un solo progenitor y sus hijos, puede ser la madre y sus hijos o el padre y sus hijos. (AlmendrosM. 2005, p. 41.)

Para Cecilia Grosman y Marissa Herrera, las fuentes de la monoparentalidad son:

“a) fallecimiento del cónyuge o compañero: b) ruptura de la relación matrimonial o de la convivencia de pareja; c) madre o padre solteros con hijos provenientes de uniones circunstanciales o sin convivencia; d) núcleos que se constituyen cuando una mujer sola decide concebir un niño por vía de la procreación asistida o resuelve adoptar una criatura aun sin estar en pareja; e) hogares a cargo de un tutor/a o guardador/a con niños o adolescentes a su cargo; f. por último, ya como lo hemos señalado, cuando cesa la vida en común de los padres por periodos largos en razón de hospitalización, encarcelamiento, emigración, trabajo, etc.”. (GrosmanC. y Herrera M. 2008, p. 32).

Al trasladar al derecho colombiano, las fuentes que esbozan las autoras argentinas antes citadas, debemos hacer algunas precisiones.

En cuanto al fallecimiento de uno de los cónyuges o compañeros, en Colombia es muy común encontrar familias monoparentales debido a la violencia que azota al país, reflejado en los altos índices de homicidios y desapariciones forzadas.

Respecto a la cesación de la vida en común de los padres por periodos largos en razón de hospitalización, encarcelamiento, emigración, trabajo, etc., en Colombia no se considera que estas razones desemboquen inexorablemente en una familia monoparental o la ruptura de lazos familiares, porque persiste el ánimo de convivencia pero en varios hogares.

La Sala de Casación laboral de la Corte Suprema de justicia ha dicho al respecto, para efecto de determinar la condición de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, en calidad de cónyuge o compañero permanente, se entiende por convivencia el acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico y vida en común y se dispensa cuando la separación obedezca a una causa razonable que la justifique por fuerza de las circunstancias, (Corte Suprema de Justicia, 2009), como la enfermedad, el presidio, oportunidades laborales de uno de los cónyuges o consortes, etc. Colofón de lo anterior, en éstos casos la familia conserva la unidad.

El Estado colombiano no ha sido indiferente a la protección de las familias monoparentales. Lo ha hecho a través de la expedición de normas encaminadas a proteger las mujeres cabeza de familia, (Ley 1232 de 2008, artículo 1º), en aspectos relacionados con la Seguridad Social, educación de sus hijos, capacitación, etc.; para el cumplimiento de la pena privativa de la libertad y beneficios de vivienda, que han sido extendidas por vía jurisprudencial a las familias con padres que se encuentran en las mismas condiciones de las madres cabeza de familia. (Corte Constitucional, sentencia C-964 2003).

2.3.2. *Familia extensa o ampliada*

Se constituye por el hogar uninuclear y monoparental unido a otras personas emparentadas o no.

A ésta clasificación pertenecen: a. pareja de cónyuges o compañeros permanentes, sin hijos solteros, con otras personas; b. pareja de cónyuges o compañeros permanentes, con hijos solteros y otras personas; c. padre o madre solos, con hijos solteros y otras personas. Esas otras personas pueden ser ascendientes, descendientes, hermanos, tíos, primos e incluso no consanguíneos de alguno de los progenitores. (AlmendrosM. 2005, p. 42.). Éste tipo abarca:

2.3.2.1. *Familia de crianza.* Surge cuando un menor ha sido separado de su familia biológica y cuidado por otra familia, durante un lapso considerable, que ha permitido desarrollar vínculos afectivos recíprocos, de tal magnitud que separarlos implicaría afectar la estabilidad psicológica y emocional del menor. (Corte Constitucional, sentencia C – 577 2011).

Es la familia que se constituye de relaciones en las que el menor ha desarrollado vínculos de afecto y dependencia con personas con las que no tiene vínculos biológicos derivados por el hecho físico del nacimiento y sin que se haya llevado a cabo el trámite de adopción; de esta definición provienen los hijos y los padres de crianza. (ParraJ. 2008). La existencia de estas familias es reconocida en el Código de la Infancia y la Adolescencia, (Ley 1098 de 2006, artículo 67), a la que la doctrina también ha denominado familia solidaria. (QuirozA. 2011, p. 47.)

La diferencia entre las familias adoptivas y las familias de crianza es el trámite jurídico de adopción que reglamenta cada legislación, razón por la que nada obsta para aplicar los criterios sobre el desarrollo psicológico de las familias adoptivas a las familias de crianza, en lo atinente al afecto y el apoyo económico:

“Un padre o una madre adoptivos son, ante todo, un padre o una madre. Una familia adoptiva es, sobre todo, una familia. Y las relaciones padres-hijos en familias adoptivas se parecen más que ninguna otra cosa a las relaciones padres hijos en las familias no adoptivas”. (Oliva A., Parra A. y Antolín L. 2010, p. 51).

2.3.2.2. Familia ensamblada. Proviene del matrimonio o unión de hecho de una pareja, en la cual uno o ambos de sus integrantes tiene hijos de una relación anterior y los trae a la nueva relación. (Corte Constitucional, sentencia C-577 2011).

Tiene como presupuesto la existencia previa de una familia monoparental, de la que su progenitor decide conformar una nueva familia, como pareja unida a través de matrimonio o convivencia permanente, con una persona soltera o con un progenitor de otra familia monoparental.

La persona que se une como pareja de la persona que tiene la condición de jefe o cabeza de la familia monoparental será madrastra si es mujer del padre respecto de los hijos llevados por este al matrimonio (Diccionario real Academia de la Lengua Española,) o padrastro si es el marido de la madre, respecto de los hijos habidos antes por ella (Diccionario real Academia de la Lengua Española). Y los hijos, respecto a la pareja de su progenitor, serán hijastros el hijo o hija de uno solo de los cónyuges, respecto del otro (Diccionario real Academia de la Lengua Española).

En éste subtipo de familias las nuevas relaciones paterno-filiales no fluyen de la misma manera que ocurre en las familias de crianza, máxime si el progenitor no custodio vive aún y tiene contacto con sus hijos biológicos, no obstante, en muchos casos se logra establecer una buena relación, pero en otros las relaciones empeoran progresivamente hasta la ruptura de la relación. (Oliva A., Parra A. y Antolín L. 2010. p. 74).

Las familias conformadas por los progenitores que deciden convivir con el núcleo familiar de uno de sus hijos o una persona después de haber constituido una familia nuclear decide convivir con su familia de procedencia. (AlmendrosM. 2005, p. 42.)

2.4. Funciones de la Familia: Relaciones entre sus miembros

Ralph Linton define las funciones de la familia, limitándola fundamentalmente a tres, con carácter casi universal: (López E. 1993, p. 51 - 52).

Producción económica: en la sociedad, normalmente la familia es la unidad organizada más pequeña, tanto para la producción como para el consumo, por tanto tiene como propósito ser autosuficiente en la satisfacción de necesidades, en consecuencia sus miembros se reparten las actividades, de tal forma que se complementen unas a otras.

Cuidado a los ancianos e incapacitados: señala el autor citado el derecho de los viejos a ser atendidos, a cambio de sus servicios anteriores. Como propósito de la familia debe entenderse por incapacitados todos los miembros que no pueden proveer su subsistencia.

Protección de los intereses de sus miembros frente a extraños: supone la existencia de espíritu de solidaridad ante las adversidades y dificultades con extraños que varía de una cultura a otra.

Señala el mismo autor que las funciones de la familia están determinadas culturalmente, porque mientras en una sociedad puede serlo en otras no.

Los hermanos Mazeaud afirman: “No solamente constituye la familia, para los cónyuges y para los hijos, una escuela de abnegación y de mutua ayuda, la única capaz de refrenar el egoísmo, sino que la familia es la que asegura la protección del individuo... La familia es la única que

puede defender al individuo contra el Estado; si la familia no existe, el Estado la substituye; él es el que recoge a los niños, los cría y los educa...”. (Mazeaud H., León y Jean. 1965, p. 30).

Pedro LafontPianettaha elaborado un prolijo estudio sobre la seguridad familiar, en donde explica la necesidad de protección familiar:

“Consiste en que se orientan por una política social y propende por una seguridad de las personas, procurando siempre un resultado en el objeto asegurado, bien en forma directa o por medio de sustitución; y ambos tienen en cuenta los beneficios laborales para la familia y sus componentes, lo que se trata de trabajador o indigente. De allí que estos beneficios sociales hagan parte de la Seguridad Social, como componente básico de la misma; y del derecho de seguridad familiar, como beneficio adicional a la familia y sus miembros”. (Lafont P. 1997, p. 18).

En síntesis, todos los autores coinciden en afirmar que la función de la familia se reduce a la asistencia, que tiene como pilar el principio de solidaridad entre sus miembros.

2.4.1. La Asistencia Familiar

Por tal debemos entender el deber impuesto por la ley a una persona frente a otra, en razón de estar unida a ella por parentesco o matrimonio o unión marital de hecho, que se materializa en la ayuda material o económica y moral que la ley impone en aplicación de los principios naturales. (ParraJ. 2008, p. 474).

2.4.1.1. Deber de los hijos de obediencia y respeto a los padres. El primero llega hasta la emancipación del hijo, que lo faculta a obrar independientemente, mientras el segundo subsiste hasta la muerte de los padres o del hijo.

2.4.1.2. *Socorro y protección.* Cuidado y protección en la vejez de los padres y otros ascendientes, cuando no existan otros descendientes inmediatos o no puedan satisfacer sus necesidades.

2.4.1.3. *Crianza y educación de los hijos.* Los padres deben brindar a sus hijos formación intelectual, moral, religiosa y educativa (ParraJ. 2008, p.475), y contribuir en proporciones iguales a los gastos de manutención de los hijos; en caso de insuficiencia económica del hijo de los padres, corresponderá a los abuelos. (Código Civil, artículos 257 y 258).

Éste incluye el deber de sancionar, corregir, orientar y vigilar a los hijos, siempre y cuando su ejercicio sea moderado, sin incurrir en actos de violencia física o moral. (Corte Constitucional, sentencia C 371 1994). También podemos incluir la seguridad física, psicológica y sexual y fomentar hábitos adecuados de alimentación, de higiene personal y de desarrollo físico.

2.4.1.4. *Cuidado personal de los hijos.* Se refiere a la custodia para el desarrollo integral de los hijos, se extiende a quienes convivan con los menores en los ámbitos familiar, social e institucional, o a sus representantes legales. (Ley 1098 de 2006, artículo 23).

2.4.1.5. *Cuidado de los bienes de los menores.* Consiste en la representación legal del menor ante autoridades judiciales o administrativas y para administrar los bienes que le pertenecen, salvo que se trate de bienes adquiridos por el trabajo del menor.

2.4.1.6. *Socorro y ayuda mutua entre los cónyuges o compañeros.* Consiste en proveerse lo necesario para la congrua subsistencia y apoyo moral y afectivo que se traduce en darse consejos, orientaciones para la solución de problemas, auxilio en caso de enfermedad, velar por el bienestar, la tranquilidad, el progreso y la felicidad del otro. (ParraJ. 2008, p.148).

2.4.1.7. *Fidelidad entre los cónyuges o compañeros.* No sostener relaciones íntimas con otras personas distintas de su pareja o cualquier contacto físico o verbal con fines libidinosos, así como repeler insinuaciones de una persona ajena a la pareja. (Rico F., Garza P., Cohen M. 2012, p. 153 – 154).

2.4.1.8. *Cohabitación.* Vivir bajo el mismo techo, salvo que circunstancias excepcionales lo impidan.

2.4.1.9. *Respeto.* Evitar malos tratos físicos o psicológicos, muestras de cortesía y atención a la opinión, pensamientos y decisiones de la pareja, consideración y tolerancia recíproca.

2.4.1.10. *Obligación de los cónyuges de contribuir económicamente con el sostenimiento del hogar.* Se reduce a aportar bienes y realizar las acciones necesarias para el uso y conservación de la vivienda. (Rico F., Garza P., Cohen M. 2012, p. 158).

2.4.2. *Los Alimentos*

Derivan de los deberes de socorro, protección y ayuda mutua.

María Cristina Escudero Alzate trae a colación éste último deber como fundamento del derecho de alimentos:

“El derecho que es mucho más estricto reglamenta este principio moral de ayuda mutua en la denominada obligación alimentaria, también de parte de las personas que tienen capacidad económica y a favor de quienes no la tienen y no pueden obtener sustento a través de su trabajo. Pero limita la obligación en cuanto a las personas, puesto que en el campo jurídico la ayuda tiene mayor validez cuando se trata de favorecer a los parientes consanguíneos; dice entonces la ley en desarrollo del postulado moral, que se le deben alimentos solo a las personas señaladas en el artículo 411 del Código Civil en el orden establecido en el artículo 416; conforme a esas normas

se deben alimentos al cónyuge, que hace vida común o separado de hecho, o al varón o mujer divorciado o separados de cuerpo judicialmente, sin su culpa; a los descendientes, a los ascendientes, a los hermanos legítimos y al donante que hizo una donación cuantiosa y no se reservó lo necesario para su congrua subsistencia”. (EscuderoM. 2003, p. 320).

En el derecho colombiano, si bien en la mayoría de los casos las obligaciones alimentarias son un efecto del parentesco, el matrimonio o la unión marital de hecho; no siempre derivan del vínculo familiar. Quiénes han hecho donaciones cuantiosas tienen derecho a reclamar alimentos también. (Código Civil, Artículo 411, numeral 10).

Se entiende por alimentos todo lo necesario para la satisfacción de necesidades espirituales, culturales y materiales, es decir no solo el sustento diario, sino también los vestidos, la habitación y, en tratándose de menores de edad comprende la enseñanza de una profesión u oficio, (MONROY C., Marco G., 2008, p.p. 177 – 178), si se tratare de ancianos atención geriátrica y si fueren discapacitados rehabilitación y desarrollo.

La madre del nasciturus puede reclamar alimentos correspondientes a los gastos del embarazo y parto.

En Colombia los alimentos se clasifican en voluntarios y legales. Los voluntarios se otorgan por acuerdo entre las partes o por decisión unilateral del alimentante o deudor alimentario. Los legales son los que prevé la ley como obligación, son necesarios los que bastan para sustentar la vida y congruos los que permiten vivir conforme a su posición social. (Código Civil, artículo 413).

