



DERECHO A TENER UNA FAMILIA Y A NO SER SEPARADO DE ELLA

Trabajo de grado para optar al título de Magister en Derechos Humanos y Cultura de Paz

María Sara Salas García

Director

Luis Freddyur Tovar

Pontificia Universidad Javeriana

Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales

Maestría en Derechos Humanos y Cultura de Paz

Santiago de Cali

2022



A la memoria de Silvana Elizabeth Salas García,

*A tu alegría, a tu pasión, a tu amor, a tu audacia, a tu sentido del humor y a nuestra
amistad.*

*Con un inmenso sentimiento de gratitud a las personas que me han acompañado en este
camino, a mi familia por su amor incondicional que llena mi vida todos los días, Silvia,*

Arturo, José y Andrés

Agradeciendo al profesor Luis Freddyur Tovar por su guía y acompañamiento.



TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	5
CAPÍTULO PRIMERO	12
1. LOS DERECHOS HUMANOS EN EL SIGLO XXI	13
1.1. Aproximación al concepto de Derechos Humanos	14
1.2. Fundamentación de los Derechos Humanos	16
1.3. Interpretación y aplicación de los Derechos Humanos	25
2. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE FAMILIA	27
2.1. Concepción clásica	28
2.2. Formas Familiares	28
2.3. Concepción moderna de familia	29
3. CONCEPTUALIZACIÓN DEL DERECHO A TENER UNA FAMILIA	31
3.1. El derecho a tener una familia desde los aportes doctrinales	31
3.2. El derecho a tener una familia en la Constitución Política de Colombia	32
3.3. El desarrollo jurisprudencial en la Corte Constitucional	37
1. FORMACIÓN DEL ESTADO Y LA GARANTÍA DE DERECHOS	41
1.1. El Estado Absolutista	43
1.2. Estado Liberal - Estado de Derecho	44
1.3. Estado Social	46
1.4. Estado de Bienestar	47
1.5. Estado Constitucional de Derecho	48
2. EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO EN COLOMBIA	49
2.1. Exigencias Mínimas	51
2.2. Composición del Estado Social de Derecho	52
3. OBLIGACIONES DEL ESTADO FRENTE AL DERECHO A TENER UNA FAMILIA	
54	
3.1. Deberes negativos o de omisión	54
3.2. Deberes positivos o de acción	56
CAPITULO TERCERO	60
1. DE LA PROTECCION ADMINISTRATIVA DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS	
CUANDO SE PONE EN RIESGO SU ESTABILIDAD FÍSICA Y EMOCIONAL	62
1.1. El Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos	63
1.2. La adoptabilidad como medida de restablecimiento de derechos	66
2. MARGEN DE ACCIÓN DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS	68
2.1. Precedente jurisprudencial	69
2.2. Principio de proporcionalidad	79



CONCLUSIONES 82

BIBLIOGRAFIA 86

INTRODUCCIÓN

Anterior a la Convención sobre los derechos del Niño, la institucionalidad del orden mundial y las realidades jurídicas de las naciones delegaba la protección de los menores a los progenitores, quienes decidían libremente sobre estos. Es decir, no se concebía a los niños como sujetos participes de la sociedad sino como beneficiarios, anudado a que no se daba ningún tipo de responsabilidad a los Estados sino a los hombres y las mujeres de todas las naciones (*Declaración de Ginebra de Los Derechos Del Niño*, 1924). Ahora bien, la Convención sobre los derechos del Niño (1989) se configuró como un instrumento de codificación y de desarrollo del proceso de los derechos humanos, al poner su atención en los niños, quienes demandaban especial atención y cuidado (Carmona Luque, 2012). Este instrumento transformó la visión jurídica de los menores, los puso en la esfera pública, al darles la calidad de sujetos de derechos y la exigibilidad ante los Estados.

Tras la Convención se obligó al Estado respecto de todos los niños bajo su jurisdicción, a acoger los mandatos de respetar, asegurar, promover y garantizar el pleno goce y ejercicio de sus derechos. Deber de protección que no solo se extiende a las acciones estatales, sino también frente a actuaciones de terceros que afecten sus derechos. Por lo tanto, se derivan obligaciones especiales que se determinan en función de las particulares necesidades de protección de los sujetos de derecho (Nogueira A., 2017). En este entendido, el Estado cuenta con la obligación de omisión: no vulnerar sus derechos, y la de acción: políticas públicas y mecanismos de protección.

El desafío más importante que la Convención impuso a los sistemas políticos y a los ordenamientos es el reconocimiento de la capacidad de agencia de los niños como poseedores de derechos, y la garantía de su ejercicio efectivo y no a través de sus padres o representantes



legales (Lozano Vicente, 2016). En consecuencia, se demanda un aumento de los espacios para la defensa de la infancia y la juventud, tanto desde el Estado como desde la sociedad civil. Avance que se verá reflejado en las legislaciones nacionales de los Estados parte, para el caso colombiano la Ley 1098 de 2006. Al respecto Rodríguez Palop (2007, p 220), expresa que:

Aunque la Convención sobre los Derechos del Niño es una norma obligatoria para los Estados que la han ratificado, es evidente que estos últimos son los que fijan los límites de edad y de los que depende la definición misma de lo que es un niño. En este mismo sentido, parece claro que son ellos quienes deciden, en última instancia, en qué consiste su interés superior y también el modo en que debe ser definido y satisfecho.

Es decir, la materialización de esos derechos queda en cabeza del Estado, así como también la creación de los mecanismos de protección. De esta manera lo ha interpretado también la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en conexidad con el artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, estudiado a profundidad en el caso “*Niños de la Calle vs Guatemala*” (1999). Para el caso colombiano, el mismo año de la expedición de la Convención, se crea el llamado Código del Menor que, a pesar de su cercanía temporal con el instrumento internacional, carecía de los avances logrados. Es por eso por lo que, en atención a los compromisos internacionales adquiridos y la reciente constitución de 1991, nace el Código de la Infancia y Adolescencia (2006), el cual introduce el concepto de protección integral, prevalencia de derechos e interés superior del niño. Su principal cambio es pasar de la concepción de situación irregular, a la obligación estatal de la garantía de derechos (Vargas Prentt, 2006).

El nuevo Código de la Infancia y la Adolescencia encomienda de manera preferente a los progenitores la obligación de prestar determinadas funciones encaminadas a dar efectividad a los derechos fundamentales de los menores de edad. Pero ante el



incumplimiento o inoperancia de estos deberes será el Estado quien intervenga para la protección de derechos. Por lo tanto, la separación entre lo público y lo privado cada vez se encuentra más difuminada, así como la presencia de las responsabilidades compartidas entre familia y los poderes públicos. Esta tensión entre lo privado y lo público debe traducirse en una clara delimitación de su ámbito de afectación, para evitar una excesiva intromisión del Estado en los espacios vivenciales propios de las familias (Pinochet Olave & Ravetllat Ballesté, 2015).

Para el caso colombiano este se ve materializado en el principio de corresponsabilidad entre familia, sociedad y Estado, estipulando que el primero a ser llamado a proteger sus derechos es la familia, y subsidiariamente el Estado ante la ausencia o ineptitud de esta (Oficina Asesora Jurídica ICBF, 2015); pero como lo explica Pinochet Olave & Ravetllat Ballesté (2015) el Estado en su intervención no puede ir contra la voluntad de la propia unidad familiar sino en casos graves y extremos, sin que se conviertan los asuntos familiares en privados. En otras palabras, la unidad familiar es accesible a las intervenciones directas de las autoridades de manera subsidiaria, esto entendiendo que siempre que sea posible los menores deben crecer bajo la responsabilidad de sus padres. Estos autores lo denominan el principio de mínima intervención, no consagrado de manera taxativa en el ordenamiento jurídico colombiano.

Así las cosas, fue creado un sistema especial de protección para el respeto y cumplimiento de los derechos de los niños, en cabeza de autoridades administrativas dotadas de legitimidad para la toma de medidas expeditas que propendan por la protección de sus derechos, determinaciones que pueden ir desde una amonestación hasta el retiro definitivo del niño del hogar biológico. Lo cual puede potencialmente causar molestia en las familias y sus integrantes, especialmente cuando en el proceso se toman medidas como el retiro del



niño, niña o adolescente del medio familiar y como medida que rompe totalmente el vínculo, la declaratoria en situación de adoptabilidad. Lo que genera un conflicto entre las acciones que se justifican en la garantía de los derechos, los intereses propios de las familias, los deseos de los niños, niñas y adolescentes, y su derecho a tener una familia y a no ser separado de ella.

Por lo anterior, el presente proyecto de investigación pretende abordar el rol del Estado colombiano respecto al derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia y a no ser separado de ella. Para lo cual se propone la siguiente pregunta de investigación *¿Cómo el Estado Colombiano garantiza la protección del derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia y a no ser separado de ella, a partir de la expedición y vigencia de la ley 1098 de 2006?* con la cual, se quiere lograr identificar los escenarios de protección del derecho a tener una familia creados por el Estado a partir de la expedición del Código de la Infancia y la Adolescencia, su funcionamiento y aplicación por parte de las autoridades delegadas en la materia.

La importancia de este proyecto puede verse reflejada en diversos ámbitos. En un primer lugar, desde la perspectiva de las familias y los niños, niñas y adolescentes objeto de la intervención estatal, que según el informe de gestión del año 2020 del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (2021, p. 83), en promedio mensual contaban con Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos 54.308 beneficiarios, de los cuales 15.182 se encontraban ubicados en Hogar Sustituto y 14.998 en Internados de Restablecimiento de Derechos, es decir que más del 50% se encontraban con ubicación diferente al medio familiar. El presente trabajo servirá a las familias y beneficiarios de protección para conocer el margen de acción del Estado respecto al derecho a tener una familia y a no ser separado de ella, especialmente cuando la medida a tomar implica la separación del menor del seno de

la familia. Ya que el retiro del menor constituye un hecho potencialmente dañoso, en tanto rompe temporalmente o con vocación de permanencia la unidad familiar afectando de manera directa el derecho a proteger.

Desde el punto de vista académico, la presente investigación nos permitirá realizar un análisis de la normatividad vigente que protege los derechos de los niños, su desarrollo jurisprudencial, el funcionamiento de las instituciones a las cuales se delegó su protección y restablecimiento, analizando el rol que el Estado Colombiano desempeña y sus limitaciones funcionales. Pero al mismo tiempo servirá a las autoridades para que reflexionen acerca de su margen de acción y obren conforme a éste. Finalmente, se realizará un aporte al debate regional e internacional de la intervención del Estado en asuntos de Familia, el cual no ha sido muy desarrollado.

La presente propuesta de investigación tendrá como punto de partida la teoría del Estado Social de Derecho, en la cual se identifica al Estado como un ente responsable de los derechos de sus ciudadanos, del cual se espera además abstenerse de generar limitaciones a los derechos, buscar simultáneamente garantizarlos y promoverlos, con sujeción a los principios de respeto de dignidad humana y reconocimiento de la autonomía de los ciudadanos (Gómez Isaza, 2006). Lo que lo diferencia del Estado liberal al cual solo le caben obligaciones de tipo negativo (no hacer), y del Estado totalitarista en el cual no se reconoce la autodeterminación de las personas (Sierra Sorockinas & Gómez Cabana, 2011). En concordancia, se acogerán las teorías de lo que ha sido llamado el Neoconstitucionalismo Latinoamericano, para leer instituciones como la Familia, desde una óptica más amplia superando la concepción binaria heterosexual (Esborraz, 2015).

De otra parte, se reconocerá a los niños, niñas y adolescentes como seres con capacidad de agencia y decisión, no como seres en formación para la adultez, por el contrario,



promoviendo un papel protagónico en la esfera pública, conforme a las teorías modernas de concepción de la infancia (Duran Strauch, 2003).

Metodológicamente, se desarrolla deductivamente a través de un análisis documental utilizando textos teóricos con los que se definen los conceptos que se desean exponer y desarrollar. Se realiza uso de fuentes mayoritariamente cualitativas, en tanto se hará un repaso del ordenamiento jurídico vigente en la materia, a través de los principales cuerpos normativos como la Constitución Política de Colombia, la ley 1098 de 2006 y la Convención sobre los derechos del Niño de 1989. Adicionalmente para la comprensión del derecho objeto de estudio se realiza un análisis jurisprudencial de las decisiones tomadas por la Corte Constitucional de Colombia, para lo cual se utiliza el método planteado por el autor Diego López Medina (2006), en su libro el Derecho de los Jueces. Se realiza una línea jurisprudencial que permita identificar la postura de la Corte sobre la materia y el precedente judicial vigente, identificando las sentencias fundantes, cambio de precedente y/o consolidadoras. Se busca (i) acotar el actor fáctico concreto, (ii) identificar las sentencias más relevantes y (iii) construir teorías estructurales que permitan establecer la relación entre esos varios pronunciamientos; para lo cual se consultará la información en las relatorías de los órganos publicados en su página web.