2.4.2.1. Elementos de la Obligación Alimentaria. Según la Corte Constitucional: (Corte Constitucional, sentencia C-919 de 2001) “El derecho de alimentos es aquél que le asiste a una persona para reclamar de la persona obligada legalmente a darlos, lo necesario para su subsistencia, cuando no está en capacidad de procurárselo por sus propios medios. Así, la obligación alimentaria está en cabeza de quien, por ley, debe sacrificar parte de su propiedad con el fin de garantizar la supervivencia y desarrollo del acreedor de los alimentos”.

De ésta definición extraemos los siguientes elementos:

Relación jurídica: otorga al beneficiario la facultad de exigir su cumplimiento a través de los mecanismos previstos en la ley.

Dos partes: un deudor denominado alimentario y un acreedor alimentante.

Proveer medios materiales: es una obligación netamente patrimonial o económica.

Sostenimiento y desarrollo del alimentario: entendiendo sostenimiento como lo necesario para subsistir y por desarrollo la preparación para valerse por sí mismo.

2.4.2.2. *Requisitos para reclamar alimentos.* Estos son legalidad, necesidad del alimentario y capacidad económica del alimentante.

(MonroyM. 2008, p. 180). Que el derecho esté previsto en la ley: juegan un papel importante los principios relacionados con los sujetos: (Rico F., Garza P., Cohen M. 2012, p. 158).

Principio de reciprocidad.- Todo deudor de obligación alimentaria es un potencial acreedor y todo acreedor puede pasar a ser deudor posteriormente, siempre y cuando se den las condiciones previstas en la ley. No es una obligación correlativa.

Entre las características de las obligaciones alimentarias Pedro Alejo Cañón Ramírez distingue que es una obligación recíproca "... puesto que se funda dicha obligación en los vínculos que integran y solidifican la familia, esto es en relaciones también recíprocas; quienes tienen el deber de prestarlos, también tienen el derecho a recibirlos, en cuanto cumplan los requisitos al efecto exigidos...". (CañónP. 1995, p. 325).

Principio de proximidad.- Cuando una persona requiere alimentos no deben concurrir todos los que por ley están obligados, sino en el orden que señala la Ley.

Necesidad del alimentario: el acreedor debe carecer de bienes y estar imposibilitado para trabajar o proveer su congrua subsistencia. En tratándose de descendientes, se entiende por necesitados los menores de edad y los estudiantes hasta cierta edad.

Capacidad económica del alimentante: el deudor debe tener medios económicos para sufragar los alimentos del acreedor, atendiendo sus circunstancias personales y domésticas. (Código Civil, artículo 19).

2.4.2.3. Titulares del Derecho en Colombia. Los cónyuges y compañeros permanentes en virtud a la equivalencia de deberes que surgen de ambas relaciones, como el deber de solidaridad, en razón a ello la Corte Constitucional declaró exequible de manera condicionada el numeral 1° del artículo 411 del Código Civil, (Corte Constitucional, Sentencia C-1033 de 2002), entendiéndose que a los compañeros permanentes les asiste el derecho de exigir alimentos.

Al cónyuge divorciado o separado de cuerpos sin su culpa, a título de indemnización y como prolongación del deber de solidaridad. (ValenciaA. 1977, p. 77).

A los descendientes y a los ascendientes, sin importar si son legítimos, naturales o adoptivos, atendiendo los pronunciamientos de la Corte Constitucional encaminados a eliminar la diferencia de trato en razón del origen de la familia. (Corte Constitucional, sentencia C- 105 de 1994).

A los hermanos legítimos, con exclusión de los naturales y legítimos.

A la mujer en estado de gravidez para el hijo que está por nacer y para los gastos de embarazo y parto. (Decreto 2737 de 1989, artículo 135).

A quien ha hecho una donación cuantiosa, si no ha sido rescindida o revocada. Es el único caso que no se fundamenta en el parentesco sino en la equidad. La doctrina ha entendido como donación cuantiosa, la que supera cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes, en armonía con el artículo 1458 del Código Civil. (ParraJ. 2008, Bogotá, p. 506).

2.4.2.4. *Orden de prelación de los obligados a suministrar alimentos en Colombia.*(Código Civil, artículo 416.). En primer lugar encontramos a los donatarios; en segundo lugar el cónyuge o compañero(a) permanente o el cónyuge divorciado o separado sin su culpa; en tercer lugar los descendientes sin importar su filiación, en cuarto lugar los ascendientes sin importar su filiación; y finalmente el hermano legítimo. Este orden funciona de manera sucesiva y excluyente, es decir no pueden exigir los miembros del orden siguiente si no se ha agotado el orden anterior.

2.5. *La familia en Colombia.*

2.5.1. *La familia en la Constitución Política de 1991*

La Constitución Política de Colombia de 1991 regula la familia en el artículo 42:

“La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable.

La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables.

Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes.

Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley.

Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progenitura responsable.

La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos.

Las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo, se rigen por la ley civil.

Los matrimonios religiosos tendrán efectos civiles en los términos que establezca la ley.

Los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil.

También tendrán efectos civiles las sentencias de nulidad de los matrimonios religiosos dictadas por las autoridades de la respectiva religión, en los términos que establezca la ley.

La ley determinará lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes”.

De este artículo devienen los siguientes aspectos:

A tono con los tratados internacionales debidamente ratificados por Colombia, (Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 16), se establece que la familia es el núcleo básico de la sociedad y el deber de protección a cargo del Estado y de la sociedad. El deber de protección también tiene sustento en el artículo 5 de la Constitución Política.

La Constitución reconoce y protege los diferentes tipos de familia sin importar su origen, ya sea constituida por matrimonio o por unión libre, o por la filiación de sus miembros, natural o jurídica.

También reconoce iguales de derechos a los diferentes tipos de familias sin que implique identidad entre unas y otras, (Corte Constitucional, sentencia C-047 de 1994), y también a sus miembros. Este precepto ha dado lugar a otorgar los mismos derechos a las parejas unidas por matrimonio y a las parejas que conviven en unión marital de hecho, así como a las parejas del mismo sexo; también a los hijos legítimos, naturales y adoptivos, y a los procreados con asistencia científica. (Corte Constitucional, sentencia C-105 de 1994).

Sanciona todo tipo de actos de violencia al interior de la familia.

Impone deberes de asistencia y protección a los miembros más débiles de la familia, como también la crianza y educación de los menores.

Protege de manera especial el patrimonio de la familia dándole la condición de inembargable, inalienable e imprescriptible.

El legislador en desarrollo de la obligación a cargo del Estado y de la sociedad de proteger la familia ha previsto la garantía del ejercicio de los siguientes derechos: (Ley 1361 de 2009, artículo 4).

- “1. Derecho a una vida libre de violencia.
2. Derecho a la participación y representación de sus miembros.
3. Derecho a un trabajo digno e ingresos justos.
4. Derecho a la salud plena y a la Seguridad Social.
5. Derecho a la educación con igualdad de oportunidades, garantizando los derechos a la asequibilidad, adaptabilidad, accesibilidad y aceptabilidad, en condiciones de universalidad, equidad, calidad y gratuidad.
6. Derecho a la recreación, cultura y deporte.
7. Derecho a la honra, dignidad e intimidad.
8. Derecho de igualdad.
9. Derecho a la armonía y unidad.
10. Derecho a recibir protección y asistencia social cuando sus derechos sean vulnerados o amenazados.
11. Derecho a vivir en entornos seguros y dignos.
12. Derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos.
13. Derecho a la orientación y asesoría en el afianzamiento de la relación de pareja.
14. Respeto y libertad en la formación de los hijos de acuerdo a sus principios y valores.
15. Derecho al respeto recíproco entre los miembros de la familia.

16. Derecho a la protección del patrimonio familiar.

17. Derecho a una alimentación que supla sus necesidades básicas.

18. Derecho al bienestar físico, mental y emocional.

19. Derecho a recibir apoyo del Estado y la Sociedad para el cuidado y atención de personas adultas mayores”.

2.5.2. El Parentesco en Colombia

Retomando lo dicho al estudiar el concepto de familia, la familia no se limita al parentesco; aquella es una realidad, producto de la vida en sociedad, mientras el parentesco es el límite que el legislador establece a las relaciones de familia.

En Colombia, el parentesco puede ser por consanguinidad, por afinidad o por adopción, y están reglamentados en los artículos 35 a 55 del Código Civil.

2.5.2.1. Parentesco por consanguinidad. Es la relación o conexión que existe entre las personas que descienden de un mismo tronco o raíz, o que están unidas por los vínculos de la sangre. (Código Civil, artículo 35).

El orden en que se encuentran organizadas las personas que descienden de una raíz o tronco común se determina a través de las líneas. (Código Civil, artículo 41).

Las líneas pueden ser: i. recta o directa cuando los parientes descienden unos de otros, (Código Civil, artículo 42), y será ascendente, si partimos de la persona que se encuentra en la última generación de la línea a construir, o descendente, si tomamos como referencia la persona de quien descienden los demás; (Código Civil, artículo 43), ii. colateral, transversal u oblicua cuando las personas que la conforman descienden del mismo tronco, pero no unas de otras. (Código Civil, artículo 44).

La línea será materna si se refiere a los parientes del padre o materna cuando se construye con los parientes de la madre.

El grado de parentesco es el número de generaciones entre dos personas, (Código Civil, artículo 37), es decir la distancia en que se encuentran en la familia.

Los efectos del parentesco por afinidad son: i. otorga derecho a la patria potestad, el derecho a suceder mortis causa y el derecho a reclamar alimentos; ii. se derivan las obligaciones de los padres a criar y educar a sus hijos, el respeto de los descendientes a los ascendientes y las alimentarias; iii. Origina impedimentos, incapacidades e inhabilidades para la celebración de ciertos actos jurídicos. (MonroyM. 2008, p. 42.)

2.5.2.2. *Parentesco por afinidad.*(MonroyM. 2008). Es la relación que existe entre una persona y los consanguíneos de su cónyuge o compañero (a) permanente.

Cuando se trata de los padres de la pareja es el suegro o suegra, si nos referimos a los hermanos serán cuñados y si son los hijos serán hijastros; a su vez una persona será para los hijos habidos de la unión o matrimonio anterior de su cónyuge o compañero (a) permanente padrastro o madrastra según el caso.

Esta forma de parentesco está regulada en el artículo 47 del Código Civil, que también equipara la línea o grado de parentesco por afinidad con la línea o grado de parentesco por consanguinidad.

El parentesco por afinidad tiene como efecto el impedimento para contraer matrimonio con los afines en línea recta, para ser escuchados en los casos que señale la ley en ausencia de consanguíneos, no valen disposiciones testamentarias a favor de los cuñados del notario y testigos, y no hay derecho a alimentos entre afines. (Monroy M. 2008, p. 43).

2.5.2.3. *Parentesco Civil.*Es el que resulta de la adopción. Produce los mismo efectos del parentesco por consanguinidad, dado que la Constitución prohíbe tratos diferentes en razón del origen de la familia, (Corte Constitucional, sentencias: C-1287 de 2001), al punto que la

adopción establece parentesco civil entre el adoptivo y el adoptante, que se extiende en todas las líneas y grados a los consanguíneos, adoptivos o afines de estos. (Ley 1098 de 2006, artículo 64 numeral 2.)

En el contexto jurídico, la característica fundamental de la adopción, que la diferencia de los vínculos de los miembros de la familia de crianza, es el trámite administrativo a seguir regulado y vigilado por el Estado para la conformación de la familia adoptiva, tal como lo define el Código de la Infancia y la Adolescencia: (Ley 1098 de 2006, artículo 61).

“La adopción es, principalmente y por excelencia, una medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable, la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza”.

2.5.2.4. El cónyuge y el compañero o compañera permanente. Es imperioso aclarar que los cónyuges y los compañeros permanentes no son parientes entre sí, pero no dejan de ser familia. Los cónyuges están unidos entre sí por el matrimonio. Los compañeros permanentes son dos personas, sin importar si son de sexos diferentes o del mismo sexo, que sin estar casados, han decidido hacer comunidad de vida permanente y singular, con el fin de vivir juntos y socorrerse. (QuirozA. 2011, p. 351).

2.5.3. Filiación

Es el vínculo que une al hijo con su padre o madre, (MonroyM. 2008, p. 47.), es el parentesco consanguíneo o civil en línea recta en primer grado, al que el legislador le da un tratamiento especial porque da inicio al enramado genealógico y porque entre padres e hijos existe un régimen jurídico especial que por regla general no es aplicable a otros grados de parentesco. (Rico F., Garza P., Cohen M. 2012, p. 337).

Éste régimen jurídico se refiere a los derechos y obligaciones de los padres y los hijos, que en síntesis son: el cuidado personal de los hijos mediante la educación y la crianza a cargo de los padres; el derecho de vigilar su conducta, corregirlos y sancionarlos moderadamente; los hijos deben respeto y obediencia a los padres; la obligación de cuidado de los padres en la ancianidad, el estado de demencia, y en todas las circunstancias de la vida que necesitaren auxilio. (Código Civil, artículos 253, 262, 250 y 251).

Cuando genéticamente un individuo proviene de otros, la filiación puede ser matrimonial si los padres son casados o extramatrimonial si conviven en unión marital de hecho; la que proviene de la adopción, será filiación civil.

2.5.4. El Estado Civil

Para Valencia Zea, “el estado civil de las personas está constituido por un conjunto de situaciones que relacionan a cada persona con la familia de donde proviene, o con la familia que formado, y con ciertos hechos fundamentales de la misma personalidad”. (ValenciaA. 1987, p. 313).

El estado civil proviene de un hecho jurídico como el nacimiento, de un acto jurídico como el matrimonio o de la ley como el estado de hijo legítimo. (MonroyM. 2008, p. 77).

Las características del estado civil son: (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 2007).

- a) Es un atributo de todas las personas.
- b) Las normas que lo regulan son de orden público.
- c) Es inalienable, porque está fuera del comercio.
- d) No es susceptible de confesión, salvo que se trate de una excepción legal, tal como ocurre con el reconocimiento voluntario de hijo extramatrimonial.

- e) Su prueba está sometida a tarifa legal.

- f) Es uno e indivisible, por imposibilidad de coexistencia de dos estados antagónicos en una misma persona.

- g) Es imprescriptible.

- h) Lo asigna y tutela la ley, pues ésta lo establece y contempla los medios legales para reconocerlo, impugnarlo o para alcanzar la efectividad del derecho que origina un determinado estado.