El proyecto de investigación tiene como objetivo principal *establecer las formas que emplea el Estado Colombiano para garantizar la protección del derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia y a no ser separado de ella, a partir de la expedición y vigencia de la ley 1098 de 2006*. Se encuentra constituido por tres capítulos que desarrollan a su vez los objetivos específicos de la investigación. En el primero, se pretende *conceptualizar el derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia y no ser separado de ella*, para lo cual se estudia la fundamentación e interpretación de los derechos



humanos para llegar al derecho objeto de estudio, exponer su concepto y el desarrollo en el ordenamiento jurídico colombiano. En el segundo, se busca *comprender el papel del Estado Colombiano en la protección del derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia*, para lo cual se estudian las diferentes teorías de Estado, hasta llegar al modelo acogido por Colombia, y así comprender la obligación que el Estado Social de Derecho tiene frente a la materia en estudio. Finalmente, en el tercer capítulo se examina los *medios de garantía que dispone el Estado colombiano para proteger el derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia y a no ser separado de ella, cuando se encuentran en situación de vulnerabilidad o amenaza de sus derechos*. Para lo cual, se hace un estudio del sistema de protección de derechos creado a partir de la ley 1098 de 2006, así mismo se estudiarán los límites a que están sometidas las autoridades competentes conforme a la jurisprudencia desarrollada por la Corte Constitucional de Colombia.

La importancia del proyecto de investigación en el campo de los Derechos Humanos y la Cultura de Paz radica en que el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella, a pesar del poco protagonismo que ha tenido en los años recientes, además de ser un derecho humano en sí mismo, afecta de manera estrecha la consecución de otros derechos como la vida y la dignidad humana. El rol del Estado protector ha permitido una evolución en los derechos y su goce efectivo, pero si se tolera la afectación irracional con el argumento de la protección de otros derechos, se constituiría un escenario de abuso de las facultades del Estado y la consecución de daños graves e irreparables a los niños, niñas y adolescentes.

CAPÍTULO PRIMERO

LA FAMILIA: UN DERECHO FUNDAMENTAL PARA CONSTRUIR SOCIEDAD

En el presente capítulo se busca el primer objetivo específico del proyecto de investigación, se pretende *conceptualizar el derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia y a no ser separado de ella en el Estado Colombiano, a partir de la expedición de la ley 1098 de 2006*. Lo anterior, en razón del papel protagónico del que goza este segmento poblacional susceptible de protección reforzada, especialmente tras la expedición de la Convención Internacional de los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas (1989) y el artículo 44 de la Constitución Política de la República de Colombia (1991). Esto es especialmente relevante porque la familia es el espacio vital de desarrollo, y conforme el artículo 10 del Código de la Infancia y la Adolescencia (Congreso de La República de Colombia, 2006), son corresponsables de la protección y llamados en garantizar y proteger dichos derechos la familia, la sociedad y el Estado.

Con el objeto de aproximarse al desarrollo del derecho en estudio, es prioritario partir de la conceptualización y fundamentación de los derechos humanos, en tanto es necesario establecer el marco teórico bajo el cual se leerá el derecho en estudio, ya que esto contribuirá a la comprensión de su alcance y justiciabilidad. La apropiación del concepto del derecho a tener una familia y a no ser separado de ella, bajo los lentes de las escuelas de conocimiento que estudian los derechos humanos, contribuye que a la consecución de una lectura articulada con el sistema de protección creado para salvaguardar los derechos de los niños, niñas y adolescentes, ya que las escuelas estudiadas, sientan las bases para la creación de estos sistemas de protección; engranaje jurídico que se estudiará con mayor amplitud en el capítulo siguiente.



El capítulo se encuentra construido en tres secciones: en la primera se reflexiona sobre el concepto teórico de los derechos humanos y su fundamentación normativa, para llegar a la escuela neoconstitucionalista y su propuesta de comprensión de los derechos fundamentales, en la cual se los reconoce como principios fundantes que deben guiar el accionar del Estado. En la segunda sección se realiza un estudio en torno al debate y desarrollo que ha presentado el concepto de familia desde la academia, para finalmente acoger la concepción moderna planteada principalmente desde el neoconstitucionalismo latinoamericano, en el cual se supera la concepción hegemónica heterosexual y se acepta un concepto más amplio y diverso de familia. En la tercera sección se estudia el derecho fundamental de los niños a tener una familia en el ordenamiento jurídico nacional, donde se realiza un análisis del concepto de familia planteado desde la Constitución Política colombiana y se estudia las principales decisiones tomadas por la Corte Constitucional de Colombia en la materia.

Metodológicamente este capítulo se desarrolla deductivamente a través de un análisis documental, utilizando textos teóricos con los que se definen los conceptos que se desean exponer y desarrollar. Para comprender el alcance del derecho objeto de estudio planteado en la tercera sección, se realiza un análisis jurisprudencial de las decisiones tomadas por la Corte Constitucional de Colombia. Lo último, con el objeto de que bajo la lupa de la interpretación constitucional y la fundamentación neo constitucionalista se conozca la ampliación y desarrollo progresivo que ha tenido el derecho en estudio.

1. LOS DERECHOS HUMANOS EN EL SIGLO XXI

En un primer paso se plantea la importancia de los derechos humanos en términos del siglo XXI, para lo cual se realiza una aproximación a su concepto y un repaso de su



fundamentación bajo las lentes de las escuelas del Derecho Natural, Derecho Positivo, Realista y Neoconstitucionalista, para finalmente exponer acerca de su interpretación y aplicación. Lo anterior permite llegar al postulado de cómo los derechos humanos constituyen principios orientadores del Estado, es decir escenarios a los cuales se desea llegar y a los que la institucionalidad estatal se encuentra sometida.

1.1. Aproximación al concepto de Derechos Humanos

Desde el inicio del proceso histórico de evolución, los Derechos Humanos se visualizaron como límites al ejercicio del poder del soberano o gobernante, en tanto nacieron de la necesidad de regular la práctica de esa facultad de las autoridades públicas, con la finalidad de defender la vida, la honra, la propiedad, entre otros intereses de los individuos, estas características pueden evidenciarse con claridad en las revoluciones francesa y estadounidense. Luchas y momentos históricos que contribuyeron a la positivización de los derechos fundamentales (Peces-Barba Martínez et al., 2001). Tras la aparición de estas garantías mínimas en el plano jurídico político, el reconocimiento de derechos avanzó hacia un escenario más garantista, lo que dio como resultado un proceso evolutivo que los puso en un escenario superior; en palabras de Rodríguez Palop, (2010, p. 15):

La exposición de estos procesos trata de dar cuenta de cómo los derechos aparecen en un primer momento en los textos jurídicos nacionales asociados a determinados sujetos (positivación), extendiéndose luego su titularidad a todos los seres humanos (generalización) y reflejándose con posterioridad en textos jurídicos internacionales (internacionalización). Además, y con estrecha conexión con lo anterior, el examen histórico de los derechos permite dar cuenta también de cómo han surgido algunos derechos que poseen una proyección que se concreta en situaciones específicas de los seres humanos (especificación).

Si tenemos en cuenta los tres primeros procesos antes apuntados, la exposición de la evolución de los derechos usualmente seguía por tanto tres pasos: reconocimiento en los ordenamientos jurídicos nacionales, extensión de su titularidad a todos los ciudadanos y, por último, posibilidad de hacerlos valer mediante la apelación a instrumentos supraestatales.



En consecuencia, para lograr una aproximación adecuada al concepto de derechos humanos es importante reconocer que son fruto de procesos históricos, no es viable hacer una lectura de estos por fuera del contexto, ya que a través de este puede entenderse su naturaleza e importancia, y marca el camino que sigue su evolución. Del mismo modo, es relevante comprender que los derechos humanos requieren un engranaje jurídico que los respalde para garantizar su cumplimiento, es decir, una institucionalidad que respalde su materialización en el mundo real. Para exponer este punto Burke (1984) se preguntaba cuál es la utilidad de discutir el derecho del hombre a la comida o la salud, siendo la verdadera cuestión cuál es el método para su consecución y garantía.

Así las cosas, los derechos humanos pueden definirse como *“un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”* (Pérez Luño, 2010, p. 73). Se debe resaltar la importancia de que sean entendidos como un resultado histórico, en tanto como lo explica Pérez Luño, (2010), los procesos históricos dotan de significado estos derechos. De otro lado, se resalta los valores de la dignidad, la libertad y la igualdad, siendo los *“ejes centrales a los cuales se han visto sujetas las reivindicaciones de derechos”*.

La dignidad humana es un concepto que parte la diferencia en los nuevos ordenamientos jurídicos, toma un especial protagonismo en la Carta de las Naciones Unidas (1947), en tanto reconoce el valor intrínseco de cada persona y dota a los derechos fundamentales de un justificante moral y jurídico normativo (Barroso, 2014). La libertad constituye el *principio aglutinante* por la lucha de los derechos humanos, ya que en la mayoría de los ordenamientos jurídicos se ha reconocido como una condición natural de los



seres humanos. Incluso el positivista Hart (1995) reconoce como único derecho natural “*the equal right of all men to be free*”, es decir es derecho de todos los hombres de ser libres. Respecto a la igualdad, constituye un postulado dentro de la construcción teórica y jurídica positiva (Pérez Luño, 2010), que en la comprensión actual del término es entendida como “*la superación del formalismo y el rescate de los hechos y de la realidad social para la interpretación judicial*” (Motta & Sáez, 2008, p. 44), postulados de la igualdad en sentido formal y la igualdad material.

1.2. Fundamentación de los Derechos Humanos

El protagonismo que han tenido los derechos humanos en el discurso público, su reconocimiento y difusión universal, ha ocasionado que formen parte de la esfera de conocimiento general de las personas. Así las cosas, se ha tomado su existencia como un hecho independiente o que existe por sí mismo, desconociendo su proceso de evolución histórica (Pérez Luño, 2010). Por lo anterior se ha dejado atrás el debate acerca de su fundamentación, entendida como el “*develar el sostén o la razón de ser de ese algo, así como también determinar el origen y el sentido de lo que se pretende fundar*” (Enciclopedia jurídica, n.d.). Sin embargo, es relevante en el entendido que ésta constituye la base para su realización y exigibilidad; ya que como lo plantea (O`neill, 2014) en su obra *The Dark Side of Human Rights*, la promulgación de un derecho por sí solo no garantiza su manifestación en la realidad material, es la fundamentación la que permite la existencia de mecanismos para su judicialización, y obligaciones de observancia y respeto.

Se inicia con una aproximación a las concepciones desde el Derecho Natural, Positivo, Realista y Neo constitucional de los Derechos Humanos, con el fin de ubicar los principales aportes realizados por las diferentes escuelas del conocimiento. Para concluir



con que la escuela Neo constitucionalista es la que mejor toma los postulados planteados por las otras escuelas, y construye una teoría que facilita el entendimiento de los derechos humanos como un mandato de Estado, así como dota de herramientas para exigir su cumplimiento. Se hace un breve repaso por los principales autores y aportes realizados.

1.2.1. Iusnaturalismo

Entre las escuelas filosóficas que estudian la fundamentación de los derechos humanos y aportan en el debate de su soporte teórico se encuentra la corriente del Derecho Natural, que en palabras de Thomas Paine, (1789) defiende la noción de que los derechos naturales corresponden al hombre por el mero hecho de existir. Asimismo, dentro de la corriente naturalista podemos identificar las posturas clásicas y racionalistas. Las cuales se diferencian en que la primera, se interpreta la ley natural como inmutable, superior al razonamiento de los seres humanos. Esta postura va ligada a los aportes realizados en la edad media por el cristianismo, cuyo principal exponente es Tomás de Aquino (1274), para quien los preceptos de la ley natural son originarios por su condición de innatos y su evidencia intrínseca. Por otra parte, la concepción moderna o racionalista defiende que los derechos se encuentran fundados en premisas alcanzadas a través de la razón, que según Locke (1689) se encuentran sobre el derecho objetivo positivo, el cual se nutre y guía de la ley natural. Así las cosas, estas corrientes coinciden en afirmar la existencia de los postulados anteriores y justificadores del derecho positivado o escrito; en palabras de Battaglia (1966, p. 175)

La afirmación de que existen unos derechos esenciales del hombre en cuanto tal, en su calidad o esencia absolutamente humana, no se puede separar del reconocimiento previo y necesario de un derecho natural; natural en cuanto distinto del positivo, y a su vez, preliminar y fundamental respecto a éste.



Las teorías iusnaturalistas confluyen al plantear cómo el proceso de positivización de los derechos humanos constituye una consecuencia lógica de unas condiciones innatas y previas, y la negación de estas normas supraestatales es la negación de todo el ordenamiento jurídico positivo (Truyol y Serra, 1968). Por lo tanto, la positivización es meramente declarativa, así lo explica (Pérez Luño, 2010, p.54) al manifestar

Para el iusnaturalismo el término derecho no coincide con el de derecho positivo, y, por tanto, defiende la existencia de unos derechos naturales del individuo originarios e inalienables, en función de cuyo disfrute surge el Estado. De ahí que la positivización de los derechos humanos fundamentales se presente bajo esta óptica como el reconocimiento formal por parte del Estado de unas exigencias jurídicas previas que se encarnan en normas positivas para mejor garantía de su protección.

Es decir, la positivización de los derechos humanos es netamente instrumentalista y no creadora de derecho, por lo tanto, al Estado no le corresponde otorgar, sino legislarlos, reconocerlos y garantizarlos, es decir *se limita a dar fe de que existen*. Con claridad se observa esta característica en la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia (1776) y la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y el Ciudadano (1789), en tanto se reconocen unos derechos naturales e imprescriptibles, que por ningún acuerdo se pueden despojar o privar posteriormente (Pérez Luño, 2010). Característica que conserva vigencia en las declaraciones modernas de derechos humanos, como es el caso del artículo primero de la Declaración Universal de Derechos Humanos; condición igualmente trascrita en los ordenamientos jurídicos naciones, para el caso colombiano en el artículo 13 de la Constitución Política.

1.2.2. Positivismo

La escuela del Derecho Positivo critica la tesis del origen superior de los derechos y defiende que éstos son producto de la voluntad de consagrarlos en instrumentos jurídicos y



rechazan un origen inmutable. Para Bentham, (1987, p. 500) el derecho se caracteriza por ser razonable y útil, las leyes reales dan origen a derechos legales y lo que está por fuera de esto es metafórico, en palabras de Bentham “*un talismán que obra en manos de quienes lo manejan como un instrumento para rechazar todo lo que les molesta a través de esta falacia verbal convertida en artículo de fe*”. Así las cosas, los derechos humanos existen en el entendido del reconocimiento formal por parte del Estado, y conforme lo expresa el autor, la comprensión de los derechos en sentido inherente o natural tiene una alta peligrosidad, ya que muta conforme el intérprete, y puede ser utilizado para responder a intereses particulares.

El positivismo liga el nacimiento de los derechos humanos al surgimiento del Estado, donde no existen leyes ni Estado, no existen derechos. Por lo tanto, aquellos supuestos derechos naturales requieren de la ley escrita. El deseo que existan derechos no los constituye por sí solos, por lo tanto, para Bentham la noción de derechos naturales es en sí misma contradictoria. Para el autor, quienes defienden que tales pretendidos derechos poseen valor jurídico, y que por lo tanto deben ser acatados, desembocan una situación de anarquía política y jurídica.

Los positivistas sostienen que la corriente iusnaturalista y los principios naturales, hacen parte de la moralidad positivista, emanada de las opiniones y sentimientos colectivos, que influyen en la legislatura, pero no son derechos. Solo a través de normas que impongan, mandatos, obligaciones y sanciones alcanzarán tal categoría (Austin, 1968).

Esta corriente de pensamiento ha desarrollado las nociones de derechos fundamentales y públicos subjetivos. Los primeros hacen referencia a los derechos humanos positivizados en las constituciones políticas y ordenamientos jurídicos internos. Por su parte los públicos subjetivos provienen de la ideología individualista liberal, son entendidos como un sistema de relaciones jurídicas entre el Estado en cuanto persona jurídica, y los



particulares; un concepto que se asemeja a la inalienabilidad de los derechos humanos, pero evitando la vinculación con la teoría iusnaturalista (Pérez Luño, 2010).

Así las cosas, la pertenencia al Estado califica a cada ciudadano y lo relaciona con el Estado, quien a su vez lo dota de capacidad jurídica. Las pretensiones que demandan del Estado los ciudadanos se entienden como los derechos públicos subjetivos, los cuales se desarrollaron en cuatro fases, conforme lo expone (Jellinek (1919). En la primera solo se observa pasividad por parte de los ciudadanos, y por lo tanto aún no existe ningún derecho. En la segunda se reconoce el ámbito de autonomía, es decir una no injerencia por parte del Estado. En la tercera se solicita por parte de los ciudadanos acciones concretas por parte del Estado, en la que se configura los auténticos derechos públicos subjetivos. Por último, en la fase final se configuran derechos políticos donde el ciudadano participa de la voluntad del Estado.

La teoría de los derechos públicos subjetivos nace como una alternativa positivista a la tesis iusnaturalista, la cual buscaba principalmente descartar el carácter declarativo de los principios naturales y dotar de un valor constitutivo a los postulados normativos. Para concluir, la tesis positivista defiende que los derechos humanos son el producto lógico de la voluntad Estatal convertida en ley. La cual puede nutrirse de los denominados principios naturales, pero sin su materialización en el ordenamiento jurídico no puede predicarse su existencia, y por tanto no gozan de exigibilidad.

1.2.3. Realismo

Como una alternativa a las escuelas clásicas se encuentra el Realismo, sector doctrinal que reconoce el aporte realizado desde la Escuela Positivista, en la importancia de que los derechos sean plasmados en el ordenamiento jurídico. Sin embargo, comprende como los



iusnaturalistas que la positivización de los derechos es el producto mas no el origen, separándose de la teoría del Derecho Natural al establecer que la fuente de derecho corresponde a cada situación histórica. En palabras de Pérez Luño (2010, p. 61) los realistas

no otorgan al proceso de positivización un significado declarativo de derechos anteriores (tesis iusnaturalista), o constitutivo (positivista), sino que entienden que tal proceso supone un requisito más a tener en cuenta para el efectivo y real disfrute de tales derechos. La positivización no se considera, por lo tanto, el final de un proceso, sino una condición para el desarrollo de las técnicas de protección de los derechos fundamentales, que son las que en definitiva definen su contenido.

Los realistas comprenden que los derechos son la consecuencia de las exigencias sociales del hombre histórico. Así las cosas, debe buscarse en el plano real el alcance de estos, pues de ellas depende su salvaguarda y protección, por lo tanto, inserta la cuestión en el terreno político. En consecuencia, los derechos como aspiraciones o estadios a los cuales se quiere llegar permiten que los Estados desarrollen instituciones y obligaciones a los individuos que permiten su cumplimiento (O`neill, 2014).

Esta escuela del conocimiento encuentra la base de los derechos en la praxis. Por lo tanto, critica la idea de que su justificación se encuentre en ideales del Derecho Natural, en los cuales el Estado se inspire para plasmarlos en normas positivas. De igual manera, no acepta la tesis de que las normas creadas por el Estado configuran los derechos humanos o fundamentales, ya que no los dota per se de contenido. Los individuos que se benefician de la norma y los comportamientos que tienen frente a ésta, configuran el contenido de los derechos. La situación historia es la pauta orientadora de su justificación (Pérez Luño, 2010).

1.2.4. Neo Constitucionalismo

Ahora bien, como última concepción expuesta y desde la cual se hará lectura al derecho a tener una familia y a no ser separado de ella, se encuentra la concepción constitucionalista moderna o neo constitucionalista. La cual se entiende como la fuerza

expansiva de los derechos fundamentales que les permite ensanchar su contenido, en el cual el proceso normativo e histórico cultural entran en sinergia y se estimulan recíprocamente (Häberle, 2018). Esta postura se nutre de las anteriores al positivizar los derechos humanos como fundamentales en las constituciones políticas nacionales, pero dándole una trascendencia a principios rectores e inmutables que en las palabras de Alexy, (1985) serían mandatos de optimización.

La corriente neo constitucionalista adopta la teoría planteada por Robert Alexy (1985) en su obra *Teoría de los Derechos Fundamentales*, quien sostiene la existencia de dos tipos de normas, las reglas y los principios. Esta distinción cobra relevancia respecto a las coaliciones de derechos, para lo cual el autor desarrolla la idea de la ponderación y el principio de proporcionalidad. Con claridad lo explica (García Jaramillo, 2015), al referirse a la obra de Alexy, manifestando que

El fundamento de la fórmula política del estado constitucional es la existencia de principios que, además de reglas, integran el ordenamiento jurídico y en particular la Constitución. Los principios son mandatos de optimización, porque ordenan que algo se realice en la mayor medida posible, de conformidad con las posibilidades fácticas y jurídicas. Pueden por tanto cumplirse en diferente grado. Las reglas son mandatos definitivos, pues contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Deben cumplirse o no. Las reglas se aplican mediante la subsunción, mientras que los principios mediante la ponderación.

La postura de Alexy sirve de base a la corriente Neo constitucional, en tanto comprende la primacía de los principios constitucionales sobre el resto del ordenamiento jurídico. Así las cosas, los derechos fundamentales, para el caso objeto de estudio el derecho a tener una familia de los niños, niñas y adolescentes, como principio orientador del Estado Constitucional, debe cumplirse en la mejor manera posible dentro de las condiciones fácticas y jurídicas. Por lo tanto, de existir diferencia entre un principio y una regla, es decir una



norma de menor jerarquía, prevalecerá el principio. Ante un conflicto entre principios se aplicará la ponderación y principio de proporcionalidad, intentando sacrificar lo menos posible el uno u otro.

La escuela neo constitucionalista nace a partir de la aparición del Estado Social de Derecho, en el cual a diferencia del modelo anterior el Estado Liberal (Gómez Isaza, 2006). Aquel se caracteriza por un rol mucho más protagónico, un concepto que Chevallier (2011) denomina “*Estado Protector*”, el cual se caracteriza por atender la insuficiencia o incapacidad de los individuos, en reconocimiento de su pluralidad y diversidad bajo el principio de subsidiariedad, interviniendo en lo más mínimo posible. Aquí se pasa de un Estado espectador a un Estado garante.

Así las cosas, dentro de la Escuela neo constitucionalista la fundamentación de los derechos humanos es el resultado del consenso social a través del proceso constituyente, con la promulgación de los derechos fundamentales como límites materiales a las normas inferiores, autoridades estatales y ciudadanos en general, valores superiores que guían el accionar del Estado (Peces - Barba, 1999).

De manera análoga, dentro de la corriente neo constitucionalista se plantea el control judicial de constitucionalidad del ordenamiento jurídico, para proteger los principios del Estado y los derechos fundamentales. Tal intervención se legitima en la consecución de los principios, y en la protección de su vulneración o inobservancia por parte del Estado o los particulares. De igual manera, la interpretación jurisdiccional permite un ensanchamiento del contenido de los derechos fundamentales. Ahumada (2000, p. 60) explica:

Los tribunales constitucionales proveen de criterios de constitucionalidad y fijan pautas para la actuación conforme a Constitución que vinculan de diverso modo al legislador y a los aplicadores del derecho. El establecimiento de tales criterios y pautas, no derivados de la letra de la Constitución, se justifica, por una parte y desde luego, porque sirven al propósito de asegurar la eficacia de la Constitución en la práctica, pero por otra y,



sobre todo, porque (pretendidamente) revisten al juicio de constitucionalidad de un carácter técnico, analítico, en definitiva, objetivo, desplazando razonamientos de carácter más intuitivo y, por lo tanto, más subjetivos. La implicación de los tribunales constitucionales en esa tarea que va más allá de la mera defensa de la Constitución y conecta con la «realización» de la Constitución. Los tribunales constitucionales se convierten en impulsores y vigilantes del progreso del derecho «en sentido constitucional» y colaboran en la formación y consolidación de una cultura constitucional que influye en los más variados ámbitos de la vida en sociedad (...)

De lo que se concluye que, la escuela de conocimiento neo constitucionalista recoge los principales atributos de las escuelas iusnaturalista, positivista y realista. En tanto, reconoce la trascendencia de los derechos humanos más allá de su positivización. Sin embargo, a su vez busca acogerse a los principios contenidos en la constitución política, como una técnica que permite la exigibilidad y justiciabilidad de los derechos. Finalmente, el neo constitucionalismo da protagonismo a los procesos históricos como constitutivos de derechos. Añadido a lo antes mencionado, el principal aporte que realiza la escuela neo constitucionalista, y la razón por la cual se adopta en el proyecto de investigación, es su carácter expansivo de los derechos fundamentales que les permite ensanchar su contenido.

Asimismo, el papel que juegan los tribunales constitucionales como vigilantes del cumplimiento de los derechos y formadores del precedente judicial ampliador de contenido. Por lo anterior, el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella consagrado en el artículo 44 de la Constitución Política de Colombia, será comprendido desde la premisa de que como derecho fundamental su garantía y protección deberá ceñirse a los principios del Estado Social de Derecho. Por lo tanto, debe ser interpretado bajo los principios y valores superiores que inspiraron la carta de derechos. De igual manera, se torna importante su revisión en las decisiones del máximo Tribunal Constitucional de Colombia, para la comprensión de su alcance y contenido.



1.3. Interpretación y aplicación de los Derechos Humanos

Al acoger la concepción neo constitucionalista de los derechos humanos, se parte de la premisa de que el proceso histórico que les da origen transforma las luchas sociales en el reconocimiento formal de estos. Por lo tanto, su interpretación se encuentra sujeta a las reglas de la exégesis jurídica, donde se aceptan como formas de producción normativa la Constitución, la Jurisprudencia y la Ley. Es importante el protagonismo del derecho judicial en el proceso de constitución, en tanto se desplaza de la idea de que el origen del derecho solo proviene de la ley y se aplica de forma mecánica. Asimismo, en caso de amenaza o vulneración estos deben ser garantizados a través de los tribunales para hacerlos efectivos, por lo cual forma parte de su reconocimiento y positivización (Peces-Barba Martínez et al., 2001).

Así las cosas, en el plano de la interpretación constitucional, transformados mediante la Constitución Política en derechos fundamentales, existen dos sistemas la *lex generalis* o de cláusulas generales y el de las *leges speciales* o casuístico, métodos que a su vez pueden combinarse en un sistema (Robledo Guzmán, 2015). *En el sistema de cláusulas generales los derechos fundamentales aparecen consagrados en forma de valores o principios, mientras que en el sistema de leyes especiales o casuístico se positivizan como normas específicas que concretan y pormenorizan el alcance de dichos derecho* (Pérez Luño, 2003, p. 286). Para el caso de las normas generales o principios, que son las utilizadas dentro del ordenamiento jurídico colombiano respecto a los derechos fundamentales, debe interpretarse en un foco más amplio de su lectura en sentido literal.