Los hechos y actos y sujetos a registro son: (Decreto 1260 de 1970, artículo 5.), los nacimientos, reconocimientos de hijos naturales, legitimaciones, adopciones, alteraciones de la patria potestad, emancipaciones, habilitaciones de edad, matrimonio, capitulaciones matrimoniales, interdicciones judiciales, discernimientos de guarda, rehabilitaciones nulidades de matrimonio, divorcios, separaciones de cuerpos y de bienes, cambios de nombre, declaraciones de seudónimos, manifestaciones de avecindamiento, declaraciones de ausencia, defunciones y declaraciones de presunción de muerte, así como los hijos inscritos.

Para demostrar el estado civil existe tarifa legal, salvo excepciones legales:

“Débese colegir, entonces, que es incontrastable que el nuevo estatuto no consagra la distinción entre pruebas principales y supletorias del estado civil que el régimen anterior contemplaba, pues perentoriamente establece que a partir de su vigencia, el estado civil debe acreditarse con copia del acta o del folio del registro civil respectivo, o con certificados expedidos con base en el mismo; pero si dicho documento se hubiere perdido o destruido, es necesario proceder a la reconstrucción de dicho folio o, de no ser ello posible, a efectuar una nueva inscripción en la forma y términos señalados en el referido artículo 100.

No obstante que las cosas son de ese modo, es decir, que en los tiempos que corren no es posible establecer esa especie de clasificación entre las pruebas del estado civil, ello no significa que la posesión notoria del estado hubiere desaparecido como prueba del estado civil; por supuesto que, como ya quedara establecido, el estatuto actualmente en vigor acude a él como mecanismo

estrictamente probatorio a efectos de acreditar, ante el juez competente, el estado civil que no se puede probar por falta de las partidas o folios pertinentes”. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 2007).

Del presente capítulo se concluye que sociológicamente no existe un concepto único de familia, porque la familia va evolucionando de la mano de las realidades sociales, es por ese motivo que hay una clasificación amplia de tipos de familia.

En el derecho colombiano tampoco existe un concepto único de familia, por el contrario el legislador ha ampliado o restringido los miembros de una familia según el asunto tratado. No obstante, según las interpretaciones de la Corte Constitucional, la Constitución de 1991 otorga libertad para la conformación de la familia.

Si bien, las reglas sobre parentesco y filiación contenidas en la legislación civil restringen el concepto de familia a las unidas por matrimonio o unión libre, y las conformadas por miembros unidos por vínculos naturales o civiles, éstos criterios no son absolutos para determinar la conformación de la familia en el Sistema General de Seguridad Social Integral colombiano, así tampoco los medios de prueba exigidos para acreditar estos vínculos.

Seguidamente, en el tercer capítulo, se dilucidará si los hijos de crianza y padres de crianza y los padrastros, madrastras e hijastros conforman familias, que a la luz del régimen del Sistema General de Pensiones colombiano merecen protección mediante la pensión de sobrevivientes.

Capítulo 3: Necesidad de protección de los hijastros, los hijos de crianza, los padrastros y los padres de crianza en el actual sistema general de pensiones colombiano

En el presente capítulo se explica en qué consiste la prestación económica denominada pensión de sobrevivientes; los requisitos que actualmente debe cumplir el causante para que los beneficiarios accedan a ella, quienes son beneficiarios y las condiciones a cumplir. También se hace una reseña histórica sobre los beneficiarios de las prestaciones en caso de muerte y la pensión de sobrevivientes en Colombia en el siglo XX.

Luego se resumen las diferentes posiciones de la Corte Suprema de Justicia respecto a los hijastros, los hijos de crianza, los padrastros y los padres de crianza en el Sistema General de Pensiones colombiano, desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, y la posición asumida por algunos doctrinantes colombianos.

Además, se detallan y analizan las estadísticas sobre familias de crianza y familias ensambladas en Colombia, ilustrando sobre la significativa proporción que representa en la sociedad.

Se esbozan los fundamentos de protección de la familia de crianza en Colombia y los principios de la seguridad social que justifican la inclusión de los hijastros, los hijos de crianza, los padrastros y los padres de crianza como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes. Finalmente, se precisan las condiciones que debe cumplir éste sector de la población para ser incluidos como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes.

3.1. La pensión de sobrevivientes en Colombia

Es una prestación periódica que se causa con la muerte de la persona laboralmente activa o del pensionado o jubilado, que tenía a su cargo el sostenimiento económico de la familia, y se concede a su grupo familiar.

La Corte Constitucional ha definido la finalidad esencial de la pensión de sobrevivientes en múltiples sentencias como la C-1094 de 2003, magistrado ponente Jaime Córdoba Triviño:

“... La finalidad esencial de esta prestación social es la protección de la familia como núcleo fundamental de la sociedad, de tal suerte que las personas que dependían económicamente del causante puedan seguir atendiendo sus necesidades de subsistencia, sin que vean alterada la situación social y económica con que contaban en vida del pensionado o afiliado que ha fallecido”.

Este criterio ha sido uniforme en el seno de la Corporación, a través de las sentencias C-111 de 2006, C-1247 de 2001, C-1176 de 2001, T-190 de 1993, T-553 de 1994, C-389 de 1996, T-089 de 1999, entre otras.

En el mismo sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado:

“... el derecho a la sustitución pensional está instituido como un mecanismo de protección a los familiares del trabajador pensionado, ante el posible desamparo en que puedan quedar por razón de la muerte de éste, pues al ser beneficiarios del producto de su actividad laboral, traducido en la mesada pensional, dependen económicamente de la misma para su subsistencia. Este derecho es una protección directa a la familia, cualquiera que sea su origen o fuente de conformación”. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, 2011).

Y la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia:

“...no puede hacerse abstracción del sentido mismo y finalidad de la institución de la pensión de sobrevivientes que busca precisamente impedir que quien haya convivido permanente, responsable y efectivamente, y prestado apoyo afectivo a su pareja al momento de su muerte, se vea abocado a soportar aisladamente las cargas, tanto materiales como espirituales, que supone su desaparición”. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia de 1998).

La OIT, en el Convenio 128, aunque no ha sido ratificado por Colombia y por tanto carece de carácter vinculante, trae un concepto que ilustra la finalidad de la pensión de sobrevivientes:

“La contingencia cubierta deberá comprender la pérdida de medios de subsistencia sufrida por la viuda o hijos como consecuencia de la muerte del sostén de familia”.

En Argentina, ésta prestación recibe el nombre de prestación por fallecimiento y es definida por la doctrina de la siguiente manera:

“El desamparo que produce en el grupo familiar el fallecimiento de una persona afiliada (que supone que se hallaba en actividad) o que ya había obtenido una prestación de vejez (jubilación) o por invalidez, se cubre mediante esta prestación”. (VÁSQUEZ V., Antonio, p. 517).

En España también existe este beneficio con los nombres de pensión de viudez y pensión de orfandad:

“Las prestaciones de muerte y supervivencia son aquellas prestaciones que tienen por finalidad proteger a los familiares del trabajador o pensionista fallecido, ante la pérdida de ingresos y los aumentos de gastos que se derivan de aquella muerte. En las prestaciones de muerte y supervivencia el riesgo protegido es la extinción de la vida humana en cuanto generadora de estados de necesidad para aquellos que estaban unidos por vínculos familiares con el fallecido”. (RodríguezM., GorelliJ. y Vilchez P., 2004, p. 75.)

Ésta prestación económica tiene como propósito la protección no solo de menores de edad, sino también de adultos mayores y de discapacitados, dependientes económicamente de una persona fallecida, quienes generalmente son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes por representar un grupo de personas en circunstancias de debilidad manifiesta.

De contera protege también a los mayores de dieciocho años de edad y menores de veinticinco, que no trabajan por estar cursando estudios, al ser la educación el camino expedito hacia el progreso de los pueblos.

3.1.1. Requisitos del causante

Para que haya lugar a pensión de sobrevivientes se requiere el acaecimiento de la muerte, real o presunta, de un pensionado o un afiliado. Si se trata de un afiliado debe haber cumplido 50 semanas de cotización dentro de los tres años anteriores a su muerte. (Ley 797 de 2003, artículo 12. Corte Constitucional, sentencia C-556 de 2009).

3.1.2. Requisitos de los beneficiarios

Desarrollo histórico de la familia de hecho como beneficiarios de las prestaciones en caso de muerte y la pensión de sobrevivientes, en los regímenes ordinarios en Colombia.

Antes de la creación del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, en 1946, éste beneficio solo era reconocido a familiares de personas que habían ocupado altas dignidades y no al común de los trabajadores. En consecuencia, antes de 1946 no existían regímenes ordinarios de pensión de sobrevivientes.

Con la Ley 29 de 1912 se reconoció a las viudas de los ex presidentes de la República y en su defecto a las hijas solteras. Asimismo la Ley 102 de 1929 otorgó éste beneficio a las viudas de los ex magistrados de la Corte Suprema de Justicia y a las viudas de los magistrados de tribunales superiores que hubieren servido por más de 20 años en la administración de justicia. Vale la pena resaltar la exclusión de la familia de hecho en los regímenes antes mencionados.

Observamos desde la creación del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, con la Ley 90 de 1946, la intención de incluir en el grupo familiar del pensionado fallecido a la compañera permanente, a falta de viuda, siempre y cuando haya hecho vida marital por lo menos durante los últimos tres años anteriores a la muerte o con la que haya procreado hijos con la condición de conservar soltería durante el concubinato. Prevé también la concurrencia de vida marital con varias mujeres, para quienes se dividiría proporcionalmente entre quienes hubieren procreado hijos con el difunto. (Ley 90 de 1946, artículos 54, 55, 59, 60, 61 y 62).

Respecto a los hijos, en la Ley 90 de son mencionados sin distinción alguna sobre filiación, solo hace distinción en cuanto a la edad, y para los ascendientes establece igualdad de derechos entre los legítimos o naturales que dependían económicamente del asegurado. (Ley 90 de 1946, artículos 54, 55, 59, 60, 61 y 62).

Por su parte, el Código Sustantivo del Trabajo original, en caso de fallecimiento de un trabajador jubilado, causado por una contingencia de origen común, su cónyuge e hijos menores de 18 años eran beneficiarios de las prestaciones por muerte, provisionalmente a cargo del empleador, privilegiando a los hijos legítimos. Subsidiariamente eran beneficiarios los padres, los hermanos inválidos y las hermanas solteras. (Código Sustantivo del Trabajo, artículo 275).

En caso de muerte de un trabajador por accidente de trabajo o enfermedad profesional, el Código Sustantivo del Trabajo privilegiaba la filiación legítima frente a la filiación natural, y también el matrimonio, no incluía la vida marital de hecho; pero sí otorgaba las prestaciones en caso de muerte a quien probare depender económicamente del trabajador fallecido, si además fuere menor de dieciocho años o estuviere incapacitado en forma permanente para trabajar, en ausencia de cónyuge, descendiente y ascendientes. (Código Sustantivo del Trabajo, artículo 204).

Las prestaciones por muerte en el Código Sustantivo del Trabajo (original), si se trataba de la muerte de un pensionado por una contingencia de origen común, consistía en el pago a los beneficiarios, de la mitad de la respectiva pensión durante dos (2) años contados desde la fecha del fallecimiento. (Código Sustantivo del Trabajo, artículo 275). La Ley 6 de 1945 no señalaba nada al respecto para los trabajadores o empleados ordinarios, sino para Congresistas. (Ley 6 de 1945, artículo 69).

Recordemos que el régimen de prestaciones a cargo del empleador transitoriamente, sería asumido por el Instituto Colombiano de Seguros Sociales. (ArenasG. 2011, p. 66).

Con la Ley 171 de 1961 extiende la pensión temporal del artículo 275 del Código Sustantivo del Trabajo a los beneficiarios del trabajador que haya cumplido los requisitos para pensión de jubilación sin que haya sido reconocida.

En el régimen ordinario del sector público del Decreto 3135 de 1968, reglamentado por el Decreto 1848 de 1969, la muerte del empleado público o del trabajador oficial, pensionado o con derecho a pensión de jubilación, otorgaba derechos al cónyuge, a los hijos menores de edad o incapacitados para trabajar en razón de sus estudios o por invalidez, y a los padres, sin importar la filiación, también a los hermanos menores de edad y a las hermanas del difunto. (Decreto 3135

de 1968, artículos 34 y 36). Nada decía respecto a la familia de hecho, por tanto sus miembros no eran reconocidos como beneficiarios.

El Decreto 434 de 1971 amplió a 5 años el periodo de la pensión temporal que era de 2 años, tanto para quienes la disfrutaran en un futuro como a quienes venían ejerciendo en derecho.

Con la puesta en marcha de los riesgos comunes de invalidez, vejez y muerte mediante el Decreto 3041 de 1966, se reconoce el derecho a pensión vitalicia y se excluye de la protección la vida marital de hecho y a los simples dependientes económicamente del fallecido, tanto en la muerte de origen común como en las de origen profesional.

La Ley 33 de 1973 convierte en vitalicias las pensiones temporales, tanto en el sector privado como en el sector público, de manera vitalicia para la viuda y para los hijos hasta cumplir la mayoría de edad, o al terminar sus estudios o al cesar la invalidez. Prorroga el derecho de las viudas que venían disfrutando de la pensión o que causaron en derecho.

La Ley 12 de 1975 consagra el derecho a la pensión de sobrevivientes para los beneficiarios del trabajador del sector público o privado que haya fallecido habiendo cumplido el tiempo de servicios para pensionarse pero sin cumplir la edad mínima. Reconoce derechos a la compañera permanente como beneficiaria de la pensión de sobrevivientes y también al viudo.

Con la Ley 113 de 1985 se extienden al compañero permanente supérstite, los derechos reconocidos al viudo con la Ley 12 de 1975.

El acuerdo 049 de 1990 compendia todos los avances hasta ese momento, en lo concerniente a beneficiarios de la pensión de sobrevivientes: en el primer orden, el cónyuge, y a falta de éste el compañero o la compañera permanente, y los hijos legítimos, naturales y adoptivos menores de 18 años de edad, incapacitados para trabajar en razón de sus estudios o por estado de invalidez que dependían económicamente del causante; en segundo orden los padres, incluidos los adoptantes, que dependían económicamente del causante y en el tercer y último orden los hermanos inválidos que dependían económicamente del asegurado. Lo novedoso de esta norma es la inclusión de los hijos adoptivos y los padres adoptantes como beneficiarios.

El texto original de la Ley 100 de 1993 repite la lista de beneficiarios contenida en el acuerdo 049 de 1990, sin hacer mención especial a los adoptantes y los adoptivos, en desarrollo del

artículo 42 de la Constitución de Colombia de 1991, que proclama la igualdad de los miembros de la familia sin importar su origen.