Para la interpretación de los derechos fundamentales, conforme lo expone la autora Robledo Guzmán (2015), deben considerarse principalmente los siguientes aspectos:



Posición preferente. Esta posición superior establece como criterio de interpretación que todo el ordenamiento debe ser interpretado de acuerdo a los derechos fundamentales. Así las cosas, deben gozar de eficacia y de su mayor potencial, lo cual quiere decir que debe llevarse a cabo la interpretación más favorable a estos. El Estado se encuentra en la obligación de promover y de optimizar de los derechos fundamentales, no sólo como mandatos a respetar, sino como objetivos a alcanzar (Robledo Guzmán, 2015). De igual manera, se debe considerar la dimensión negativa como una barrera más allá de la cual el intérprete no puede entrar sin incurrir en inconstitucionalidad (León Bastos & Gómez Orfanel, 2010).

Moral y crítica. Para la interpretación de los derechos fundamentales debe respetarse el texto y guardar coherencia con el contexto de la norma, por lo tanto, se debe optar por una interpretación sistemática o *principio de la concordancia práctica*. Ajustándose a la mejor medida posible a las normas constitucionales y a su correcto funcionamiento con el sistema en conjunto (León Bastos & Gómez Orfanel, 2010).

Principio de proporcionalidad. Este principio hace referencia a que el contenido de los derechos fundamentales es vinculante para el legislador y para la fundamentación de las decisiones de los órganos del Estado. El principio funciona como un criterio metodológico que permite que el Estado se ajuste al contenido de los derechos fundamentales, por lo tanto, garantiza un balance entre las decisiones de las autoridades y el contenido de estos. *El* principio de proporcionalidad a su vez contiene tres subprincipios a saber:

La necesidad o intervención mínima, que se refiere a que la medida limitativa puede ser necesaria e imprescindible para alcanzar el fin perseguido con el límite, en el sentido que no debe existir otro medio menos gravoso para lograrlo; 2. La adecuación o idoneidad, esto es, que realmente logre alcanzar el objetivo perseguido por medio de esta limitación; y 3. La ponderación, que se refiere a la proporcionalidad en sentido estricto; es decir, cuando dos normas fundamentales con carácter de principio entran en colisión, la posibilidad jurídica de la realización de la norma de derecho fundamental depende del principio opuesto (Alexy, 1985, p. 112).



Para concluir, se puede apreciar que *los marcos de interpretación tienen como finalidad reducir la complejidad del proceso de argumentación de los derechos humanos, para crear seguridad jurídica en su interpretación* (Robledo Guzmán, 2015). Asimismo, para el estudio de los derechos positivados en las Constituciones Políticas, debe partirse de una interpretación sistemática que trascienda de la lectura simple de la disposición normativa. Por lo anterior, ha de considerarse las interpretaciones del contexto histórico y las decisiones de los tribunales que dotan de contenido a los derechos. Así las cosas, en el presente trabajo de investigación, en la lectura del derecho a tener una familia y a no ser separado de ella, se interpreta no solo con el contenido tácito de la disposición constitucional, sino que también se consideran los aportes desde la construcción social y la ampliación del derecho que ha realizado principalmente la Corte Constitucional de Colombia.

2. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE FAMILIA

En el lenguaje común es habitual referirse a la familia como la célula, conjunto o grupo originario de la sociedad. “*Grupo que se ha configurado en términos conservadores u ortodoxos, por todas aquellas personas con las cuales se comparten objetivos de vida, así como algún parentesco (de consanguinidad o no): madre, padre, abuelos, hermanas y hermanos, tíos o primos*” (Oliva Gómez & Judith Villa Guardiola, 2014, p. 2). También ha sido ampliamente conocida como el espacio de formación integral de cada individuo donde se incorporan los valores, normas, creencias, tradiciones, comportamientos, conocimientos, experiencias y afectos con los cuales se desenvuelven en sociedad.

Para lograr una adecuada apropiación del concepto de familia se realizará un breve repaso por su concepción clásica, las formas familiares y el concepto moderno de familia; todo lo anterior para llegar a una concepción amplia de familia que supere el concepto binario



heterosexual y trascienda hacia una comprensión de un proyecto de vida en común que puede variar de acuerdo al medio en el que se encuentra el individuo.

2.1. Concepción clásica

Respecto al origen etimológico de la palabra familia existen múltiples interpretaciones. Tradicionalmente la doctrina tiene establecido el sustantivo Familia proviene del latín *familiae*, que significa “grupo de siervos y esclavos patrimonio del jefe de la gens”(Enciclopedia Jurídica, 2022). e otra parte, existen quienes consideran que la palabra se derivada del término *famulus*, que significa “siervo, esclavo”, o del latín *fames* (hambre) “Conjunto de personas que se alimentan juntas en la misma casa y a los que un pater familias tiene la obligación de alimentar” (Oliva Gómez & Judith Villa Guardiola, 2014, p. 2). Conforme a lo anterior puede evidenciarse que bajo esta concepción se presumía la dependencia y servicio de la esposa y de los hijos hacia el *pater familia*.

Desde una concepción conservadora, se ha planteado que “la familia ha sido el lugar primordial donde se comparten y gestionan los riesgos sociales de sus miembros” (Carbonell et al., 2012, p. 4). Frente a la forma de conformarla tradicionalmente se conoce como “el grupo de personas entre quienes existe un parentesco de consanguinidad por lejano que fuere” (de Pina Vara, 2005, p. 287). Con lo anterior, puede evidenciarse un concepto restrictivo de otras formas organizativas en las cuales no se comparte un vínculo de consanguinidad, donde existen sentimientos de convergencia y afecto.

2.2. Formas Familiares

La forma o estructura de la familia muta conforme al entorno social, lo que no permite brindar tipos cerrados o inmóviles. Sin embargo, se identifica entre las formas más destacadas la familia nuclear (dos adultos, hombre y mujer, con sus hijos). Esta concepción se encuentra



influenciada por el estereotipo clásico, derivada principalmente de la influencia de la iglesia católica y la tradición de occidente. En la vida cotidiana se encuentran núcleos integrados por abuelos y otros familiares, las cuales se han denominado familias extensas. Asimismo, se encuentran también unidades familiares monoparentales, en la que los hijos viven sólo con el padre o con la madre (Oliva Gómez & Judith Villa Guardiola, 2014).

En la actualidad el concepto de familia presenta mutaciones sustanciales conforme el desarrollo y transformación del entorno. Existen concepciones que consideran su integración desde vínculos diferentes a los consanguíneos, así como tampoco se vincula exclusivamente al matrimonio. *Ahora y en atención a la dinámica social, se contemplan otras formas de relaciones humanas donde los miembros que la integran se encuentran vinculados por lazos de afecto, de respeto, de convivencia y de solidaridad* (Olivia Gómez, 2013, p.63)

2.3. Concepción moderna de familia

Para iniciar el análisis acerca de cómo se ha comprendido el derecho a tener una familia, es importante incorporar la concepción de que la familia es *“una forma de asociación en la que se realizan los valores y motivaciones de sus integrantes, quienes coinciden en su forma de ver la vida y por lo tanto se unen para construir un proyecto común, en el que prima el afecto y la solidaridad”* (Daza Rojas, 2019, p. 3). La familia constituye la primera unidad asociativa de los seres humanos, conocida popularmente como la *célula de la sociedad*, por lo tanto, en cabeza de ésta *“se encuentran funciones relacionadas con la satisfacción de necesidades básicas, la protección del niño o niña, su socialización y su educación, su integración social, y el apoyo en la construcción de sentimientos de pertenencia e identidad personal”* (Gómez Bengoechea et al., 2015, p. 20).



La privación de un entorno familiar como lo explica el psicólogo John (Bowlby, 2009), puede producir graves efectos en el carácter a corto y largo plazo, trayendo como consecuencia una atrofia en la personalidad afectiva y cognitiva, ya que el cuidado familiar *“es lo que convierte al niño en un ser humano y le prepara para tener un lugar en el mundo, entre el resto de los humanos.”*(Mercer, 2006, p. 6).

Para abordar el concepto de familia el análisis se situará desde la interpretación dada en el ámbito jurídico al término, bajo la línea de lo que ha sido llamada la *“Neoconstitucionalización latinoamericana”*; por lo tanto, una vez superado el concepto binario heterosexual (la unión de un hombre y una mujer con la intención de procrear) influenciado mayoritariamente por la concepción de la Religión Católica (Gutiérrez Negrete, 2019).

Como lo explica (Esborraz, 2015), esta apreciación evoluciona de una concepción totalizante, la familia entendida de manera exclusiva en unidad, a una concepción democrática, da importancia a los intereses particulares de los miembros. Igualmente, como lo explica el mismo autor, nacen nuevos tipos de familias tales como monoparental (padre o madre e hijos), ampliada (conviven más de 2 generaciones), reconstruida (conformada por dos adultos donde al menos uno tiene un hijo o hija de una relación anterior), homoparental (conformadas por parejas del mismo sexo), entre otras.

De otra parte, tal como lo plantea (Levin & Trost, 1992), el concepto de familia no es un concepto cerrado, no existe una lista de chequeo que permita clasificar de manera estricta si cumple con los requisitos para considerarse como familia o no, ya que esto depende de las circunstancias propias que rodean al individuo.



3. CONCEPTUALIZACIÓN DEL DERECHO A TENER UNA FAMILIA

Para realizar una lectura del derecho a tener una familia y a no ser separado de ella en el ordenamiento jurídico colombiano, esta sección se desarrollará en tres partes. Primero, se realizará un análisis de lo planteado a nivel doctrinal, con una metodología de análisis documental. Segundo, se hará una revisión de la concepción del derecho planteado desde los artículos 42 y 44 constitucional. Finalmente, con la metodología de construcción de línea jurisprudencial se revisará el desarrollo del derecho desde la Corte Constitucional de Colombia.

3.1. El derecho a tener una familia desde los aportes doctrinales

Respeto a los aportes realizados desde la doctrina, se encuentra que los autores coinciden en que dada la importancia que tiene el crecer en familia, el reconocimiento del derecho del niño a tener una familia capaz de satisfacer sus necesidades y a vivir con ella es deber prioritario del Estado (Gómez Bengoechea et al., 2015). En consecuencia, el Estado debe propender a que sea la familia la que cumpla la función de cuidado del niño y debe intervenir sólo cuando ella falle en este cometido. Extraordinariamente una medida de protección especial puede consistir en el alejamiento del niño de su entorno familiar y comunitario, sólo cuando se hayan agotado todas las acciones positivas tendientes al fortalecimiento familiar, este alejamiento debe materializarse prioritariamente a través de medidas alternativas de cuidado, más no en la denominada “*institucionalización*” (Lathrop Gómez, 2014).

Por lo tanto, en caso de presentarse una violación de derechos en el seno familiar de los niños que requiriese la intervención de autoridad estatal, esta situación es totalmente viable, en el entendido que el concepto de familia no es absoluto. Por tanto, el proceso que



pretenda restablecer los derechos es de carácter protector es decir, no ser adversarial, entendido como un enjuiciamiento a la familia de origen por las presuntas amenazas o vulneraciones de los derechos del niño, sino que debe ser participativo tanto para el niño como su familia, para que sean tenidos en cuenta sus deseos y expectativas (Kruger, 2006); y así contribuir a la conformación del hogar familiar de origen en un entorno protector de derechos, que permita su adecuado desarrollo y evitar una extracción del seno familiar, y en consecuencia el desconocimiento del derecho a tener una familia y a no ser separado de ella (Guggenheim, 2006); En tal sentido se pronuncia Gómez Bengoechea et al. (2015, p. 76) al manifestar que existe

... un principio jurídicamente reconocido que los hijos únicamente no vivirán con sus padres cuando el interés superior de los niños así lo aconseje, e incluso que, en estos casos, se intervendrá con la familia para intentar solucionar los motivos que dieron lugar a la separación para intentar que esta termine lo antes posible.

3.2.El derecho a tener una familia en la Constitución Política de Colombia

Bajo el modelo de Estado Social de Derecho adoptado por Colombia el conglomerado de derechos fundamentales se encuentra en la Constitución Política y en los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia (Bloque de Constitucionalidad). Así las cosas, para comprender el derecho a tener una familia, se debe observar el artículo en el que se prescribe el concepto de familia en la constitución colombiana. En efecto, el artículo 42 expresa lo siguiente:

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 garantizarán 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 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 nacidos 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 (...)

Así las cosas, se puede observar que el concepto de familia, constitucionalmente se configura como el núcleo o célula base de la sociedad. De igual manera, aunque se parte de una concepción hetero-normativa como lo es la unión de un hombre y una mujer, amplía este concepto con la frase “*o por la voluntad responsable de conformarla*”.

En consecuencia, el concepto de familia se asemeja al expuesto en el aparte anterior, es decir trasciende de una concepción binaria heterosexual y comprende a la familia en un sentido más amplio. Finalmente, dentro del concepto planteado desde el artículo 42, se puede observar la obligación compartida entre la sociedad y el Estado de su protección, enunciado que da sustento al Sistema de Protección actual del derecho a tener una familia.

Dentro de la Constitución política se encuentra igualmente el artículo 44 constitucional, el cual dispone:

“Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separado de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armonioso e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.”



Como puede observarse este artículo dota de la calidad de derecho fundamental el tener una familia y a no ser separado de ella, por lo tanto, bajo la concepción neoconstitucionalista su contenido debe regir todas las actuaciones del Estado. Igualmente, al constituirse como un derecho fundamental tiene a su servicio el sistema de protección de propio de estos, por lo tanto, la Corte Constitucional como intérprete del cuerpo de derechos amplía su contenido a través de las decisiones que adopta.