De éste recuento histórico de la pensión de sobrevivientes en los regímenes comunes u ordinarios en Colombia, se colige que el legislador ha mostrado preocupación por la protección de la familia de hecho, es decir las familias constituidas al margen de los formalismos jurídicos, pero solo en lo que tiene que ver con las uniones maritales de hecho.

Hasta ahora, nada se ha reglamentado sobre las familias de hecho conformadas con padres e hijos de crianza y las familias ensambladas con padrastros, madrastras e hijastros, cuando fallece la persona que representaba el sostén económico de la familia, del que dependían los demás, salvo lo normado por el Código Sustantivo del Trabajo (original) sobre las prestaciones por muerte del trabajador por accidente de trabajo o enfermedad profesional, a favor de quien probare depender económicamente del trabajador fallecido.

3.1.2.1. Beneficiarios de la pensión de sobrevivientes en el actual sistema general de pensiones colombiano. La pensión de sobrevivientes en Colombia actualmente está regulada por la Ley 100 de 1993, con las modificaciones introducidas por la Ley 797 de 2003, en virtud de la cual son beneficiarios los miembros del grupo familiar del afiliado fallecido que haya cumplido el número mínimo de semanas exigido por la ley, es decir 50 semanas en los tres años anteriores al óbito, (Corte Constitucional, sentencia C- 559 del 20 de agosto de 2009), o del pensionado por vejez, invalidez o jubilación que falleció. (Ley 797 de 2003, artículo 12).

El legislador ha establecido órdenes excluyentes y sucesivos para reclamar la pensión de sobrevivientes, de tal manera que existen miembros del grupo familiar con mejor derecho que otros.

El grupo familiar del causante de la pensión de sobrevivientes en el Sistema General de Pensiones está conformado por:

3.1.2.1.1. Primer orden: la pareja y los hijos del causante. La pareja: se entiende por tal el cónyuge o el compañero o la compañera permanente que haya convivido con el causante durante un lapso no inferior a cinco años, sin importar si el fallecido era afiliado o pensionado. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia de 2008). No obstante, la Corte Constitucional considera aplicable el requisito de convivencia mínimo por cinco años solo para la pareja del pensionado, a la pareja del afiliado fallecido le exige solo dos años de convivencia. (Corte Constitucional, sentencia C – 1094 de 2003).

La pareja del causante puede ser una persona del mismo sexo, siempre y cuando cumplan las mismas condiciones exigidas a las parejas heterosexuales. (Corte Constitucional, sentencia C-806 de 2008).

El requisito de convivencia efectiva ha sido soslayado cuando circunstancias especiales lo impiden, tales como la enfermedad, el presidio, oportunidades laborales, etc., dándole prelación al ánimo de convivencia. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia de 2005).

La pensión puede ser vitalicia si la pareja ha cumplido 30 años de edad o siendo menor de 30 años tiene por lo menos un hijo con el causante. Será temporal, por 20 años, si la pareja no ha cumplido 30 años de edad y tampoco tiene hijos comunes con el causante.

Para tener la condición de compañero o compañera permanente, beneficiario de la pensión de sobrevivientes, basta cumplir con el requisito de convivencia, sin que sea impedimento la existencia de un matrimonio previo con otra persona. Si el causante era una persona casada y separada de cuerpos, la pensión será dividida entre el cónyuge supérstite separado y el compañero o compañera permanente que convivió con el causante durante los últimos 5 años, de manera proporcional al tiempo de convivencia.

De la misma manera será repartida la pensión en caso de convivencia simultánea del causante con cónyuge y compañero o compañera permanente (Corte Constitucional, sentencia C-1038 de 2008), o entre compañeras o compañeros permanentes. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia de 2004).

La falta de convivencia del cónyuge separado del difunto, por más de cinco años inmediatamente anteriores a la muerte no le hacen perder el derecho a la pensión, cuando no hay compañero o compañera permanente durante ese lapso, siempre y cuando haya cumplido cinco o más años de convivencia en cualquier tiempo. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia de 2011).

Lo hijos: comprende a los menores de 18 años, quienes se presumen dependientes del fallecido; (ArenasG. 2011, p. 340.), a los mayores de 18 y menores de 25 incapacitados para trabajar en razón de sus estudios, que estén estudiando, y los mayores de 25 años que tengan pérdida de capacidad laboral superior al 50%. En los dos últimos casos se requiere demostrar dependencia económica respecto al causante, al momento de la muerte.

La existencia de un patrimonio e ingresos precarios o esporádicos, que no permitan al beneficiario autosostenerse, no desvirtúan la dependencia económica. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia de 2012).

En éste orden corresponde un 50% de la pensión a la pareja o las personas con quienes tuvo el causante uniones maritales aptas para ser beneficiarios, en partes iguales, y el otro 50% a los hijos; si no existe pareja la pensión corresponderá en un 100% a los hijos y si no hay hijos el 100% será para la pareja. Si inicialmente existen varios beneficiarios que tuvieron unión marital formal o de hecho con el causante y/o varios hijos, en caso de pérdida del derecho de un beneficiario su porción acrecerá la de los demás que compartían la pensión. (Decreto 1889 de 1994, artículo 10).

3.1.2.1.2 Segundo orden: los padres del causante. Si no existen beneficiarios del primer orden, serán beneficiarios los padres del causante siempre y cuando dependan económicamente del causante al momento de la muerte, entendiéndose la dependencia económica como la necesidad y el auxilio de otra persona y no la simple colaboración, ayuda o contribución del causante. (Corte Constitucional, sentencia C-111 del 22 de febrero de 2006). No se exige dependencia económica absoluta. (Corte Suprema de Justicia, sentencia de 2008).

3.1.2.1.3. Tercer orden: los hermanos inválidos del causante. En el tercer orden se encuentran los hermanos inválidos del causante, es decir quienes al momento de la muerte del causante tenían pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50% y dependían económicamente de él.

Si nos atenemos a tenor literal del párrafo del artículo 47 de la Ley 100 de 1993: “... se requerirá que el vínculo entre el padre, el hijo o el hermano inválido sea el establecido en el Código Civil”, el parentesco solo admite como prueba el registro civil de nacimiento, por ser tarifada la prueba del estado civil. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 2007).

Como se dejó sentado en el capítulo inmediatamente anterior, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia considera que la prueba del estado civil es tarifada por la ley, salvo excepciones legales:

“Débese colegir, entonces, que es incontrastable que el nuevo estatuto no consagra la distinción entre pruebas principales y supletorias del estado civil que el régimen anterior contemplaba, pues perentoriamente establece que a partir de su vigencia, el estado civil debe acreditarse con copia del acta o del folio del registro civil respectivo, o con certificados expedidos con base en el mismo; pero si dicho documento se hubiere perdido o destruido, es necesario proceder a la reconstrucción de dicho folio o, de no ser ello posible, a efectuar una nueva inscripción en la forma y términos señalados en el referido artículo 100.

No obstante que las cosas son de ese modo, es decir, que en los tiempos que corren no es posible establecer esa especie de clasificación entre las pruebas del estado civil, ello no significa que la posesión notoria del estado hubiere desaparecido como prueba del estado civil; por supuesto que, como ya quedara establecido, el estatuto actualmente en vigor acude a él como mecanismo estrictamente probatorio a efectos de acreditar, ante el juez competente, el estado civil que no se puede probar por falta de las partidas o folios pertinentes”. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 2007).

3.2. La situación de los hijos de crianza, hijastros, padres de crianza y padrastros el actual sistema general de pensiones colombiano, según la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

A la luz del texto original del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, reglamentado por el Decreto 1889 de 1994, (artículo 13), la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia interpretó la normatividad, extendiendo los beneficios de la pensión de sobrevivientes a los hijos de crianza e hijastros. Como caso puntual podemos citar la sentencia radicada con el número 17607 del 6 de mayo de 2002, magistrado ponente Francisco Escobar Henríquez:

“Pues bien, pudiera estimarse conforme lo entiende el recurrente, con apoyo en los artículos 1 de la Ley 29 de 1982 y 42, inciso 5 de la Constitución, que cuando la ley menciona a los hijos como beneficiarios, alude exclusivamente a los engendrados o concebidos por el causante y a los adoptados con los requisitos de ley (Código del Menor art 96). Sin embargo, esta interpretación que puede ser válida en el derecho civil de familia, resulta demasiado restrictiva para el de la Seguridad Social, cuyo objetivo y filosofía está en proteger a las personas frente a las contingencias que afecten su calidad de vida y las puedan colocar en situación indigna de un ser humano. Fuera de que, conforme al principio de universalidad, el servicio de Seguridad Social debe proteger a todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida.

En efecto, es conocido que desde un enfoque sociológico el grupo familiar puede estar integrado por hijos no carnales, como adoptivos, hijastros y de crianza, es decir, aquellos que son acogidos y cumplen en la realidad y en todo sentido un rol filial en la familia, pese a no tener lazos directos de consanguinidad con los padres o con uno de ellos, de modo que si llegasen éstos a faltar sufrirían los efectos del desamparo dada su dependencia emocional y económica. No tendría, entonces, sentido que la ley de Seguridad Social excluyera de su ámbito de protección por razones estrictamente formales a sujetos que en modo ostensible la requieren y la merecen, máxime si se trata de menores e inválidos, a quienes el Estado quiere esmerarse en resguardar, conforme se deriva de los artículos 13, inciso 3, 44, 45 y 47 de la Constitución.

Ahora bien, en lo rigurosamente textual, la Ley 100 de 1993, y particularmente su artículo 47, no define el concepto de hijo como el engendrado o concebido por el padre o la madre o el adoptado formalmente, de modo que corresponde entender, en concordancia con el artículo 46 ibídem y con los principios de la Seguridad Social contemplados en el artículo 48 de la Constitución y 9 de la ley, entre otras disposiciones, que comprende a quien como tal integre el grupo familiar por adopción o prohijamiento, no solo en sentido estricto o judicial sino también en la realidad”.

Posteriormente, la Ley 797 de 2003 restringió la protección de la familia de crianza y de quienes conviven juntos como si fueran padres e hijos, unidos por vínculo de parentesco de afinidad en primer grado en línea descendiente, al señalar en el parágrafo del artículo 13: “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”.

La anterior disposición normativa sirvió como pilar de la sentencia 33481 del 29 de julio de 2008 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, magistrada ponente Isaura Vargas Díaz, la cual negó los derechos de las familias de crianza. Para la Corte, solo tendrían derecho a la pensión de sobrevivientes los padres y los hijos legítimos, naturales y por adopción:

“En efecto, siendo que el Parágrafo del artículo en cita impone que para sus efectos, esto es, ser beneficiario de la dicha pensión de sobrevivientes, ‘se requerirá que el vínculo entre el padre, el hijo o el hermano inválido sea el establecido en el Código Civil’; y que a su vez, ni en el Código Civil, ni en las disposiciones que complementan la materia relativa al derecho de personas y familia, entre otras, las de las Leyes 45 de 1936, 75 de 1968 y 29 de 1982, el Decreto 1260 de 1970 y el Código del Menor, está concebida la noción de ‘hijo de crianza’, sino las de hijos legítimos, legitimados, adoptivos y extramatrimoniales, no estando dentro de éstos quien por la mera convivencia se le dispensa afecto y trato familiar, se equivocó el juez de alzada al concluir que hacía parte de tales beneficiarios quien no estaba comprendido dentro de las precisas personas a las que se refieren las aludidas disposiciones”.

Aunque la redacción de la Ley 797 de 2003 y el Decreto 1889 de 1994, en lo pertinente, es la misma, las decisiones de la Corte no fueron uniformes, lo que lleva aparejado inseguridad jurídica. Por tanto, se hace necesario una legislación diáfana al respecto, ya sea aclarada por vía de autoridad o modificada.

Si entendemos que la condición de padre e hijo solo hace referencia al vínculo de consanguinidad y al vínculo civil, es obvio que el parentesco debe ser demostrado con el registro civil de nacimiento.

La última posición de la Corte Suprema de Justicia sobre el tema desconoce la protección de la Constitución a las familias que se conforman por la voluntad libre de sus miembros a conformarla.

3.3. Los hijos de crianza, hijastros, padres de crianza y padrastros en el actual sistema general de pensiones colombiano según la doctrina colombiana

La doctrina nacional no ha analizado éste tema de fondo, es decir no ha explicado desde el punto de vista socio-jurídico si los hijos de crianza, hijastros, padres de crianza y padrastros tienen derecho o no a ser beneficiarios de la pensión de sobrevivientes del Sistema General de Pensiones colombiano.

En el ámbito nacional, autores con mucho reconocimiento como el profesor Gerardo Arenas Monsalve, (2011), Oscar Dueñas Ruiz (2011), y Alfredo Puyana Silva (2008) no se refieren al tema.

Por su parte, Eduardo López Villegas descarta tajantemente a los hijos de crianza como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes y hace fuertes críticas a los jueces que han accedido a tenerlos como tal, (2011, pp. 178 – 179), puesto que considera que no hacen parte de la familia del causante y los jueces no pueden suplir la voluntad del fallecido de conformar o no una familia. Así lo expone el citado autor:

“La pensión de sobrevivientes está concebida para proteger al grupo familiar del afiliado fallecido.

El criterio base por excelencia para determinar quiénes constituyen la familia es el consanguíneo: padres, hijos y hermanos.

Y a ellos se les suma el parentesco civil por adopción.

Quedan por fuera del núcleo protegido por la seguridad social, así definido, personas con reales vínculos familiares, como los llamados hijos de crianza, niños parientes o simplemente conocidos, que fueron conocidos desde que eran bebés o niños, a falta de tener mejor cuidado. Y si bien, la ley ofrece un camino para incorporarlos a la familia a través de la adopción, los jueces han suplido la supuesta falta de voluntad o de acción en este sentido, y han proporcionado para efectos de la seguridad social el trato que el fallecido no les otorgó en vida; no se entiende como la instancia judicial, por gracia de la muerte, pueda atribuirse una facultad de la que sin duda carece mientras aquél viva; es insólito que alguien detente el poder para atribuir hijos no consanguíneos a una persona, ora en vida ora en muerte”.

Otro doctrinante colombiano, Jorge Eduardo Narváez Bonett, se ha ocupado sobre el tema, pero solo de manera descriptiva, citando sentencias de la Corte Suprema de Justicia, sin comentario alguno. (2008, pp. 225 – 226).

3.4. Las familias de crianza y las familias ensambladas en Colombia

Sociológicamente el concepto de familia no se restringe a lo establecido en la legislación, va mucho más allá que lo señalado por el Código Civil para efectos de ser escuchados cuando así lo dispone la ley, por ejemplo. “Descendientes consanguíneos e hijos por adopción; ascendientes consanguíneos; padre y madre adoptantes; colaterales hasta el sexto grado y afines hasta el segundo grado. Los cónyuges y compañeros permanentes no son parientes, pero también debe ser escuchados. Así debe interpretarse el artículo 61 del Código Civil, después del pronunciamiento de la Corte Constitucional mediante sentencia C-105 de 1994, magistrado ponente Jorge Arango Mejía”. Es decir, no existe un concepto unívoco para definir la familia, porque tal concepto depende de las realidades de un momento determinado de la historia y con características propias que permiten diferenciar múltiples tipos de familias en una misma época. (HernándezG. 2004, p. 541).

Como se señaló el capítulo anterior, familia de crianza es la que surge cuando un menor ha sido separado de su familia biológica y cuidado por otra familia, durante un lapso considerable, que

ha permitido desarrollar vínculos afectivos recíprocos, de tal magnitud que separarlos implicaría afectar la estabilidad psicológica y emocional del menor (Corte Constitucional, sentencia C – 577 de 2011), y familia ensamblada la que proviene del matrimonio o unión de hecho de una pareja, en la cual uno o ambos de sus integrantes tiene hijos de una relación anterior y los trae a la nueva relación. (Corte Constitucional, sentencia C-577 de 2011).

Estos tipos de familias no son exóticas en Colombia, por el contrario existen en un alto porcentaje respecto al número total de hogares y familias.

Según el estudio más reciente sobre la composición de los hogares en Colombia, la Encuesta Nacional de Demografía y Salud 2010, en el año 2010 los niños menores de 15 años en Colombia eran 60.326 de los que el 7,1% eran niños de crianza (4283 niños) y el 4,4% eran huérfanos (2654 niños). Para el año 2005 el total de niños eran 46.424, el 5,5% eran huérfanos (2553 niños) y el 7,8 de crianza (3621 niños).

Se entiende por niños de crianza aquellos que viven en hogares con ninguno de sus padres presentes y los niños huérfanos los que tienen el padre muerto o la madre muerta. (Encuesta Nacional de Demografía y Salud, Profamilia, 2010, p. 37.)

Del total de niños, para el año 2010 el 29,4% vivía solo con la madre con padre vivo (17336 niños) y el 2,9% (1749 niños) era huérfanos de padre, el 2,8% vivía solo con el padre con madre viva (1689 niños) y el 0,3% eran huérfanos de madre. En el año 2005 las cifras eran similares, el 26,3% (12210 niños) vivía solo con la madre con padre vivo y el 3,7% tenía el padre muerto (1718 niños), el 2,7% vivía solo con el padre con madre viva (1253 niños) y el 0,4% tiene la madre muerta (186 niños). (Encuesta Nacional de Demografía y Salud, Profamilia, 2010, p.37).

Otros datos a destacar son las familias monoparentales, porque a la formación de las familias ensambladas les preceden por lo menos una familia monoparental y en otros casos de la unión de dos familias monoparentales.

Mientras para el año 2005 existían 37.211 familias, en el año 2010 había 51.447 familias. En el año 2010 el 12,3% de las familias eran monoparentales (633 familias) y en el 2005 el 11,2% (417 familias), lo cual muestra una tendencia al incremento de éste tipo de familias. (Encuesta Nacional de Demografía y Salud, Profamilia, 2010, p.39)

Si bien, observamos relación decreciente del porcentaje de niños de crianza de los años 2005 y 2010, el número real de niños de crianza aumenta.

La existencia de 4.283 niños de crianza implica que ese mismo número de niños están excluidos de la protección del actual Sistema General de Pensiones colombiano a través de la pensión de sobrevivientes, en caso de fallecimiento de la persona que provea su subsistencia en la familia de crianza.

Pero también, en caso de que esos niños lleguen a edad adulta y se incorporen al mercado laboral quiénes estarán desprotegidos serán los padres de crianza, que se encargaron del cuidado y manutención de los hijos de crianza, si no tienen otra fuente de ingresos que les permita autosostenerse.

No es posible establecer una cifra exacta o aproximada sobre los hijastros, atendiendo que en los censos del DANE los hijos y los hijastros son incluidos en el mismo ítem, es decir los hijastros son considerados hijos de los dos padres de la familia y no de uno solo. No obstante, en las familias monoparentales encontramos un número significativo de potenciales familias ensambladas.

De las estadísticas antes relacionadas se colige que las familias de crianzas son un grupo significativo de la población colombiana, mientras las familias ensambladas no son fácilmente determinables, pero pueden considerarse las familias monoparentales, que existen en gran proporción, potenciales familias ensambladas.

3.5. La protección jurídica de la familia de crianza en Colombia

En Colombia, el concepto de familia no se restringe a la que proviene de una pareja unida por matrimonio y tampoco a la conformada por vínculo de consanguinidad o por vínculos jurídicos, sino también por la voluntad libre y responsable de conformarla.

Entre todas las opciones de conformar una familia podemos destacar: la pareja que decide no tener hijos o no puede procrearlos, la pareja que decide y puede procrear hijos, la pareja que decide adoptar hijos previo trámite de adopción correspondiente y la pareja que decide criar hijos

como suyos sin adelantar e trámite de adopción. Esta última es también una opción protegida por la Constitución. Estas opciones también están permitidas para quienes deciden no convivir en pareja, pero sí conformar una familia.

El artículo 42 de la Constitución Política de Colombia permite todas estas variedades de familias, claramente se infiere de su texto:

“La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

...

Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progeneritura responsable...”

Así lo ha interpretado la Corte Constitucional:

“... el concepto de familia no puede ser entendido de manera aislada, sino en concordancia con el principio del pluralismo. De tal suerte que, en una sociedad plural, no puede existir un concepto único y excluyente de familia, identificando a esta última únicamente con aquella surgida del vínculo matrimonial”. (Corte Constitucional, sentencia T-572 de 2009).

Una de esas opciones es la familia de crianza, en virtud de la cual, en ejercicio del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, dos personas deciden construir relaciones de afecto y apoyar económicamente a un niño, proporcionándole una familia, sin necesidad de llevar a cabo el trámite administrativo de adopción, hasta el punto que en un momento dado la familia de crianza puede prevalecer sobre la familia biológica, en aras de proteger el interés superior de los menores de edad:

“... la preservación del derecho de los niños a no ser separados de su familia, así como la salvaguarda constitucional del grupo familiar frente a injerencias arbitrarias por parte del Estado, se traslada a la familia de crianza cuandoquiera que el menor ha desarrollado con ésta vínculos de afecto y dependencia cuya perturbación afectaría su interés superior. Es decir, cuando el derecho del menor a la familia ha circunscrito su ámbito de protección al grupo familiar de crianza, y ha operado el cese correlativo de la presunción a favor de la familia biológica, el Estado debe abstenerse de intervenir en las relaciones familiares de hecho, salvo que medien circunstancias que, como las señaladas, hagan prever que el menor no se desarrollará adecuadamente en su seno. Si la familia de crianza no presenta ninguna de las circunstancias que se indican, las autoridades de Bienestar Familiar deberán abstenerse, en virtud del interés superior del menor, de perturbar las relaciones intrafamiliares dentro de dicha familia de crianza, mucho más si como consecuencia de sus actuaciones, el menor resulta separado de tal núcleo de parientes”. (Corte Constitucional, sentencia T-292 de 2004).

Este criterio ha sido reiterado en múltiples sentencias de la Corte Constitucional, tales como las sentencias T-497 del 13 de mayo de 2005, magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil y T-844 del 8 de noviembre de 2011, magistrado ponente Jorge Ignacio PreteltChaljub.

Y respecto a la protección de los menores que no crecen en el seno de su familia biológica, pero se les debe garantizar el derecho a la unidad familiar, así sea en una familia de hecho, ha dicho la corte Constitucional:

“El niño tiene derecho a que se le preste solidaridad. Y es ilógico que si un niño está ubicado concretamente en un hogar que solidariamente le brinda protección, funcionarios del Estado desubiquen al menor con la disculpa de buscarle una ubicación abstracta. Esta actitud incoherente atenta contra la solidaridad objetiva y va en contra del Estado Social de Derecho”. (Corte Constitucional, sentencia T- 217 de 1994).

En desarrollo del artículo 42 de la Carta Política de 1991, se expidió el Código de la Infancia y la Adolescencia que protege la familia de crianza (solidaridad familiar) y la reconoce como una realidad en Colombia, en el artículo 67:

“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”.

La doctrina también ha ocupado su atención en éste tipo de familias denominándola familia solidaria. (QuirozA. 2011, p. 47).

Si una familia decide prohijar un menor sin adelantar el trámite de adopción, porque esa ha sido su decisión libre y espontánea, no pueden desconocerse a los miembros de la familia así conformada los derechos que de ella se derivan, so pretexto de no haberse cumplido un formalismo.

Si bien existen razones de seguridad, relacionadas con la estabilidad emocional de un menor y la seguridad de pertenecer y conservar una familia, para evitar retractaciones; no es menos cierto que cohibir a los miembros de una familia de hecho de la protección de la familia, a través del cumplimiento de sus deberes, siendo el principal el deber de asistencia, según lo expuesto en el capítulo segundo, puede representar en la mayoría de los casos perjuicios superiores, como condenar a los miembros de la familia de hecho a la indigencia.

En éste orden, un juez que admite la existencia de padres e hijos de crianza como miembros del grupo familiar del fallecido, no supe la voluntad de adoptar o de incorporarlos a la familia, por el contrario está aceptando una de las formas de familia que la Constitución permite.

Para efectos del reconocimiento de las prestaciones de sobrevivientes, la Organización Internacional del Trabajo ‘OIT’ reconoce como miembros del grupo familiar a los hijos de crianza y padres de crianza y a los hijastros y padrastros o madrastras:

“A los fines de la Seguridad Social se acostumbra distinguir dos categorías de hijos: los hijos descendientes directos de la persona protegida -o del beneficiario según el caso- y los que no obstante no serlo, son mantenidos en su hogar como hijos. Es frecuente que los primeros sean considerados hijos a cargo si vivían bajo el techo de la persona protegida en el momento de su fallecimiento, mientras que para los segundos pueden exigirse otras condiciones; por ejemplo, que hayan sido mantenidos en el hogar del difunto desde al menos seis meses antes de su muerte..”. (Introducción a la Seguridad Social, 1992, página 78).

La legislación nacional ha instituido la adopción para garantizar a los menores de edad estabilidad en la familia, evitando retractaciones que puedan afectar la estabilidad emocional y el derecho del menor a crecer en el seno de una familia.

La realidad colombiana ha demostrado que en todos los casos no se adelanta el trámite de adopción para prohijar un menor de edad y la familia se conforma con padres e hijos de crianza o con padrastro y madre biológica e hijastros o madrastra y padre biológico e hijastros, por tanto la omisión de la adopción no puede ser un pretexto para negar a los menores, a los discapacitados y a los adultos de la tercera edad la protección de otros derechos, tales como la pensión de sobrevivientes en caso de óbito de su proveedor alimentario.

Para el propósito de éste trabajo, es menester dejar claro que la protección de la familia ensamblada deriva de la inexistencia de cauces jurídicos para asignar responsabilidad en el pago de pensiones a las entidades gestoras del sistema.

El vínculo entre padrastro o madrastra e hijastros corresponde al parentesco por afinidad, entendiendo por tal la relación que existe entre una persona y los consanguíneos de su cónyuge o compañero (a) permanente, y según la legislación colombiana no hay derecho a alimentos entre afines. (MonroyM. 2008, p. 43).

Los vínculos afectivos o de dependencia económica entre padrastrros o madrastras e hijastros provienen de la crianza efectiva, más no de la ley; en consecuencia debemos entender, para los efectos de éste trabajo que los padrastrros y madrastras son verdaderos padres de crianza de sus hijastros, y sus hijastros verdaderos hijos de crianza, máxime si la persona que sustituye éste padrastro o madrastra no existe, por muerte u otra causa.

Valga recordar lo expuesto en el acápite 2.3.2.2., sobre las relaciones de las familias ensambladas. En éste subtipo de familias las nuevas relaciones paterno-filiales no fluyen de la misma manera que ocurre en las familias de crianza, máxime si el progenitor no custodio (Entiéndase por progenitor no custodio el padre o madre que no convive con sus hijos que han pasado a formar parte de una familia ensamblada), vive aún y tiene contacto con sus hijos biológicos, no obstante, en muchos casos se logra establecer una buena relación, pero en otros las relaciones empeoran progresivamente hasta la ruptura de la relación. (Oliva A., Parra A. y Antolín L. 2010, p. 74).

3.6. El Derecho de familia y el Derecho de la Seguridad Social

El régimen del Derecho de Familia no es aplicable a ultranza en el Derecho de la Seguridad Social. Las regulaciones del derecho de familia tienen como propósito la protección del derecho de propiedad y los derechos herenciales, mientras la Seguridad Social procuran solucionar problemas vitales e inmediatos de subsistencia que surgen como consecuencia de siniestros previamente establecidos. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia de 1996).

No obstante, en lo atinente específicamente a los requisitos para reclamar alimentos y los principios relacionados con los sujetos de las obligaciones alimentarias, las regulaciones del Derecho de Familia si son aplicables al Derecho de la Seguridad Social, porque pretenden solucionar el mismo problema, la necesidad de subsistencia de una persona que depende económicamente de otra.

Recordemos los requisitos para reclamar alimentos, en relación con las condiciones para ser beneficiarios de la pensión de sobrevivientes como padres o hijos, independientemente de la naturaleza de la filiación:

1. Que el derecho esté previsto en la ley. Para la aplicación de éste requisito juegan un papel importante los principios relacionados con los sujetos: (Rico F., Garza P., Cohen M. 2012, p. 158), principio de reciprocidad y principio de proximidad. En cuanto al principio de proximidad, aplicado a la seguridad social, es del caso reiterar que la lista de beneficiarios de la pensión de sobrevivientes funciona de manera sucesiva y excluyente, es decir no puede ser exigida por los miembros del orden siguiente si no se ha agotado el anterior. En otras palabras, todos los miembros del grupo familiar no pueden acudir al tiempo.

La reciprocidad indica que el hijo atenderá a sus padres en su vejez, por tanto mientras el hijo depende de sus padres por ser menor de edad, por estar incapacitado para trabajar en

razón de sus estudios o por padecer pérdida de capacidad laboral superior al 50%, será acreedor de la pensión de sobrevivientes; cuando el padre materialice la dependencia económica respecto al hijo también será acreedor.