Al mismo tiempo, un aporte muy importante que realiza este artículo es la responsabilidad solidaria entre familia, sociedad y Estado en la garantía de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Lo que más adelante se desarrollará con el artículo 10 del Código de La Infancia y La Adolescencia (2006), la primera llamada a velar por este cumplimiento es la familia, y en ausencia de esta o ante su incompetencia, le corresponde al Estado (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, 2015). Así las cosas, este artículo da nacimiento a las facultades que tiene el Estado para tomar medidas a favor de los niños, niñas y adolescentes, las cuales van desde la amonestación hasta el retiro definitivo del seno familiar. Por lo tanto, se encuentra una doble connotación en tanto el Estado es responsable de la protección del derecho a tener una familia, como se encuentra facultado a transgredirlo bajo el amparo de una medida de protección.

De otra parte, en el artículo 44 constitucional se establece el concepto del interés superior del niño, y que sus derechos priman sobre los demás. Por lo tanto, debe entenderse que el Estado a diferencia de tiempos anteriores tiene, respecto de todos los niños bajo su jurisdicción, las obligaciones de respetar, asegurar, promover y garantizar el pleno goce y ejercicio de sus derechos, las que se imponen no solo en relación con el poder del Estado, sino también frente a actuaciones de terceros particulares, derivándose así deberes especiales,



los que se determinan en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho (Nogueira A., 2017). De igual manera, como se estudiará en el capítulo siguiente en Sentencia T-029 (1994) la Corte Constitucional establece que la protección de los niños obedece al interés superior del mismo, lo que se traduce en el deber ineludible del Estado de velar en la mayor medida posible por la realización de sus derechos.

En este entendido, el Estado cuenta con la obligación de omisión (no vulnerar sus derechos) y la de acción (políticas públicas y mecanismos de protección); el desafío más importante a los sistemas políticos y a los ordenamientos es de que los niños tienen derechos, y es preciso que los ejerzan efectivamente y no a través de sus padres o representantes legales (Lozano Vicente, 2016). Y que consecuencia en el aspecto social, aumenten los espacios para la defensa de la infancia y la juventud, tanto desde el Estado como desde la sociedad civil, y si bien siguen existiendo importantes falencias, sí que se ha comenzado a poner en discusión la ausencia de una perspectiva de derechos (Sola-Morales & Garrido, 2019). Avance que se verá reflejado en las legislaciones nacionales de los Estados parte, para el caso colombiano la Ley 1098 de 2006.

De otra parte, el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella se encuentra descrito en el artículo 8 de Convención Sobre Los Derechos Del Niño (1989), de la siguiente manera:

(...) 1. Los Estados Parte velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.



3. Los Estados Parte respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Parte se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.

Con lo anterior vemos concordancia a la concepción constitucional del derecho, siendo la Convención más generosa en el desarrollo normativo. Los principales aportes que nos da este artículo son la facultad del Estado de limitar este derecho basado en el principio de interés superior del niño y la obligatoriedad de hacer parte a la familia dentro del proceso de protección de derechos que se desarrolle a favor de los niños. Así las cosas, se evidencia nuevamente la garantía de protección, pero el poder limitante del Estado en relación con este derecho.

Finalmente, dentro del ordenamiento jurídico se encuentra el Código de la Infancia y la Adolescencia el cual en su artículo 22 establece que los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a tener y crecer en el seno de una familia, a ser acogidos y a no ser expulsados de ella. Además, determina que solo podrán ser separados de ésta cuando la familia no le garantice las condiciones para la realización y el ejercicio de sus derechos.

En conclusión, la Constitución, la Convención de los Derechos del Niño y la ley consideran que el derecho a tener una familia tiene carácter fundamental. Puesto que permite la constitución de un medio protector de los derechos de los niños, asimismo asigna a la familia una responsabilidad clara de propender por la garantía de tales derechos, como su vez



faculta al Estado para que, en caso de encontrarse una presunta vulneración, sea permitido bajo la luz del principio del interés superior del niño, la separación del núcleo familia. Connotación de alta peligrosidad, en tanto se está ante una restricción del derecho a tener una familia, situación que da origen al problema de investigación planeado en este proyecto de investigación.

3.3. El desarrollo jurisprudencial en la Corte Constitucional

Para finalizar el primer capítulo se realiza un recorrido con la línea jurisprudencial que ha construido la Corte Constitucional de Colombia en relación con el derecho objeto de estudio. Lo anterior para comprender el alcance que ha logrado el derecho a tener una familia y no ser separado de ella, en tanto como se explicó en acápite anteriores bajo el lente neoconstitucionalista, la interpretación del derecho debe realizarse de manera amplia, gozando de especial relevancia las decisiones de los Tribunales Constitucionales.

En el caso colombiano, la Corte Constitucional se ha pronunciado en infinidad de veces sobre el tema. Para el presente estudio, partimos de la sentencia fundante T-029 (1994), que establece por primera vez en Colombia que la protección de los niños obedece al interés superior del mismo, lo que se traduce en el deber ineludible del Estado de velar en la mayor medida posible por la realización de sus derechos. De otro lado, en la Sentencia T-215 (1996) se ratifica el deber de actuar de manera inmediata e incondicional por parte del Estado, siempre que el niño, niña o adolescente se encuentre en amenaza o vulneración de sus derechos. En consecuencia, no le es dable al Estado alegar otras obligaciones que dilaten la garantía de los derechos de los niños, ya que tienen prevalencia sobre cualquier situación social, política, jurídica o económica.



Ahora bien, la Corte en Sentencia C-157 (2002), en el tema de la variedad de los derechos de los niños descritos en el artículo 44, expresa que este tiene una doble categorización. Por una parte, reconoce el carácter de fundamental de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, lo que implica contar con las garantías propias para su protección y goce efectivo. De otra parte, resalta la condición de prevalente de esa gama de derechos, lo que implica que, en caso de coalición con otro derecho, prevalecerá el derecho del menor.

Frente a los conflictos que pueden presentarse entre derechos, en Sentencia T-510 (2003) se señaló que como regla general se debe asegurar el desarrollo armónico, integral, normal y sano de los niños, niñas y adolescentes desde los puntos de vista físico, psicológico, afectivo, intelectual y ético. Por lo anterior, las autoridades deben garantizar las condiciones para su pleno ejercicio y protegerlos frente a cualquier tipo de riesgo. Por lo tanto, concluye la corte en la Sentencia de Unificación 696 (2015) que solo razones poderosas pueden justificar la acción del Estado en las relaciones paterno - filiales; lo contrario correría el riesgo de estar inmerso en una situación de discriminación irrazonable.

En la Sentencia T-278 (1994) la corte problematiza la familia como la primera institución social, incluso anterior a la sociedad y el Estado, por ende, deben servir a su bienestar ya que de esto depende el desarrollo integral y pleno de las personas. Así mismo, en la Sentencia T-587 (1998) estipuló que la violación al derecho a tener una familia y a no ser separado de ella constituye una amenaza seria contra los derechos fundamentales. La Corte en este caso considera que un niño en situación de abandono es incapaz de satisfacer sus propias necesidades y se encuentra en una situación de especial riesgo. En tanto la familia cumple la función de ser el espacio propicio para la realización de otros derechos, la vulneración de este derecho constituye una degradación del ser humano incompatible con el principio de dignidad humana.



Así mismo, se explica en Sentencia T-153 (2000) que este derecho goza de protección reforzada, ya que se encuentra protegido por normas internacionales de derechos humanos (Convención de los Derechos del Niño). Dentro de la ampliación del concepto que ha realizado la Corte frente a este derecho, en Sentencia T-572 (2009) expresó que el derecho a tener una familia posee una faceta prestacional que implica que las autoridades se encuentren constitucionalmente obligadas a diseñar políticas públicas, que propendan por la conservación del núcleo familiar. Dichas actuaciones no pueden encaminarse solo hacia las medidas de restablecimiento de derechos, es decir ante la amenaza o vulneración eminente, sino que a generar las condiciones necesarias para facilitarle a los integrantes cumplir con sus deberes de cuidado y protección (Sentencia de Unificación 696, 2015).

En Sentencia T-044 (2014) se manifestó que el contenido esencial del derecho fundamental a tener una familia y a no ser separado de ella, implica que un niño no puede ser separado de su familia a no ser que existan circunstancias excepcionales, las cuales deben estar expresamente previstas en la ley y que pongan en riesgo los derechos del niño o niña. De igual manera, el Estado se encuentra en el deber de remover cualquier barrera administrativa para el goce de este derecho.

Finalmente, como el más reciente pronunciamiento de la Corte Constitucional en la materia se encuentra la Sentencia T-019 (2020). La cual toma nuevamente las sentencias hito, y fortalece el concepto de la prevalencia de la familia como los primeros llamados a garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes. De igual manera, refuerza el deber que le asiste al Estado de brindar las condiciones propicias para transformar a las familias en entornos garantes de derechos. Lo anterior en tanto en el caso objeto de estudio, la presunta causa de no satisfacción de los derechos de los menores era la situación de pobreza en la que se encontraba la familia.

CAPÍTULO SEGUNDO

ESTADO DE DERECHO Y PROTECCIÓN DEL DERECHO A TENER UNA FAMILIA

En el presente capítulo se busca el segundo objetivo específico del proyecto de investigación, por lo tanto, se pretende *comprender el papel del Estado Colombiano en la protección del derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia y a no ser separada de ella, a partir de la vigencia de la ley 1098 de 2006*. Conforme al artículo 10 del Código de la Infancia y la Adolescencia el Estado se encuentra llamado a la garantía y protección de los derechos de los niños y niñas. Por lo anterior, el modelo y la estructura estatal marcan el espacio y la forma en la cual se garantiza el derecho a tener una familia.

Para lograr la comprensión del rol del Estado colombiano en la protección del derecho objeto de estudio, es apremiante realizar un repaso por las principales teorías del Estado, para construir el marco teórico que facilite el entendimiento del modelo acogido en Colombia. El discernimiento acerca de las diferentes formas organizativas contribuye a construir una posición crítica del papel asumido por el Estado colombiano y valorar si la institucionalidad desarrollada corresponde al modelo planteado en la Constitución Política de 1991. Todo lo anterior para reflexionar acerca de las obligaciones de este respecto al derecho a tener una familia.

El capítulo se encuentra construido en tres secciones: en la primera, se realiza un repaso por la constitución del Estado y las principales teorías que abordan su forma y organización, en la cual se hace un repaso histórico de la evolución del concepto para llegar al modelo actual acogido mayoritariamente en el mundo. En la segunda, se estudia a detalle el modelo de Estado Social de Derecho planteado por Colombia en la Constitución Política



de 1991. En la tercera, se estudia de manera concreta las obligaciones a cargo del Estado Colombiano respecto al derecho a tener una familia, haciendo un análisis de los deberes de acción y omisión del Estado. Todo lo anterior para llegar a la conclusión de que el Estado abstenerse de cualquier forma de limitación del derecho. Finalmente, se concluye también que el Estado está llamado a la ejecución de acciones que permita la garantía de tener una familia y no ser separado de ella, tales como políticas públicas y propiciar entornos protectores.

Metodológicamente este capítulo se desarrolla deductivamente a través de un análisis documental, utilizando textos teóricos con los que se definen los conceptos que se desean exponer y desarrollar. Para la elaboración de la tercera sección se realiza un análisis de los postulados fundantes del Estado Colombiano, exponiendo principalmente las obligaciones que emanan de la configuración del Estado Social de Derecho respecto a la garantía de tener una familia y no ser separado de ella, lo anterior para la elaboración de una conclusión que de respuesta al objetivo específico planteado en este capítulo.

1. FORMACIÓN DEL ESTADO Y LA GARANTÍA DE DERECHOS

Para iniciar con el estudio de la concepción del Estado es necesario realizar un recorrido por su formación histórica. Su aparición dentro del imaginario colectivo proviene de las primeras formas históricas de comunidad política, que en sus orígenes tuvo como justificación o fundamento la naturaleza de asociación del ser humano planteada por Aristóteles. Ahora bien, *“la realidad sobre la que tal concepto se desarrolla, sus diversas manifestaciones y evolución, inciden en la idea del Estado y lo conforman de tal suerte que sería erróneo referir una misma idea de Estado a diferentes etapas históricas”* (Sánchez Ferriz, 2009, p.42).



Anteriores a la concepción del estado moderno, se encuentran fundamentalmente como estructuras políticas pre estatales: Por un lado, los grandes imperios y organizaciones políticas de oriente, en donde existe una arbitrariedad absoluta de quien ostenta el poder, el cual deriva de una concepción divina, y se caracteriza también por una ausencia de derechos de los dominados. Por otro lado, la polis griega, la ciudad romana y las formaciones políticas de la edad media; las cuales realizaron un importante aporte respecto a la integración de la comunidad, en donde se concibe al ciudadano (calidad de la que no gozaban todos los habitantes del territorio) como un individuo libre que participa de manera directa en las cuestiones de la comunidad (Sánchez Ferriz, 2009).

Ahora bien, la noción de Estado como se conoce actualmente se ha situado en el renacimiento, donde se presentaron cambios profundos en factores de la vida medieval. Los principales cambios se relacionan con el debate acerca del poder temporal y el espiritual, asimismo un desarrollo en las relaciones comerciales y la economía. Lo anterior, conduce a una nueva actitud hacia la vida marcada por el antropocentrismo, que da lugar a la llegada del humanismo, donde se deja de lado los postulados cerrados orientados desde la teología (Sánchez Ferriz, 2009) Respecto a la producción doctrinal se encuentran obras como *El Príncipe* de Maquiavelo, que sientan las bases para la creación de los Estados - Nación.