La diferencia entre el Derecho de Familia y el Derecho de la Seguridad Social radica en el deudor. En el primero será el padre o el hijo, según el caso; en el segundo el padre o el hijo, trabajador o pensionado, será sustituido por la entidad gestora a la que estaba afiliado para cubrir los riesgos no profesionales de invalidez, vejez y muerte o la que pagaba la pensión.

2. Necesidad del alimentario: en Seguridad Social, la necesidad de subsistencia de una persona que depende económicamente de otra. Ya no sería el alimentario sino el posible beneficiario de la pensión de sobrevivientes como padre o hijo.
3. Capacidad económica del alimentante: al trasladar éste requisito a la Seguridad Social, tenemos que el causante de la pensión, era la persona que proveía la subsistencia del beneficiario de la pensión.

El derecho a la asistencia alimentaria no solo se soporta en los vínculos familiares biológicos, sino también en relaciones estrictamente económicas como una donación cuantiosa, en virtud de la cual el donatario debe alimentos al donante si este carece de recursos.

Los doctrinantes del Derecho de Familia en Colombia consideran donación cuantiosa la que requiere insinuación, (ParraJ. 2008, p.506), criterio que no debe ser aplicable a la Seguridad Social en razón a la dificultad que existe para determinar a cuánto ascienden los gastos de manutención de una persona, mucho más cuando se le da el trato de hijo, puesto que la Seguridad Social protege el estado de necesidad cuando hay dependencia económica.

Para la Seguridad Social bastaría simplemente haber dispensado el sostenimiento económico de un hijo de crianza o hijastro. No obstante, la reciprocidad en la donación cuantiosa es una manifestación de la solidaridad y la equidad.

La dependencia económica en la Seguridad Social es una extensión de las obligaciones alimentarias en el derecho de familia; pese a no ser necesario ser acreedor alimentario para ser dependiente económicamente de otra persona.

3.7. Principios de la Seguridad Social que fundamentan la protección de los hijos de crianza y de los padres de crianza

3.7.1. Solidaridad e Igualdad

Según éste principio todos los miembros de la sociedad contribuyen a mejorar sus condiciones de vida, imponiendo cargas a los que se encuentran en situación económica favorable, para solucionar los problemas de quienes tienen situación económica precaria; también a los que gozan de buen estado de salud, que pocas veces hacen uso de los servicios de salud, para atender a quienes están enfermos y requieren con frecuencia de los servicios asistenciales del sistema.

En las familias de crianza, al igual que en las familias consanguíneas, también se construyen relaciones de dependencia económica entre sus miembros, en donde uno o varios de sus miembros asumen la carga económica de otro u otros, para garantizar su subsistencia, no solo inicialmente los padres de crianza, padrastro o madrastra respecto a sus hijos o hijastros, sino también en sentido inverso, cuando los hijos de crianza e hijastros asumen las riendas del hogar por pertenecer a la población económicamente activa, encargándose del sostenimiento económico de sus padres de crianza o padrastro o madrastra.

Cuando fallece el miembro o los miembros de la familia que se encargan del sostén económico, se genera una situación de necesidad, objeto de protección de la Seguridad Social.

En estas circunstancias, el Estado y la sociedad no pueden dejar a su suerte a aquellas personas que no pueden proveer su propia subsistencia, por ser menores de edad, por tener disminuida su capacidad laboral causada por la invalidez o pérdida de las fuerzas necesarias para trabajar por el transcurso del tiempo causada por la vejez. Tampoco a quienes no pueden trabajar porque se están preparando para conservar sus condiciones de vida o mejorarlas.

Entre los hijos y padres, como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, generalmente, pero no siempre, podemos identificar tres grupos de la población en circunstancias de debilidad manifiesta: los niños (menores de edad), los padres (ancianos o de la tercera edad) e inválidos (en situación de discapacidad). Estos grupos son protegidos de manera especial por la Constitución y por las normas internacionales.

La protección de los niños, ancianos y discapacitados, genéricamente, se deriva del artículo 13 de la Constitución Política, en virtud del cual el Estado debe materializar acciones afirmativas para garantizar la protección de las personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta.

En el artículo 44 de la Constitución Política de Colombia encontramos los derechos fundamentales de los niños, de los que podemos destacar el derecho a la Seguridad Social, a la salud, a la alimentación equilibrada, a ser protegidos contra toda forma de abandono, a tener una familia y no ser separado de ella, y a la protección a cargo de la familia, la sociedad y el Estado para garantizar el pleno ejercicio de sus derechos.

El artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, (Ley 74 de 1968), sobre los cuidados y asistencia especial para los niños y la igualdad de derechos sin importar su origen.

El artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, que ordena a los Estados la adopción de medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición.

El artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, (Ley 16 de 1972.), sobre protección especial de los niños por la familia, la sociedad y el Estado.

La Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, aprobada mediante Ley 12 de 1991, literalmente establece en el artículo 27:

“1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.

3. Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.

4. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, tanto si viven en el Estado Parte como si viven en el extranjero. En particular, cuando la persona que tenga la responsabilidad financiera por el niño resida en un Estado diferente de aquel en que resida el niño, los Estados Partes promoverán la adhesión a los convenios internacionales o la concertación de dichos convenios, así como la concertación de cualesquiera otros arreglos apropiados”. (Subrayado fuera de texto).

De todo éste compendio normativo se colige el derecho de los menores a acceder a una pensión de sobrevivientes cuando fallece por lo menos uno de los padres, puesto que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de proteger especialmente a los niños (menores de edad), sin que se entienda que la asistencia económica o alimentaria está únicamente a cargo de los padres biológicos, sino también de otras personas que tengan la responsabilidad financiera del niño, como los padres de crianza.

En caso de no acceder a la pensión de sobrevivientes, los menores de edad estarían siendo discriminados por su origen familiar y de contera se materializaría la vulneración a otros derechos a la alimentación equilibrada, la vivienda, la educación y la salud, y garantías como la protección contra toda forma de abandono.

La protección a los adultos de la tercera edad es de rango constitucional al estar prevista en el artículo 46 de la Constitución Política de Colombia, que además consagra la obligación del Estado de garantizarles Seguridad Social y subsidio alimentario.

Aunque no siempre quienes acceden a la pensión de sobrevivientes como padres beneficiarios son personas de la tercera edad, es muy probable que se encuentren en tal situación y por tanto merecen especial protección del Estado.

No es necesario llegar al estado de indigencia si han contribuido a la formación, educación y sostenimiento económico de un menor, que al ser adulto e incorporarse al mercado laboral, vela por el sostenimiento de quienes fueron sus padres de crianza o su madrastra o padrastro. Para acceder a la pensión de sobrevivientes simplemente se requiere ser miembro del grupo familiar del causante y encontrarse en estado de necesidad por la muerte del pilar económico de la familia.

Las obligaciones económicas frente a los padres de crianza, padrastros y madrastras es una manifestación del principio de solidaridad en la Seguridad Social y también tiene sustento en los principios de las obligaciones alimentarias relacionadas con los sujetos, en especial la reciprocidad.

Por razones de equidad, si en otro tiempo los padres de crianza o una madrastra o un padrastro asumieron voluntariamente la obligación alimentaria de un hijo de crianza o hijastro, estos últimos deben ser potenciales deudores de los primeros y si se materializa el estado de necesidad pasarán a ser verdaderos deudores.

En cuanto a los discapacitados, en tratándose de hijos beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, es menester que supere 18 años de edad y padecer una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50%, por tanto sus posibilidades de incorporación al mercado laboral son reducidas y por ende merecedores de protección especial. Si no supera la mayoría de edad, simplemente será beneficiario por ser menor de edad y no está obligado a demostrar dependencia económica del padre o de la madre fallecido.

De manera específica, el Constituyente se preocupó por la población discapacitada mediante el artículo 47 de la Carta, que obliga al Estado a diseñar y ejecutar políticas de previsión rehabilitación e integración de éstas personas, para que no sean marginadas.

Para efectos de readaptación profesional y el empleo de personas invalidas, el convenio 159 de la OIT (Ley 82 de 1988), las define así el numeral 1 del artículo 1:

“A los efectos del presente Convenio, se entiende por persona inválida toda persona cuyas posibilidades de obtener y conservar un empleo adecuado y de progresar en el mismo queden sustancialmente reducidas a causa de una deficiencia de carácter físico o mental debidamente reconocida”.

Ésta definición comprende no solamente a las personas con pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50% (limitaciones profundas), sino también a quienes padecen limitaciones moderadas (entre el 15% y el 25% de pérdida de capacidad laboral) y limitaciones severas (mayor al 25% pero inferior al 50% de la pérdida de la capacidad laboral). Aunque no se relaciona directamente con los requisitos para acceder a pensión de sobrevivientes, nos sirve para comprender por qué quienes padecen limitaciones profundas merecen especial protección.

Los hijos mayores de 18 años hasta 25 años que no pueden trabajar por estar cursando estudios, no son personas en circunstancias de debilidad manifiesta, pero requieren del apoyo de sus padres para alcanzar superación personal y poder valerse por sí mismos.

Aunque discrepo de la posición del Honorable Consejo de Estado (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, 2007), sobre la consideración de encuadrar a éste grupo de la población como personas en circunstancias de debilidad manifiesta, de éste grupo de la población, comulgo en lo concerniente a la finalidad de la protección:

“El fundamento de la sustitución pensional para un menor o un estudiante es la dependencia económica de sus padres en lo que ordinariamente les suministran para su sustento; de manera que, la ausencia de éstos, los coloca en un estado de debilidad manifiesta que requiere de una protección estatal especial, por cuanto es indudable su estado de indefensión cuando apenas transita por el camino de la formación educativa, en aras de acceder a un conocimiento que le permita valerse por sí mismo, a través de la capacitación para ejercer una profesión u oficio y alcanzar un desarrollo humano integral, con la posibilidad de desenvolverse autónomamente en el campo laboral, personal y social”.

Considero que los primeros se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta por su evidente dificultad de incorporarse al mercado laboral, mientras que los últimos, pese a ver

truncado o dificultado su proyecto de vida, están en condiciones de asumir su autosostenimiento incorporándose el mercado laboral en una actividad laboral no calificada.

En todos los casos se propende por la protección de personas en estado de necesidad, entendida como la carencia subjetiva, real y efectiva de recursos económicos por no tener quien garantice su sustento diario.

Ante la muerte de quien sostenía la familia, los miembros que no alcanzan un nivel de autosostenimiento suficiente, salvo los hijos menores de edad, están obligados a acreditar miseria o indigencia para que la Seguridad Social entre a cumplir el propósito principal de la pensión de sobrevivientes: proteger a la familia por la pérdida de medios de subsistencia sufrida como consecuencia de la muerte del sostén de familia.

3.7.2. Universalidad y Progresividad

El principio de universalidad impone al Estado un norte: la cobertura de toda la población, que debe lograrse en la medida en que se dispongan recursos, incluyendo medidas legislativas, administrativas, judiciales, económicas, sociales y educacionales. Se espera del Estado una actitud activa, para la obtención de los recursos necesarios en pro de ampliar la cobertura de la Seguridad Social.

La Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) recomienda a los Estados Latinoamericanos tener en cuenta en las reformas estructurales de pensiones, cualquiera que sea su modelo, como primera meta la universalización de la cobertura de todos los trabajadores asalariados (incluyendo a los del servicio doméstico), una segunda meta más compleja, sería extender la cobertura a grupos de difícil incorporación, como trabajadores independientes, otros informales y rurales-agrícolas. MESA LAGO, Carmelo. (2004). Las reformas de pensiones en América Latina y su impacto en los principios de la Seguridad Social, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Santiago, p.p. 102 – 103.

Asimismo recomienda a los gobiernos de los países considerados socialmente más desarrollados (Argentina, Brasil, Costa Rica, Cuba, Chile y Uruguay) y a los intermedios (entre los que se incluye Colombia) universalizar sus programas de pensiones asistenciales para que cubran a

todos los ancianos y discapacitados sin recursos propios o familiares, como paliativo a los altos niveles de desprotección de éstos sectores de la población. MESA LAGO, Carmelo. (2004). Las reformas de pensiones en América Latina y su impacto en los principios de la Seguridad Social, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Santiago, p.p. 102 – 103.

Todo lo anterior sugiere que la cobertura pensional no solo se amplía adoptando políticas para cubrir a los asalariados y a otros grupos de trabajadores, sino también a sectores de la población que no pueden participar en el mercado laboral, razón por la que en Colombia debe extenderse la protección a los hijos de crianza, padres de crianza, hijastros, padrastros y madrastras a través de la pensión de sobrevivientes.

El Gobierno colombiano, al reformar la Ley 100 de 1993, mediante la Ley 797 de 2002, mostró preocupación por eliminar privilegios pensionales de algunos sectores de la población, tratando de nivelar por lo bajo los beneficios del régimen común, para que el sistema fuese sostenible y extender la cobertura a trabajadores no asalariados.

Pero básicamente la brújula de la reforma conducía a la modificación de las pensiones de vejez y las pensiones de sobrevivientes haciendo más exigentes los requisitos de la pareja, y trató de introducir limitaciones para acreditar el parentesco de los hijos, padres y hermanos y pretermitiendo la filiación por adopción, cuando ya la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia había extendido la protección a los hijastros.

La violación al artículo 42 de la Constitución fue advertida en la ponencia para el primer debate al Proyecto de Ley 56 de 2002 Senado, 55 de 2002 Cámara:

“Pero sorprende el párrafo cuando en forma abiertamente inconstitucional pretende desconocer la igualdad entre los hijos, sean estos consanguíneos o adoptivos, pero antes que nada, queriendo desconocer el concepto de familia que el artículo 42 de la Constitución Política tiene definido y que en este punto está en clara contradicción con la norma constitucional”.

En consecuencia, el texto del párrafo del artículo comentado relativo a la prueba del parentesco para ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes como hijo, padre o hermano fue modificado, excluyendo sin explicación alguna las familias de crianza y las familias ensambladas.

La demostración del parentesco con el registro civil de nacimiento, prueba tarifada, excluye de la condición de beneficiarios de la pensión de sobrevivientes a las familias que se fundamentan en vínculos diferentes a la filiación natural y la filiación civil.

Se requiere que el Estado disponga todos los recursos necesarios para lograr el acceso a la pensión a las personas que conforman familias conformadas sobre la base de los vínculos naturales o civiles.

La cobertura de la Seguridad Social no solo se extiende incorporando nuevos grupos de la población económicamente activa sino también a los ancianos y discapacitados que no pueden valerse con sus propios recursos, y por qué no a los menores de edad por los que nadie asume la responsabilidad financiera.

Para los miembros de la familia de hecho que caen en desamparo por la muerte de la persona que sirve de apoyo económico de la familia será más digno acceder a una pensión por ser miembros de ese grupo familiar y que es fruto del trabajo del afiliado o pensionado fallecido, y no por la vía de la asistencia.

3.7.3. Sostenibilidad financiera y eficiencia

El principio de sostenibilidad financiera tiene relación con los principios de solidaridad, universalidad y progresividad, en cuanto la materialización de éstos depende de la disponibilidad de recursos para que el sistema de Seguridad Social no colapse.

La sostenibilidad financiera impone a cada Estado la elaboración con frecuencia de estudios y cálculos actuariales necesarios para el equilibrio financiero, y con base en esos estudios determinar prioridades de cobertura, nivel de prestaciones, valor de cotizaciones, etc.

Para la OIT las inversiones de fondos de la Seguridad Social se soportan en tres principios: seguridad, rendimiento y liquidez. Seguridad para que los fondos se conserven y no sean destinados a propósitos distintos a la Seguridad Social; rendimiento para maximizar la productividad de los fondos, y de contera no incrementar las cotizaciones y mantener el poder adquisitivo de las prestaciones; liquidez con el fin de disponer de recursos cuando sea necesario

pagar prestaciones (MesaC. (2004). Las reformas de pensiones en América Latina y su impacto en los principios de la Seguridad Social, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Santiago, p.p. 102 – 103.).

Colofón de lo anterior, la sostenibilidad financiera no se logra recortando o restringiendo los niveles de prestaciones, por tanto debe armonizarse con la pretensión de universalizar la cobertura.

Las últimas reformas al sistema general de pensiones han sido abanderadas con el propósito de garantizar la viabilidad del sistema sea en términos financieros y lograr ampliación de la cobertura. En ese sentido la exposición de motivos del proyecto de Ley que cristalizó la expedición de la Ley 797 de 2003, al respecto dice (MesaC. (2004). Las reformas de pensiones en América Latina y su impacto en los principios de la Seguridad Social, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Santiago, p.p. 102 – 103):

“El espíritu que anima las acciones del Gobierno Nacional, que asumió unos compromisos contenidos en el Manifiesto Democrático puesto a consideración de los colombianos por el Presidente Álvaro Uribe Vélez, está inspirado en el propósito de lograr un Estado Comunitario que dedique sus recursos a erradicar la pobreza, a construir equidad y confianza, ampliar y mejorar la Seguridad Social y la justicia social. En ese marco, las iniciativas de transformación propuestas por el jefe del Estado y apoyadas por cerca de 6.000.000 de colombianos, responden a la necesidad de construir esquemas sociales solidarios, financieramente viables y sostenibles en el tiempo, y equitativos para todos los ciudadanos.

La reforma pensional propuesta, busca una mayor equidad, solidaridad y viabilidad financiera de un nuevo sistema que le dé un trato igualitario a todos los colombianos, mediante la eliminación, entre otros mecanismos, de los privilegios que actualmente gozan algunos sectores por estar exceptuados de la Ley 100 de 1993 o por razón de disposiciones especiales del régimen de transición, como el Presidente de la República, los Congresistas, los Magistrados de las Altas Cortes, las FFMM y la Policía Nacional, los docentes públicos y los trabajadores de empresas del Estado como Ecopetrol, quienes representan una minoría frente al conglomerado de los trabajadores colombianos. El nuevo proyecto tal y como se comprometió el Presidente Uribe, respeta las expectativas de las personas próximas a pensionarse, los derechos adquiridos y se

ajusta a las condiciones fiscales del país, promoviendo mayor solidaridad y equidad para todos los colombianos”.

Propósito que también ilustró la reforma al artículo 48 de la Constitución Política de Colombia:

“A través de dicho proyecto se introduce como criterio el que debe procurarse la sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social, asegurando realmente la efectividad del derecho a una pensión para todos los colombianos, y conciliando el derecho a las pensiones con la necesidad que tiene el Estado de destinar recursos para atender sus deberes frente a todos los colombianos en materia de salud, educación y otros gastos sociales...”

A través de dicho proyecto se introduce como criterio el que debe procurarse la sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social, asegurando realmente la efectividad del derecho a una pensión para todos los colombianos, y conciliando el derecho a las pensiones con la necesidad que tiene el Estado de destinar recursos para atender sus deberes frente a todos los colombianos en materia de salud, educación y otros gastos sociales...”

En los dos proyectos se insistió en el desequilibrio y las desigualdades que producen los regímenes exceptuados y el régimen de transición pensional de la Ley 100 de 1993, hasta el punto que se estimaron el número de pensionados en el sector público, así como el valor de todas esas pensiones y el porcentaje que representa en el producto interno bruto.

Respecto a los padres y los hijos como beneficiarios no se hicieron los cálculos correspondientes para estimar el impacto que causan en las finanzas nacionales, para dilucidar si se justifica restringir la protección de estos beneficiarios a los vínculos naturales o civiles o si financieramente es viable incluir en éste grupo a quienes conforman familias de hecho.

Previo a la reforma al actual Sistema General de Pensiones colombiano, encaminada a incluir a las familias de crianza y a las familias ensambladas, es necesario realizar los cálculos actuariales correspondientes para saber si existen recursos suficientes para pagar pensiones, porque ni en la Ley 797 de 2003 ni en las normas que le anteceden se establece un número tentativo de posibles beneficiarios como padres e hijos. Si no existen recursos, se requiere encontrar mecanismos para financiar las pensiones de los nuevos beneficiarios, incrementando el valor de las cotizaciones o los periodos de carencia.

Por lo reseñado anteriormente, el legislador debe ser cuidadoso al señalar los requisitos para que los hijos de crianza, padres de crianza, hijastros, padrastros y madrastras accedan a la pensión de sobrevivientes, como paso a explicar posteriormente.

3.8. Condiciones que deben cumplir los hijos de crianza, padres de crianza padrastros y madrastras como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes

Al establecer los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes en calidad de hijos de crianza, padres de crianza, padrastros y madrastras, el legislador debe tener en cuenta el principal propósito de ésta prestación: proteger a la familia del causante de las dificultades económicas que representa su muerte, y también ser cuidadoso al señalar quiénes son realmente hijos de crianza, padres de crianza padrastros y madrastras, puesto que la incorporación de nuevos beneficiarios puede afectar los derechos de otros potenciales beneficiarios.

Sobre los requisitos de los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes ha dicho la Corte Constitucional:

“Esta Corporación se ha pronunciado acerca de la finalidad y legitimidad de los requisitos de índole temporal o personal que señale el legislador para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes. Según lo expuesto en la sentencia C-1176 de 2001, es razonable suponer que las exigencias consignadas en los artículos demandados buscan la protección de los intereses de los miembros del grupo familiar del pensionado que fallece, ante la posible reclamación ilegítima de la pensión por parte de individuos que no tendrían derecho a recibirla con justicia. Igualmente suponer que el señalamiento de exigencias pretende favorecer económicamente a matrimonios y uniones permanentes de hecho que han demostrado un compromiso de vida real y con vocación de permanencia; también se ampara el patrimonio del pensionado, de eventuales maniobras fraudulentas realizadas por personas que sólo persiguen un beneficio económico con la sustitución pensional. Por esto, dijo la Corte, con el establecimiento de tales requisitos se busca desestimular la ejecución de conductas que pudieran dirigirse a obtener ese beneficio económico, de manera artificial e injustificada”. (Corte Constitucional, sentencia C-1094 de 2003).

Los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes no serán los mismos que se exigen a los miembros de una familia unida por vínculos naturales o por vínculos civiles, en razón a que para el establecimiento de estos vínculos solo basta el nacimiento en el primer caso o la adopción en el segundo caso, demostrables con la prueba tarifada del registro civil de nacimiento; pero tratándose de hijos de crianza, padres de crianza, hijastros, padrastro y madrastra, el vínculo padre - hijo es de hecho y por tanto los hechos que materializan el vínculo deben ser demostrados de manera fidedigna.

3.8.1. Periodo mínimo de crianza

Tanto para las familias de crianza como para las familias ensambladas o recompuestas se debe establecer un periodo mínimo de crianza, siendo cuidadosos en evitar la consumación de artificios o maniobras fraudulentas encaminadas únicamente a obtener la pensión de sobrevivientes, afectando el equilibrio financiero del sistema.

Podría considerarse que un año de convivencia es suficiente, aplicando el precedente de la Corte Constitucional, Corporación que ha considerado suficiente un año de convivencia con un menor para que germinen vínculos afectivos, (Corte Constitucional, sentencia T-292 de 2004), pero como está visto, al incluir nuevos beneficiarios pueden afectarse intereses de otros posibles beneficiarios.

Se requiere que el vínculo padre - hijo de hecho, o la convivencia en otros términos, sea por los menos durante cinco años, para que no quede duda de que se trata de una convivencia estable y no de una crianza circunstancial.

3.8.2. Inicio de la crianza y la intención de criar

Así mismo se requiere que la convivencia haya iniciado cuando quien funge como hijo de crianza o hijastro todavía no haya cumplido 18 años de edad, porque en caso contrario la convivencia no tenía como propósito la crianza.

La intención de criar y de proveer alimentación debe quedar plenamente acreditada, para que no se entienda que el juzgador supliría la voluntad de quienes fungen como padres de crianza, padrastro o madrastra.

3.8.3. Dependencia económica

Debe demostrarse la dependencia económica en todos los casos, incluso tratándose de menores de edad, a diferencia de lo que ocurre con las familias biológicas o por adopción; en las familias objeto de nuestro estudio, la protección solo se fundamenta en los hechos, fundamentalmente en la dependencia económica y no puede presumirse cuando se trata de familias de crianzas y las familias ensambladas o recompuestas.

Que el beneficiario carezca de recursos para garantizar su autosostenimiento, ya sea mediante bienes productivos o pensión del sistema general de Seguridad Social integral.

3.8.4. Inexistencia de obligados a suministrar alimentos

Que no existan familiares del beneficiario con obligación y capacidad económica de suministrarle alimentos, de conformidad con las reglas de la legislación civil, porque de lo contrario abriría las puertas para que en algunos casos una persona sea beneficiaria de varias pensiones por distintas familias. Por ejemplo, un hijo de crianza accedería a la pensión por la muerte de sus padres de crianza y de sus padres biológicos, asimismo un hijastro accedería a la pensión de sobrevivientes por la muerte de su padrastro y de su padre biológico.

4. Conclusiones y Recomendaciones

4.1 Conclusiones

Por el momento, la condición de beneficiarios de los hijos de crianza, incluyendo a los hijastros como tales, en Colombia solo ha sido estudiada por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia.

Aunque esa Alta Corporación se pronunció sobre normas diferentes, en lo pertinente a la prueba del vínculo entre padrastrros e hijastros el contenido es el mismo.

Esa dicotomía de las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, sumadas a las interpretaciones que pueda darle al mismo texto la Corte Constitucional como juez de tutela y el Consejo de Estado, en virtud de la competencia otorgada por la Ley 1437 de 2011, para conocer de los asuntos del Sistema de Seguridad social cuando la entidad administradora sea de naturaleza pública, generan inseguridad jurídica sobre el tema. Lo que hace necesaria la existencia de una legislación clara al respecto.

La Corte Constitucional colombiana ha considerado, de conformidad con el artículo 42 de la Constitución Política de Colombia, que la familia no solamente se conforma a través del matrimonio y la filiación no se reduce a la filiación natural o a la filiación civil. Existen otras formas de conformar familias, autorizadas por la Constitución, en concordancia con el principio de pluralismo, tales como las familias de hecho.

Las familias de crianza y las familias ensambladas, en últimas son familias de hecho, en razón a que, tanto en unas como en otras, no se da el vínculo de filiación natural o civil entre quienes fungen como padres e hijos, pero por ello no dejan de ser una familia.

Entre los padres de crianza y los hijos de crianza y entre los padrastrros y madrastras y los hijastros se tejen, en la mayoría de los casos, relaciones afectivas y también de dependencia económica, que dejan en estado de necesidad a quienes no pueden proveer su sostenimiento,

cuando fallece el sostén de la familia. En estos casos la Seguridad Social no puede dejar a su suerte a quienes han quedado así desamparados.

Si bien los postulados del Derecho de Familia no son aplicables estrictamente al Derecho de la Seguridad Social, por tener objetos de protección diferentes, en lo concerniente a las obligaciones alimentarias si son aplicables al Derecho de la Seguridad Social, por tener objetos de protección similares: las necesidades de quienes pueden verse desamparados por no estar en capacidad de garantizar su propia subsistencia.

En Colombia, las familias de hecho conforman un porcentaje significativo de la población, lo que se infiere del alto número de niños que viven sin sus padres biológicos o sin uno de ellos.

Ningún Convenio de la OIT trata sobre la protección de las familias de hecho, entendiendo por tales las conformadas por padres de crianza e hijos de crianza, pero de los principios como la solidaridad y la universalidad se puede colegir que la familia protegida por la Seguridad Social no solo se restringe a las personas entre las que existen vínculos consanguíneos o civiles, sino también a los que son mantenidos en el hogar como hijos, y estos a su vez se encargarán de la protección de quienes los mantuvieron como si fueran sus padres cuando caigan en estado de necesidad.

Habiéndose materializado el estado de necesidad, padres de crianza e hijos de crianza y padrastros, madrastras e hijastros cumplen las condiciones necesarias para ser beneficiarios de una pensión de sobrevivientes, por la muerte del familiar de hecho que proveía su subsistencia.

4.2 Recomendaciones

Se recomienda tener en cuenta a los padres de crianza, hijos de crianza, padrastros e hijastros como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes en las próximas reformas del Sistema General de Pensiones colombiano, debido al alto número de familias conformadas con éstos miembros y para garantizar la protección de personas que generalmente merecen especial protección.

El legislador debe ser muy cuidadoso al establecer los requisitos para determinar las condiciones para acceder a la pensión de sobrevivientes, puesto que en algunos casos, éste tipo de relaciones de hecho se pueden prestar para defraudar al Sistema y por ende afectar el equilibrio financiero.

Para próximos trabajos sobre éste tema se recomienda analizar el tema desde el punto de vista de las parejas del mismo sexo, por ser previsible que muchas parejas homosexuales traigan hijos a la nueva relación y estén imposibilitados para adoptar en esas condiciones.