Maquiavelo en su obra trasmite la idea de lo que debe ser el Estado, aunque aún no llega a su plena madurez al estar ligado a la figura del príncipe. Comprende el Estado como una creación teleológica que persigue unos fines que justifican su existencia, respecto de los cuales no habrá medio que no sea honorable, desvinculando así la política de la moral, dejando la última al arbitrio personal (Prélot, 1980).

Así las cosas, a continuación se realiza un breve estudio por las principales concepciones históricas por la que ha atravesado el concepto de Estado, llegando a la postura



Constitucional en la cual se acogen como principios rectores los derechos fundamentales y se caracteriza por un rol mucho más protagónico del Estado, un concepto que Chevallier (2011) denomina “*Estado Protector*”, el cual se caracteriza por atender la insuficiencia o incapacidad de los individuos, en reconocimiento de su pluralidad y diversidad bajo el principio de subsidiariedad, es decir interviniendo en lo más mínimo posible; donde se realiza una transición de un Estado espectador a un Estado garante. De igual manera, tal como lo explica Barroso (2014) un concepto que partió la diferencia en los nuevos ordenamientos jurídicos es la Dignidad humana, tomando un especial protagonismo en la Carta de las Naciones Unidas, ya que reconoce el valor intrínseco de cada persona y dota a los derechos fundamentales de un justificante moral y jurídico normativo.

1.1.El Estado Absolutista

Esta concepción de Estado se identifica en las monarquías occidentales en las cuales el rey y lo que este representa, muchas veces bajo la concepción divina del poder que ostenta, consolida su dominio supremo a través de guerras civiles y conflictos religiosos, que se dan principalmente entre los siglos XV y XVII (Vallés, 2000). En este modelo se superan las formas feudales de dominio y se crea una organización centralizada de poder “*stato*” (Krebs, 1992). El Estado monárquico “*proclamó su independencia frente a las pretensiones de dominio universal de los emperadores, afianzó su autoridad frente al papado y la Iglesia, amplió las bases territoriales, financieras y militares de su poder, estableció un gobierno centralizado y sustituyó el vínculo feudal basado en la lealtad “vasallática” por la obediencia que el súbdito debía al gobernante*” (Rincón Castillo, 2015, p. 3).

Así las cosas, la relación básica en el Estado absolutista entre el soberano y el súbdito es la de la sumisión total a cambio de seguridad que este se compromete a ofrecer. Por lo



anterior el monarca se confunde con el Estado, ya que la soberanía va ligada al dominio absoluto del titular del poder. Los principales autores que contribuyeron a la fundamentación teórica de este postulado fueron Maquiavelo, Bodin y Hobbes. El aporte realizado por Maquiavelo se encuentra en sus obras *Los Discursos sobre la primera década de Tito Livio* (1531) y *El Príncipe* (1532). El autor plantea la república como una forma de gobierno más perfecta y el principado reservado para circunstancias extraordinarias (Ramos, 1999).

El aporte de Jean Bodin va relacionado con el concepto de soberanía, en su obra *Los seis Libros de la República* (1576), plantea que la monarquía se caracterizó esencialmente por la concentración de todo el poder público. El monarca se constituyó en soberano y ejerció como tal el poder legislativo, ejecutivo y judicial (Krebs, 1992). Por su parte, Thomas Hobbes en su obra *el Leviatán* (1651) justifica la existencia del Estado como una proposición del contrato social, en donde en defensa de los derechos de los súbditos de mantenerse vivos y en paz, aceptan el dominio del monarca (Abal & Barraoetaveña, 1996).

Se cierra este momento histórico con la llamada paz de Westfalia (1648) como “*punto de estabilización de un sistema de estados absolutistas europeos, convertidos en protagonistas políticos. Durante un siglo, pareció que este modelo había conseguido afianzarse definitivamente. Pero, del mismo modo que el Renacimiento marcó el agotamiento del mundo político medieval, la Ilustración del siglo XVIII encerraba ya una crítica del absolutismo y la emergencia de un nuevo modelo: el Estado liberal*” (Rincón Castillo, 2015, p. 160).

1.2. Estado Liberal - Estado de Derecho

Esta concepción nace a partir del protagonismo del mercado en la vida social. Se caracteriza por la representación de las oligarquías, aquellos con patrimonio o títulos



académicos. Tiene un alto componente de la racionalidad, los derechos fundamentales, la separación de poderes y el dejar hacer (Rincón Castillo, 2015). Dentro de la concepción del Estado liberal cumple un rol indispensable la libertad de empresa, de mercado y de contratación, en comparación con el intervencionismo mercantil del Estado Absolutista.

El liberalismo como corriente filosófica sienta sus bases en la confianza en el ciudadano y su dimensión individual. Con lo anterior, se establece el principio de igualdad en sentido formal y la libertad como camino para *desarrollar todas las potencialidades del hombre* (Rincón Castillo, 2015). En la corriente liberal se aspira a la igualdad de oportunidades como garantía de justicia y progreso, lo que actualmente se entiende como libertad en sentido negativo (dejar hacer). Así las cosas, se esperaba un “Estado mínimo” es decir la menor intervención posible, solo media cuando ve amenazado el funcionamiento del mercado.

Las normas están encaminadas a la limitación del poder estatal por lo tanto no existe un Estado unipersonal, como en el modelo anterior, que reconozca cualidades superiores a un príncipe (de Bartolomé et al., 2001) . En consecuencia las normas y los derechos fundamentales vienen a ser límites en el ejercicio del poder, y así nace el “Estado de derecho”. Por lo anterior, se da el fenómeno de las constituciones políticas como ley suprema y las demás leyes que son limitaciones para los ciudadanos, pero también para las autoridades. Para garantizar el cumplimiento de la limitación del poder nace la teoría de la separación de poderes. Con el objeto de que las principales funciones ya no se concentren en manos del monarca, sino que se permite sean gestionadas por otros individuos, buscando un equilibrio del poder (Rincón Castillo, 2015). En la primera etapa del Estado Liberal, puede identificarse la división de poderes entre el monarca y un parlamento elegido entre los



propietarios de quienes se presumía un nivel intelectual más elevado para interpretar el interés general.

El Estado liberal encuentra su base doctrinal en autores como Locke (*tolerancia, derechos naturales, gobierno representativo*), Montesquieu (*división de poderes*), Rousseau (*ley como expresión de la voluntad general*) o Kant (*el derecho como garantía de la libertad y el Estado como garantía de derecho*) (Rincón Castillo, 2015). No obstante, el espíritu de esta concepción se encuentra en las revoluciones liberales en los Estados Unidos 1775 y en Francia 1789, en tanto permitieron la aplicación de la teoría planteada. Los textos legales producidos sirvieron de orientación al movimiento legal que posteriormente se extendería al resto de Europa y América (Vallés, 2000).

1.3.Estado Social

La concepción social del Estado se alimenta de las corrientes socialistas del siglo XIX y el descontento por el no accionar ante relaciones injustas y situaciones de miseria generadas por la libertad mercantil. Especialmente de lo planteado por Marx frente las relaciones entre la economía y la política, y el antagonismo entre los grupos sociales “*lucha de clases*” lo que a su juicio hace progresar a las sociedades (Rincón Castillo, 2015). Así las cosas, para transformar a la sociedad habrá que transformar el mercado. Otro de los pilares doctrinales del Estado Social es Lenin, quien en su libro *El Estado y la Revolución* (1917) plantea que el Estado Burgués (Estado Liberal) debe ser abolido mediante la revolución, sustituyéndolo por el poder de clase (Aguilera, 2005).

La organización del Estado Social se caracterizó por una concentración de poder a una división o separación de poderes. Su principal aporte a los derechos fundamentales es la obligación del Estado como prestador de servicios. Por lo tanto, el disfrute de derechos va



desde los civiles y políticos, hasta una nueva generación de derechos conocidos como sociales y económicos, donde se surtían necesidades como salud, educación, vivienda, salario, entre otros. El fundamento de estos derechos se deriva del proyecto común de Estado y el avance colectivo hacia la transformación social. En consecuencia, una de las críticas más contundentes a este modelo va ligada a la limitación de libertades personales o enriquecimiento económico si se juzga entorpece el proceso del Estado (Rincón Castillo, 2015).

1.4. Estado de Bienestar

El Estado de bienestar (*welfare state*) o asistencial se caracteriza por garantizar estándares mínimos de ingreso, alimentación, salud, habitación, educación a sus ciudadanos. Sin embargo, a diferencia del Estado Social el cual también es de carácter prestacionista, es que tal acción es reivindicada por los ciudadanos como derecho, es decir es exigible al Estado (Regonini, 2002). El origen doctrinal de este modelo nace post segunda guerra mundial, con el objeto de suavizar las desigualdades sociales que influyera sobre la renta, la seguridad social y otros apoyos estatales. La propuesta de Keynes tenía por objeto principal luchar contra los efectos de la depresión económica, aumentando la capacidad adquisitiva de los individuos. En consecuencia, la prestación de los programas de bienestar se justificaba no sólo para cubrir las necesidades básicas, sino como política para incentivar el consumo privado (Rincón Castillo, 2015).

Pese a que las instituciones del Estado de Bienestar nacen en tiempo de crisis tienen vocación de permanencia, en tanto los derechos creados son garantizados jurídicamente y de los cuales son plenamente conscientes los ciudadanos. La creación de una economía mixta en la cual en la lógica del mercado conviven la ganancia individual y el interés de la

colectividad. El capitalismo desempeña un papel guardián de la propiedad privada y el orden público y el Estado de Bienestar incorpora valores de justicia distributiva.

1.5.Estado Constitucional de Derecho

Este modelo de Estado acogido mayoritariamente en el mundo, hace referencia a una ampliación de los órganos y las funciones del Estado, el cual representa un incremento en los derechos de los ciudadanos y las obligaciones del Estado. El avance en comparación con el Estado de bienestar se encuentra en que se considera como generadores de derecho a los órganos del Estado, como lo puede ser la jurisprudencia producida por las cortes supremas o tribunales constitucionales. Adicionalmente, nace otra generación de derechos derivada de movimientos sociales y políticos como la lucha contra la discriminación racial, los movimientos obreros y el feminismo (Paoli, 2009).

Las principales características de este modelo de Estado del naciente constitucionalismo democrático se encuentran en los aspectos económico, social, político y jurídico (Combellas, 1990). En el aspecto económico el Estado se ubica en el centro, por lo tanto dirige el mercado en su conjunto. Para tal fin, como planificador define las áreas prioritarias de desarrollo, delimita los límites de acción y las variables de autonomía, conduce de manera inequívoca el proyecto de sociedad (Rincón Castillo, 2015). En el aspecto social el Estado pretende satisfacer las necesidades vitales de los individuos, distribuye bienes y servicios que permitan gozar de una calidad de vida, permitiendo la realización de los derechos económicos y sociales para la consecución de una vida digna (Rincón Castillo, 2015). En el aspecto político se acoge a la democracia como forma de gobierno, entendida como el método para la designación de gobernantes y la democracia social como realización del principio de igualdad en la sociedad (Rincón Castillo, 2015). En el aspecto jurídico se

relaciona con la sujeción de los poderes públicos a la constitución política y las leyes, el respeto a los derechos humanos e independencia judicial.

2. EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO EN COLOMBIA

La Constitución Política de Colombia (1991) en su artículo primero establece “*Colombia es un Estado Social de Derecho, organizado en forma de república unitaria, descentralizado, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general*”. Esta concepción es la columna vertebral de la interpretación de los derechos fundamentales y de las disposiciones que regulan las competencias de los poderes públicos en sus diferentes instancias. Cuya interpretación debe estar guiada por las finalidades y condicionamientos (deberes positivos) que impone el carácter social y de derecho del Estado (Correa Henao, 2008).

De igual manera lo explica la Sentencia T-446-92 de la Corte Constitucional que las expresiones del artículo primero de la Carta Política, hacen parte de los criterios de autodeterminación del Estado que constituyen sus principios fundantes y orientadores del proceso político y social. Sin embargo, no basta su interpretación finalista para obtener sus verdaderos alcances, se requiere un examen sistemático e histórico. Así las cosas, al momento de interpretar o dar alcance a un derecho fundamental, es prudente conocer el contexto en el que se dio el reconocimiento del derecho. Donde se demanda hacer uso de la interpretación histórica desarrollada en el capítulo primero ítem 1.2.3 *realismo*; sin embargo, esta interpretación se acogerá al desarrollo social y político y a la lectura ampliada que exige el contexto actual como se plantea en el ítem 1.2.4 *neo constitucionalismo*.



Resulta relevante observar la posición constitucional de los *fundamentos* tales como la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad y la prevalencia del interés general, igualmente los consagrados en el Título I, los cuales constituyen el conjunto de normas que amarran a la República de Colombia como Estado de Derecho. El Estado se sujeta al principio de legalidad (característica clave del Estado de Derecho) en sus artículos 4 y 6. De igual manera, se ajusta a la tesis del Estado Social en tanto busca legitimidad en el cumplimiento de sus finalidades y se reconoce como Estado pluralista, es decir no solo es respetuoso de las libertades personales sino que trasciende al reconocer deberes por parte del Estado.

Con base en lo anterior, el proceso que antecede al nacimiento del Estado Social de Derecho posibilita la configuración de este, ya que lo enriquece axiológicamente estrechando la relación entre libertad, igualdad, solidaridad, sienta las bases para la concreción de un orden justo y marca el funcionamiento de las instituciones y de la sociedad (Correa Henao, 2008). Si se quiere marcar una diferencia trascendental del Estado Social de Derecho de los modelos anteriores sería que ninguna autoridad, ni siquiera el órgano legislativo, puede aspirar a cambiar el ordenamiento establecido y los elementos identificadores del Estado (Cleves, 2015). De la misma manera, los particulares deberán sujetar sus libertades y derechos al orden constitucional.

En consecuencia, el concepto de Estado Social de Derecho no supone una ruptura con los modelos anteriormente planteados, sino un mejoramiento que introduce nuevos elementos sociales y económicos, los cuales se encuentran sujetos a la legitimidad, la legalidad y su control, la división de poderes, la trascendencia de la libertad y los derechos fundamentales enriquecidos de contenido con los nuevos desafíos (Correa Henao, 2008). En consecuencia, según lo plantea Parejo (2000) el deseo del constituyente es que el Estado Social sea un Estado de Derecho, es decir donde se complementan de una manera específica.



Este cambio sustancial responde a nuestras propias transformaciones y dentro de la influencia del pensamiento constitucional contemporáneo que incorpora los aportes de un amplio espectro a nuestra organización jurídica (Sentencia T-446-92).

2.1.Exigencias Mínimas

Dentro de este orden de ideas, la configuración del Estado Social de Derecho exige para su consolidación el cumplimiento de características mínimas, en tanto la redacción de un texto constitucional si bien sirve de base no garantiza su materialización. Así las cosas, Sánchez Ferriz (2009) plantea que como punto de partida se debe respetar de manera permanente el pluralismo, la igualdad y la libertad. Asimismo, debe propenderse por el normal funcionamiento de las instituciones públicas. Lo anterior con la finalidad de eliminar la desigualdad, privilegios o cualquier clase de abuso del poder.

En un mismo sentido Aragón Reyes (2001) manifiesta que el Estado Social de Derecho requiere una cultura constitucional, es decir que exista una sujeción general por parte de las autoridades y los ciudadanos a los preceptos constitucionales y que sus actuaciones guarden relación con los principios fundantes del Estado. De igual manera, para este autor es importante alcanzar una cultura jurídica, compuesta por una profesionalización de los agentes del Derecho en las cláusulas constitucionales y la sujeción de todo el sistema a estas (primacía constitucional). Finalmente, se demanda *“una capacidad evolutiva por parte de los textos constitucionales que permita mantenerlos vivos y ajustados a la realidad social cambiante, no tanto a través de las reformas formales de los mismos, cuanto a través de las técnicas de interpretación constitucional”* (Sánchez Ferriz, 2009, p. 169).

Con lo anterior, se evidencia la conexión con la interpretación neo constitucional planeada en el primer capítulo, en el entendido que se leen los derechos fundamentales como



cuerpos vivos que se transforman según el momento histórico. Metamorfosis que se nutre principalmente por las providencias de los Tribunales Constitucionales como intérpretes de la Carta Política.

2.2.Composición del Estado Social de Derecho

Es importante considerar que el concepto de Estado Social de Derecho no constituye una cláusula cerrada que limite el contenido de los derechos fundamentales al texto constitucional. Por el contrario, el concepto muta en tanto no se consolida en una sola expresión del Estado, así lo plantea Correa Henao (2008, p. 107) al referirse a este concepto:

No hay una única fórmula de democracia envuelta en él, ni se trazan límites angostos ni reglas para la directa subsunción de los bienes constitucionales en las políticas públicas. No existe tampoco una única idea de dignidad humana, de necesidad colectiva esencial, ni una sola forma de entender lograda la cohesión social o el cubrimiento de los mínimos sociales. Más bien habría que decir que se convierten en la llave maestra que abre muchas puertas, pero todas dentro de un único código básico.

De manera que el proceso de constitucionalización de los principios del Estado tiene como finalidad facilitar su eficacia, pero lleva implícita la idea de continua transformación y demanda una observación del contexto, ya que su contenido se actualiza en las situaciones en las que se concreta (Váquer Caballería, 2004). De igual manera, la noción de Estado Social de Derecho está condicionada a la materialización de sus postulados a través de la activación de las instituciones estatales; ya que como lo plantea O`neill, (2014) se requiere una parte obligada para los derechos de prestación de servicios, ya que *“responde a la necesidad de adecuar las circunstancias sociales y económicas de cada tiempo la elección de prioridades, estrategias, intereses y objetivos por perseguir”* (Correa Henao, 2008, p. 108). En consecuencia, las autoridades estatales gozan de un margen de acción para legislar, crear políticas públicas, distribuir recursos e intervenir en las relaciones privadas.



Pese a que no constituye un concepto rígido, el Estado Social de Derecho da unas reglas de juego claras a las autoridades públicas. Así las cosas, no le es dable a estas dejar de cumplir con las obligaciones encomendadas, o no responder a la protección de intereses sociales privilegiados. Así lo ha expresado la Corte Constitucional en Sentencia C-713-98:

En la Constitución actual la expresa cualificación del Estado como social de derecho, se orienta a que éste despliegue su máximo potencial en orden a modificar las condiciones materiales de vida de las personas de modo que los derechos y las libertades puedan tener una aplicación real y efectiva en términos de una igual libertad para todos. Aunque la actualización concreta de las funciones del Estado social, que por lo dicho son connaturales al mismo, se confía a los órganos regulares y al proceso social y político, no cabe duda de que el impulso fundamental se origina en la Constitución y que se opone a su designio un Estado neutral y pasivo frente a las necesidades insatisfechas de la población. En otras palabras, mientras el presupuesto material para el ejercicio pleno de los derechos sea sólo virtual para una parte significativa de los habitantes del país, ya sea por la vía de la gestión directa o indirecta, de la regulación o de las políticas, no se ajusta a la fórmula política de la Constitución un Estado que cesa de perseguir activamente las finalidades que aquella encomienda a sus órganos.

Por lo anterior, los deberes positivos tienen un papel protagónico respecto al que tenían los deberes negativos o de omisión de alto realce en el Estado de Derecho (dejar hacer). Este concepto evoca al Estado a actuar en salvaguarda de los principios constitucionales y derechos fundamentales. Lo anterior puede comprenderse dentro de la *teoría de la irreversibilidad de las conquistas sociales* defendida por Konrad Hesse, y que se refiere a que siempre se perseguirá la ampliación de los derechos y no el estrechamiento de su contenido o la disminución de sus garantías. Esta condición puede evidenciarse respecto al principio de igualdad, en tanto se reconoce de manera formal a todos los habitantes del territorio. Sin embargo, cuando se observa la existencia de condiciones de hecho diferentes que ameriten por justa causa un trato diferencial, se reconoce y protege la igualdad en sentido estricto (Correa Henao, 2008).



3. OBLIGACIONES DEL ESTADO FRENTE AL DERECHO A TENER UNA FAMILIA

Con base en lo hasta ahora planteado, puede evidenciarse que el modelo acogido por el Estado Colombiano se caracteriza por aceptar el principio de legalidad como condición que dota de eficacia los preceptos fundantes del Estado y los derechos fundamentales. Adicionalmente, el Estado se hace responsable de la prestación de servicios que satisfagan las necesidades vitales de los individuos, distribuye bienes y servicios que permitan gozar de una calidad de vida. Así mismo, el Estado busca atender la insuficiencia o incapacidad de los individuos, en reconocimiento de su pluralidad y diversidad bajo el principio de subsidiariedad, es decir interviniendo en lo más mínimo posible, donde se realiza una transición de un Estado espectador a un Estado garante.

Por lo anterior, puede observarse que el modelo del Estado Social de Derecho se nutre de múltiples aportes de modelos anteriores, guardando especial semejanza con el Estado de Bienestar y el Constitucional de Derecho. Pero con la especial característica del carácter expansivo de los derechos fundamentales, en la cual su contenido crece de acuerdo con el contexto y se propende por su progresividad. El papel que juegan los tribunales constitucionales como vigilantes del cumplimiento de los derechos y formadores del precedente judicial ampliador de contenido.

Con el objeto de acercar estas premisas al derecho objeto de estudio, se procede a realizar una reflexión de las obligaciones que se desprenden de este modelo de Estado respecto a derecho a tener una familia.

3.1. Deberes negativos o de omisión

Los deberes negativos o de omisión corresponden a aquellas conductas que se encuentran prohibidas o limitadas a las autoridades estatales. Esta noción se vincula



directamente con el *dejar hacer* y el principio de mínima intervención del Estado en las relaciones particulares. El autor Nino (2005) nos plantea que el derecho solo puede interferir con algunos actos inmorales y debe hacer una distinción entre estos, en aquellos que prescriben el comportamiento hacia terceros (moral pública) y los ideales de excelencia (moral privada), así las cosas, el derecho solo puede interferir contra actos que afectan a terceros. Respecto al derecho objeto de estudio, cómo se planteó en el capítulo primero ítem 3.2. *El derecho a tener una familia en la Constitución Política de Colombia*, el Estado colombiano lo reconoce como un derecho fundamental de los niños, niñas y adolescentes, y se abstiene de limitarla o restringir su conformación de cualquier manera.

En consecuencia, el reconocimiento del derecho y el desarrollo de esta garantía dentro del marco del Estado Social de Derecho trae consigo el deber de no intervención. Por lo tanto, la configuración de la unidad familiar se hará de manera libre por vínculos de consanguinidad, afinidad o por la decisión de conformarla. Este planteamiento se encuentra ligado a las nuevas concepciones de familia, tal como lo ha acogido la Corte Constitucional en Sentencia T-292-16:

La familia es una institución sociológica derivada de la naturaleza del ser humano, “toda la comunidad se beneficia de sus virtudes, así como se perjudica por los conflictos que surjan de la misma”. Entre sus fines esenciales se destacan la vida en común, la ayuda mutua, la procreación, el sostenimiento y la educación de los hijos. En consecuencia, tanto el Estado como la sociedad deben propender a su bienestar y velar por su integridad, supervivencia y conservación. Lineamientos que permearon su reconocimiento político y jurídico en la Constitución de 1991.

De ahí que todas las instituciones del Estado estén llamadas a abstenerse de cualquier manera a ejercer conducta que limite o restrinja su ejercicio o desarrollo. Por lo anterior, no puede exigirse un tipo determinado de familia como la concepción clásica heterosexual, sino



que se deberá respetar otras formas de familia, independientemente de las concepciones morales o religiosas de cada persona.

Finalmente, resulta relevante poner en consideración que este deber negativo de no intervención no es absoluto. De manera que dentro de las acciones del Estado Social de Derecho, si se evidencia una justa causa que amerite la acción estatal por una presunta amenaza o vulneración de derechos, el Estado en cabeza de las autoridades públicas podrá restringir o modificar el contenido de este derecho. De esta manera lo autoriza el artículo 8 de la Convención Sobre Los Derechos Del Niño (1989):

Los Estados Parte velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño (...)

Esta norma hace parte del bloque de constitucionalidad de la Carta Política y como tal se encuentra dentro de los principios fundantes del Estado, lo cual va en concordancia con el Interés Superior del Niño. El Estado a diferencia de tiempo anteriores tiene, respecto de todos los niños bajo su jurisdicción, las obligaciones de respetar, asegurar, promover y garantizar el pleno goce y ejercicio de sus derechos, las que se imponen no solo en relación con el poder del Estado, sino también frente a actuaciones de terceros particulares, derivándose así deberes especiales, los que se determinan en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derechos (Nogueira A., 2017).

3.2. Deberes positivos o de acción

Los deberes positivos o de acción se refieren a aquellas actuaciones que se demandan del Estado para la consecución de un derecho, para lo cual es preciso recordar lo planteado



por la doctora O`neill, (2014) quien en su obra *The dark side of Human Rights*, plantea que el simple reconocimiento del derecho no garantiza su materialización. Se requiere un despliegue de acciones por parte de agentes que permitan la realización de esos derechos, así mismo el desarrollo de un cuerpo normativo que ponga en cabeza de los individuos obligaciones claras que permitan el respeto de los derechos reconocidos. Ya que como lo plantea la autora, para aquel que tiene hambre es más útil la comida que el derecho al alimento.

Ahora bien, respecto al derecho objeto de estudio no es suficiente la no intervención, ya que dentro del marco del Estado Social de Derecho este debe propiciar las condiciones que permitan el goce efectivo. De igual manera, es importante considerar que los derechos no se maternizan de manera autónoma sino que tienen una continua relación con el ambiente en el que se desarrollan. Por lo tanto, el disfrute del derecho a tener una familia y no ser separado de ella se verá favorecido o limitado por las circunstancias de calidad de vida de los ciudadanos. Así se expresó en Sentencia T-019-20 la Corte Constitucional:

El Estado tiene la carga de verificar que realmente no exista ninguna alternativa que permita la garantía de los derechos del menor al interior del núcleo familiar y, por ello, debe agotar todas las medidas que puedan resultar idóneas para permitir la adecuación del ambiente familiar, a unos estándares mínimos para el desarrollo de los menores (...)
Existen un conjunto de circunstancias que no pueden ser consideradas como suficientes para justificar una decisión de adoptabilidad, como se da en el evento en el que: (i) la familia biológica es pobre; (ii) los miembros de la familia biológica no cuentan con educación básica; (iii) los integrantes de la familia biológica ha mentido ante las autoridades con el fin de recuperar al menor; o (iv) los padres o familiares tiene mal carácter (siempre que no haya incurrido en abuso o en alguna de las circunstancias constitutivas de violencia intrafamiliar).