También se recomienda revisar la jurisprudencia que posteriormente emita el Consejo de Estado, en virtud a las competencias asumidas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo sobre asuntos relacionados con la seguridad Social, cuando la entidad gestora sea de naturaleza pública, de conformidad con lo normado en la Ley 1437 de 2011. Hasta el momento no existen pronunciamientos de esta Alta Corporación sobre éste tema.

Bibliografía

- Oliva, A., Parra A., & Antolín L. (2010). Desarrollo Psicológico en las nuevas estructuras familiares. Madrid. Ediciones Pirámide.
- Almanza, J. Ml. (1991). Derecho de la Seguridad Social. Madrid. Editorial Tecnos S.A., 7ª edición.
- Almendros, M. A. (2005). La Protección Social de la Familia. Valencia. Editorial Tirant Lo Blanch.
- Arenas, G. (2011). El Derecho Colombiano de la Seguridad Social. Bogotá. Tercera edición, Legis Editores.
- Bernal, C. (2009). El Neoconstitucionalismo y la Normatividad del Derecho. Bogotá D.C. 1ª edición, Universidad Externado de Colombia.
- Cañón, L. (2007). Una Visión Integral de la Seguridad Social, Bogotá D.C. Volumen I, Universidad Externado de Colombia, 2ª edición actualizada.
- Cañón, P. A. (1995). Derecho Civil. Bogotá D.C. Tomo II, Volumen 1, Editorial Presencia Ltda.,.
- Castillo, S. & Ruzafa, R. (2009). La Previsión Social en la Historia. Madrid. Editorial Siglo XXI de España Editores S.A., 1ª edición.

- Grosman, C.& HerreraM. (2008). Familia Monoparental. Buenos Aires. Editorial Universidad.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección ‘A’, sentencia de fecha veintiséis (26) de octubre de dos mil seis (2006), radicación número 25000-23-25-000-1999-06034-01(4109-04), consejero ponente: Jaime Moreno García.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", sentencia de fecha tres (3) de marzo de dos mil once (2011), radicado interno No. 5470-05, consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de fecha once (11) de octubre de dos mil siete (2007), Radicación número: 11001-03-25-000-2005-00157-01(7426-05), consejero ponente: Jaime Moreno García.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos. (1969). Pacto de San José de Costa Rica. Recuperado de <http://www.migracion.gov.do/leyes/Convencion-americana-DDHH.pdf>
- Corte Constitucional, sentencia C-047 del 10 de febrero de 1994, magistrado ponente Jorge Arango Mejía.
- Corte Constitucional, sentencia C- 125 del 14 de marzo de 1994, magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional, sentencia C-507 de fecha 21 de mayo de 2008, magistrado ponente Jaime Córdoba Triviño.

-
- Corte Constitucional, sentencia C-1064 de fecha diez (10) de octubre de dos mil uno (2001), magistrados ponentes Manuel José Cepeda Espinosa y Jaime Córdoba Triviño.
 - Corte Constitucional, sentencia C-252 del 16 de abril de 2010, magistrado ponente Jorge Iván Palacio Palacio.

 - Corte Constitucional, sentencia C-892 de 2012, magistrado ponente Luis Ernesto Vargas Silva.

 - Corte Constitucional, sentencia C-811 del 3 de octubre de 2007, magistrado ponente Marco Gerardo Monroy Cabra.

 - Corte Constitucional, sentencia C-806 del 16 de abril de 2008, magistrado ponente Manuel José Cepeda Espinoza.

 - Corte Constitucional, sentencia C-075 del 7 de febrero 2007, magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil.

 - Corte Constitucional, sentencia C-798 del 20 de agosto de 2008, magistrado ponente Jaime Córdoba Triviño.

 - Corte Constitucional, sentencia C-029 del 20 de enero de 2009, magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil.

 - Corte Constitucional, sentencia C-964 del 21 de octubre de 2003, magistrado ponente Álvaro Tafur Galvis

 - Corte Constitucional, sentencia C – 184 del 4 de marzo de 2003, magistrado ponente Manuel José Cepeda

 - Corte Constitucional, sentencia C-722 de 2004, magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil; respectivamente.

- Corte Constitucional, sentencia C – 577 del 26 de julio de 2011, magistrado ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- Corte Constitucional, sentencia C 371 del 25 de agosto de 1994, magistrado ponente José Gregorio Hernández Galindo.
- Corte Constitucional, sentencia C-919 del 29 de agosto de 2001, magistrado ponente Jaime Araujo Rentería.
- Corte Constitucional, sentencia C-1033 del 27 de noviembre de 2002.
- Corte Constitucional, sentencia C- 105 del 10 de marzo de 1994, magistrado ponente
- Corte Constitucional, sentencias: C-1287 de 2001 magistrado ponente Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Corte Constitucional, sentencia C-556 del 20 de agosto de 2009, magistrado ponente Nilson Pinilla Pinilla.
- Corte Constitucional, sentencia C- 559 del 20 de agosto de 2009, magistrado ponente Nilson Pinilla Pinilla.
- Corte Constitucional, sentencia C-1038 del 22 de octubre de 2008, magistrado ponente Jaime Córdoba Triviño.
- Corte Constitucional, sentencia C-111 del 22 de febrero de 2006, magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil.

-
- Corte Constitucional, sentencia C-375 de fecha 27 de abril de 2004, magistrado ponente Eduardo Montealegre Lynett.
 - Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia de fecha ocho (8) de septiembre de dos mil nueve (2009), radicado No. 36448, magistrado ponente Eduardo López Villegas.
 - Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia de fecha 21 de febrero de 2012, radicación 38345, magistrada ponente Elsy Del Pilar Cuello Calderón.
 - Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, veintisiete (27) de noviembre de dos mil siete (2007), radicación N° 11001 31 10 1995 05945 01, magistrado ponente Pedro Octavio Munar Cadena.
 - Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia de fecha 17 de abril de 1998, radicación 10406, magistrado ponente José Roberto Herrera Vegara.
 - Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia de fecha 20 de mayo de 2008, radicación 32393, magistrado ponente Francisco Javier Ricaurte Gómez.
 - Corte Constitucional, sentencia C – 1094 de fecha 19 de noviembre de 2003, magistrado ponente Jaime Córdoba Triviño.
 - Corte Constitucional, sentencia T-572 de fecha 26 de agosto de 2009, magistrado ponente Humberto Antonio Sierra Porto.
 - Corte Constitucional, sentencia T-292 de fecha 25 de marzo de 2004, magistrado ponente Manuel José Cepeda Espinoza.
 - Corte Constitucional, sentencia T- 217 de fecha 2 de mayo de 1994, magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero.

- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia de fecha 13 de diciembre de 1996, radicación N° 9125, magistrado ponente: Francisco Escobar Henríquez.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia de fecha 5 de abril de 2005, radicación 22560, magistrado ponente Francisco Javier Ricaurte Gómez.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia de fecha 3 de junio de 2004, radicación 21474, magistrado ponente Eduardo López Villegas.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia de fecha 29 de noviembre de 2011, radicación 40055, magistrado ponente Gustavo Gnecco Mendoza.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia de fecha 1° de noviembre de 2012, radicación 44601, magistrado ponente Jorge Mauricio Burgos Ruiz.
- Corte Suprema de Justicia, sentencia de fecha 9 de diciembre de 2008, radicación 30143, magistrado ponente Francisco Javier Ricaurte Gómez.
- Corral, H. (2005). Derecho y Derechos de la Familia. Lima. Editora Jurídica Grijley.
- Dela Cueva, M. (1996). El Derecho Mexicano del Trabajo, Tomo II. México. Editorial Porrúa,
- Declaración Universal de Derechos Humanos
- Dueñas, O. J. (2011). Las Pensiones – Teoría, normas y Jurisprudencia. Bogotá D.C. 4ª edición, Editorial ABC.
- Engels, F. (1993). El Origen de la Familia, la propiedad Privada y el Estado. Bogotá D.C. Panamericana Editorial Ltda.

-
- Encuesta Nacional de Demografía y Salud, Profamilia, 2010.
 - Escudero, M. C. (2003). Procedimiento de Familia y del Menor. Bogotá D.C. Editorial Leyer, decimoprimer edición.
 - Facultad de Derechos de la Universidad de Limburgo. (1986). Principios de Limburgo sobre la aplicación del pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales. Recuperado de <http://www.pgjdf.gob.mx/temas/4-6-1/fuentes/3-A-6.pdf>
 - Frente Parlamentario Contra el Hambre. (2013). recuperado de <http://www.rlc.fao.org/frente/pdf/pidesc.pdf>
 - Gaceta del Congreso N° 385 de 2004, proyecto de acto legislativo N° 34 de 2004. Recuperado de http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.nivel_2
 - Hernández, G. (2004). Diccionario de Sociología. Madrid. ESIC Editorial.
 - Historia Siglo 20. (2003). Historia de las relaciones Internacionales durante el siglo XX recuperado de <http://www.historiasiglo20.org/TEXT/cartaatlantico.htm>
 - Humeres, H., & Humeres, H. (1997). El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Editorial Jurídica de Chile.
 - Informe del Grupo consultivo presidido por Michelle Bachelet Convocado por la OIT con la colaboración de la OMS, Piso de Protección Social para una globalización equitativa e inclusiva, Oficina Internacional del Trabajo, 1ª edición, 2011. Recuperado de http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---ubl/documents/publication/wcms_176521.pdf
 - Lafont, P. (1997). Derecho de Familia – Seguridad Familiar. Bogotá D.C. Tomo I, Ediciones Librería del Profesional, Primera Edición.

- López, E. (2011). Seguridad Social – Teoría Crítica, tomo 1, 1ª edición. Medellín. Universidad de Medellín.
- Manual de Derecho Laboral, Universidad Externado de Colombia, Departamento de Publicaciones. Universidad Externado de Colombia, 2008.
- Martín, E. (1993) Textos de Sociología de la Familia – Una Lectura de los Clásicos (Linton, Tönnies, Weber y Simmel). Madrid. Ediciones Rialp S.A.
- Mazeaud, H., León & Jean. (1965). Lecciones de Derecho Civil. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa-América (Egea).
- Mesa, C. (2004). Las reformas de pensiones en América Latina y su impacto en los principios de la Seguridad Social, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Santiago, p.p. 102 – 103. Recuperado de <http://www.eclac.org/publicaciones/xml/4/15404/1cl2090e.pdf>
- Monroy, M. G. (2008). Derecho de Familia y de la Infancia y la Adolescencia, Bogotá D.C. Librería Ediciones del Profesional Ltda., 11ª edición corregida, aumentada y actualizada.
- Narváez, J. I. (2008). Régimen Pensional y Seguros Privados. Bogotá D.C. Editorial Librería Ediciones del Profesional Ltda., 2ª edición.
- Observación General No. 19, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 23 - La familia, 39º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 171 (1990). Recuperado de <http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/Sgencom19.html>

-
- Oficina Internacional del Trabajo. (1992). Introducción a la Seguridad Social, Ediciones Alfaomega S.A. México D.F. Ginebra.
 - ONU (s.f). CommitteeonEconomic, Social and Cultural Rights - General Comments[Comité de Derechos Economicos, Sociales y Culturales-Comentarios Generales]. Recuperado de <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/comments.htm>
 - Organización Internacional del Trabajo. (1944). Recomendación sobre la seguridad de los medios de vida, núm. 67 Recuperado de http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312405:NO
 - Organización Internacional del Trabajo. (1974). Constitución de la OIT. Recuperado de http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:62:0::NO::P62_LIST_ENTRIE_ID:2453907
 - Organización Internacional del Trabajo. (1952). Convenio sobre la seguridad social (norma mínima) núm. 102. Recuperado de http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312247:NO
 - Organización de Naciones Unidas, Departamentos de Asuntos Económicos y Sociales, Principios y recomendaciones para los censos de población y habitación - Revisión 2.
 - Organización Internacional del Trabajo. (1967). Convenio sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, No 128. Recuperado de http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:55:0::55:P55_TYPE,P55_LANG,P55_DOCUMENT,P55_NODE:CON,es,C128,/Document.
 - Organización Internacional del Trabajo. (1983). Convenio sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas) C159. Recuperado de http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C159
 - Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

- Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Proyecto de Ley 56 de 2002, Senado, exposición de motivos.
- Parra, J. (2008). Derecho de Familia. Bogotá D.C. Editorial Temis.
- Pérez, J. (1956). Fundamentos de la Seguridad Social. Madrid. Aguilar S.A. Ediciones.
- Plá, A. (1997). Los Principios del Derecho del Trabajo. Buenos Aires. Ediciones Depalma, 3ª edición.
- Quiroz, A. (2011). Manual Civil. Bogotá D.C. Tomo V, Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Rengifo, J. M. (1989). La Seguridad Social en Colombia. Bogotá D.C. Editorial Temis.
- Rico, F., Garza, P., Cohen, M. (2012). Derecho de Familia. México. Editorial Porrúa México, segunda edición.
- Rodríguez, M. J., Gorelli, J., & Vilchez, M. (2004). Sistema de Seguridad Social. Madrid. Editorial Tecnos, Sexta edición.
- Rodríguez, O., Arévalo, D., Ayala, U., & Arévalo, E. (1992). Estructura y Crisis de la Seguridad Social en Colombia 1946 – 1992, Bogotá D.C. Centro de Investigaciones para el Desarrollo, Universidad Nacional de Colombia.
- Suárez, R. (2006). Derechos de Familia. Bogotá D.C. Tomo I, Editorial Temis S.A., 9ª edición.
- Valencia, A. (1977). Derecho Civil. Bogotá D.C. Tomo V, Familia, Editorial Temis, 4ª edición.

-
- -----, Arturo. (1987). *Derecho Civil. Tomo I, Parte General y Personas*, Editorial Temis, Undécima edición, Bogotá D.C.
 - Vásquez, A. *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Tomo 2, Editorial Astrea, 9ª edición actualizada y ampliada.
 - Vidal, M. (2001). *La Familia Posmoderna*. Pamplona. Editorial Verbo Divino.
 - Naciones Unidas. (2010). *Principios y recomendaciones para los censos de población y habitación*. Informes estadísticos Serie M No. 67/Rev.2 Recuperado de http://unstats.un.org/unsd/publication/seriesM/seriesm_67Rev2s.pdf
 - *Trabajo y Seguridad Social – Estudios Jurídicos en Homenaje a Luis Aparicio Valdez*, Toyama Miyagusuku, Jorge, editorial Grijley, Lima, 2008.