Por lo anterior, el Estado Social de Derecho respecto a la garantía de tener una familia y a no ser separado de ella, no puede solo restringirse a no interferir en la esfera privada de la configuración de este derecho. Por el contrario, el reconocimiento de este demanda del



Estado acciones positivas que permitan a los integrantes del núcleo familiar gozar plenamente de este derecho, el cual se puede ver afectado por causas externas a los individuos cuando no gozan de una vida digna. Así las cosas, para el goce efectivo del derecho el Estado debe propiciar entornos protectores en condiciones dignas de calidad de vida. Para lo cual creará políticas públicas y programas que prevengan la vulneración o amenaza del disfrute de tener una familia.

De otro lado, un grupo de acciones positivas que se encuentran en cabeza del Estado son aquellas que se refieren a la protección. Como se explicó en el ítem anterior, el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella no goza de un carácter absoluto, por lo tanto se ve limitado ante situaciones que pongan en riesgo otros derechos. Este punto se relaciona con el interés superior del niño, por cuanto ante una amenaza o vulneración contra sus derechos dentro del marco de la unidad familiar es deber del Estado intervenir de manera inmediata. Al respecto la Corte Constitucional se manifestó en Sentencia T-044-14:

Existe un derecho fundamental a tener una familia y a no ser separado de ella. Este derecho no es absoluto, de tal suerte que un niño o niña puede ser separado de su familia, cuando se verifican una serie de circunstancias definidas por la ley y la jurisprudencia. Además, por tener el derecho a la familia un carácter prestacional, el Estado tiene la obligación de adoptar políticas públicas para la preservación del núcleo familiar y que faciliten a los padres el cumplimiento de sus deberes, de modo que las obligaciones del Estado en la materia van más allá del mero cumplimiento de la ley y de la implementación de medidas de restablecimiento de derechos.

En conclusión, el derecho objeto de estudio dentro del marco del Estado Social de Derecho goza de una doble connotación. En primer lugar, la obligación negativa del Estado de no interferir en la configuración de la familia y no limitarla o restringirla, por lo tanto aceptar las diferentes concepciones y tipologías de familia (desarrollada en el ítem anterior). En segundo lugar, el derecho a tener una familia demanda del Estado acciones positivas como



lo son brindar las condiciones generales de calidad de vida para el goce del derecho e intervenir de manera inmediata ante una presunta amenaza o vulneración.



CAPITULO TERCERO

MEDIOS DE GARANTIA Y SISTEMA DE PROTECCIÓN

En el presente capítulo se busca la consecución del tercer objetivo específico del proyecto de investigación, por lo tanto, se pretende *examinar los medios de garantía que dispone el Estado colombiano para proteger el derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia y no ser separado de ella, cuando se encuentran en situación de vulnerabilidad o amenaza de sus derechos.*

Lo anterior significa que el presente capítulo se limita exclusivamente a la reflexión teórica sobre los medios constitucionales de garantía de protección administrativa de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Por tanto esta aclaración permite dos cosas: de una parte, concentrar los esfuerzos investigativos en esta particular forma de protección de los derechos de los niños; y de otra parte, dejar de lado, por motivos estrictamente académicos e investigativos las controversias judiciales en que se puede ver involucrado los niños respecto del cúmulo de derechos y de las responsabilidades que emergen de la relación padre – hijos y que atentan contra el principio natural de la protección, manutención y estabilidad de los niños.

La expedición de la Constitución Política de 1991 y la Convención de los Derechos del Niño de 1989, demandó del Estado acciones positivas para la protección y garantía de estos derechos. Así las cosas, fue creado un sistema especial de protección para su respeto y cumplimiento, en cabeza de autoridades administrativas dotadas de legitimidad para la toma de medidas expeditas que propendan por la protección de sus derechos. En consecuencia, resulta relevante realizar un examen de este, con el fin de contribuir al respeto integral de los derechos de los niños y realizar una revisión de las facultades de las autoridades.



Con el fin de examinar los medios de garantía de los que dispone el Estado, es importante realizar un estudio del proceso especial creado a partir de la Ley 1098 de 2006. Para conocer las competencias otorgadas a las autoridades públicas y las facultades que estos ostentan frente al derecho a tener una familia. El análisis de dichos preceptos normativos permite la construcción de una posición crítica en relación al modelo de Estado Social de Derecho estudiado en el capítulo anterior, la interpretación y alcance que se le estaría otorgando al derecho objeto de estudio y las posibles limitaciones que se configurarían para este derecho.

El capítulo se encuentra construido en dos secciones: en la primera, se realiza una exposición del ordenamiento jurídico actual del Sistema de Protección de Derechos de los niños, niñas y adolescentes. En la segunda, se estudia a detalle las facultades y competencias de las autoridades públicas respecto al derecho a tener una familia. Todo lo anterior para llegar a la conclusión de que el margen de acción del Estado Colombiano, para garantizar la protección efectiva del derecho objeto de estudio se ve localizado dentro del marco jurídico vigente. Bajo la interpretación jurisprudencial dada por la Corte Constitucional, se debe privilegiar el fortalecimiento de la familia sanguínea frente a la extracción del medio familiar, medida de protección que deberá ser utilizada exclusivamente en los casos más graves y como última herramienta. Sin embargo, se evidencia que las competencias de las autoridades en la materia son bastante amplias y abstractas, lo que conduce a que exista un margen de apreciación subjetiva considerable que puede potencialmente afectar el derecho objeto de estudio.

Metodológicamente este capítulo se desarrolla deductivamente a través de un análisis documental. Para la elaboración de la primera sección se realiza un análisis del ordenamiento jurídico vigente aplicable en la materia, buscando conocer las competencias y limitaciones



de las autoridades estatales frente al derecho a tener una familia y no ser separado de ella, para lo cual se utiliza como fuentes la Convención de los Derechos del Niño de 1989, la Constitución Política de Colombia, la Ley 1098 de 2006 y, las leyes conexas y decretos reglamentarios. Finalmente, para conocer las limitaciones a las facultades de las autoridades respecto al derecho a tener una familia, se realiza una línea jurisprudencial de las decisiones tomadas por la Corte Constitucional como órgano de cierre de interpretación de los derechos fundamentales.

1. DE LA PROTECCION ADMINISTRATIVA DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS CUANDO SE PONE EN RIESGO SU ESTABILIDAD FÍSICA Y EMOCIONAL

Derivado del interés superior del niño contemplado en el artículo 44 de la Constitución Política de Colombia, nace la responsabilidad solidaria entre familia, sociedad y Estado de velar y propender por el cumplimiento de sus derechos. La primera llamada a satisfacer dicha garantía es la familia, y en ausencia de ésta o ante su incompetencia, le corresponde, en última instancia, al Estado como el garante principal de los derechos humanos.

Por tal motivo, para responder a esta obligación y la derivada de la adopción de la Convención Sobre Los Derechos Del Niño (1989), el Estado Colombiano expidió la Ley 1098 de 2006 o Código de La Infancia y La Adolescencia, mediante la cual se delegó las facultades administrativas de protección de los niños cuando el agravio a la eficacia y goce de los derechos atenta contra su estabilidad física y psicológica, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en cabeza de los Defensores de Familia, y ante ausencia de estos de manera subsidiaria a los Comisarios de Familia o a falta de éstos de manera excepcional a



los Inspectores de Policía, velar por el cumplimiento y/o restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. En tal sentido, creó un recurso especial y preferente llamado Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos, en el cual es factible adoptar medidas expeditas para la garantía de dichos derechos, tales como la ubicación en medio familiar, ubicación en medio institucional y como última ratio la declaratoria en situación de adoptabilidad.

1.1. El Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos

En concordancia con el modelo del Estado Social de Derecho y para la materialización de los derechos concedidos en cabeza de los menores de edad, el ordenamiento jurídico colombiano ha creado un procedimiento de carácter expedito y medidas de restablecimiento que aseguren su protección y goce efectivo. Así las cosas, el proceso administrativo de restablecimiento de derechos se encuentra compuesto por actuaciones administrativas y/o judiciales, que propenden por la restauración de las condiciones de prevalencia y protección de los derechos de los niños que han sido afectados o amenazados por el accionar del Estado, un particular o incluso su propia familia.

El trámite se inicia cuando llega al conocimiento de la autoridad defensora de los derechos por parte de cualquier persona, la presunta amenaza o vulneración de derechos del que un menor esté siendo víctima. Dichas autoridades deberán proceder a investigar la situación denunciada y tomar de manera inmediata las medidas que correspondan, para superar la situación de desprotección. Así lo refiere el artículo 52 de la ley 1098 de 2006:

En todos los casos en donde se ponga en conocimiento la presunta vulneración o amenazada los derechos de un niño, niña y adolescente, la autoridad administrativa competente emitirá auto de trámite ordenando a su equipo técnico interdisciplinario la verificación de la garantía de los derechos consagrados en el Título I del Capítulo II del presente Código. Se deberán realizar:



1. Valoración inicial psicológica y emocional.
2. Valoración de nutrición y revisión del esquema de vacunación.
3. Valoración inicial del entorno familiar, redes vinculares e identificación de elementos protectores y de riesgo para la garantía de los derechos.
4. Verificación de la inscripción en el registro civil de nacimiento.
5. Verificación de la vinculación al sistema de salud y seguridad social.
6. Verificación a la vinculación al sistema educativo (...)

Una vez realizada la verificación de derechos la autoridad administrativa deberá tomar la decisión de apertura o no el proceso de restablecimiento de derechos. En caso de que se verifique la existencia de un hecho que menoscabe los derechos de un niño, niña o adolescente, con la apertura del proceso se tomará la medida de protección pertinente. Conforme el artículo 53 las medidas a tomarse para la garantía de los derechos de los niños son:

Son medidas de restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes las que a continuación se señalan. Para el restablecimiento de los derechos establecidos en este código, la autoridad competente tomará alguna o varias de las siguientes medidas:

1. Amonestación con asistencia obligatoria a curso pedagógico.
2. Retiro inmediato del niño, niña o adolescente de la actividad que amenace o vulnere sus derechos o de las actividades ilícitas en que se pueda encontrar y ubicación en un programa de atención especializada para el restablecimiento del derecho vulnerado.
3. Ubicación inmediata en medio familiar.
4. Ubicación en centros de emergencia para los casos en que no procede la ubicación en los hogares de paso.
5. La adopción.
6. Además de las anteriores, se aplicarán las consagradas en otras disposiciones legales, o cualquier otra que garantice la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes.
7. Promover las acciones policivas, administrativas o judiciales a que haya lugar.

PARÁGRAFO 1o. La autoridad competente deberá asegurar que en todas las medidas provisionales o definitivas de restablecimiento de derechos que se decreten, se garantice el acompañamiento a la familia del niño, niña o adolescente que lo requiera (...)



Así las cosas, una vez la autoridad competente determine la existencia de vulneración o amenaza de derechos y tome la medida de protección, el Defensor o Comisario de Familia procederá a realizar seguimiento con el fin de evidenciar si se ha superado la situación trasgresora de derechos. Es importante tener en cuenta que las medidas de restablecimiento tienen vocación temporal, a excepción de la adoptabilidad la cual rompe definitivamente el vínculo entre el menor y su familia biológica. Por lo anterior, las decisiones adoptadas (cómo lo menciona el citado artículo) deben buscar porque se restablezca dentro del interior del núcleo familiar, un ambiente garante de los derechos de los menores.

La vocación del seguimiento a la medida tiene su fundamento en evaluar la eficacia de la decisión adoptada, y estudiar si es necesario

(i) revocarla, tras estimarse superada la situación que le dio fundamento, o (ii) modificarla, para ajustar las medidas de protección a la situación particular del menor y de su núcleo familiar; con todo, en el evento de que se evidencie la imposibilidad de la familia de asumir realmente el cuidado del menor, deberá tomarse la medida definitiva de “adoptabilidad” para permitir que, si la familia biológica no garantiza sus derechos, el menor cuente con la posibilidad de acceder a un medio familiar alternativo que sí cuente con la capacidad de hacerlo. (Sentencia T-019-20)

El proceso de restablecimiento de derechos, de naturaleza típicamente protectora en favor de los niños, que carece del carácter adversarial o contencioso, se caracteriza por su celeridad y preclusión de las etapas procesales. En consecuencia, con el fin de respetar el interés superior del niño, las autoridades cuentan con un tiempo perentorio para resolver definitivamente la situación jurídica del menor. Lo anterior, con el fin de evitar que el proceso se convierta en un factor de prolongación de la situación de vulneración. Así las cosas, el artículo 103 del Código de la Infancia y la Adolescencia dispuso un plazo máximo de 6 meses, para que las autoridades administrativas realicen el seguimiento a las medidas



adoptadas y en casos excepcionales autorizó que este término se prorrogue hasta por 6 meses más.

En caso de que la autoridad exceda los términos contemplados por la ley, esta perderá competencia para seguir conociendo el proceso y deberá remitir el expediente al Juez de Familia para que defina de fondo la situación jurídica, derivándose para la autoridad que pierde competencia un proceso de carácter disciplinario. En ese sentido, el interés superior del niño demanda a los Defensores y Comisarios de Familia a obrar con *“un grado especial de diligencia, celo y cuidado al momento de adoptar sus decisiones, especialmente tratándose de niños de temprana edad, cuyo proceso de desarrollo puede verse afectado en forma definitiva e irremediable por cualquier decisión que no atienda a sus intereses y derechos”* (Sentencia T-741-17).

1.2. La adoptabilidad como medida de restablecimiento de derechos

Como se manifestó en el ítem anterior, existen varias medidas de restablecimiento de derechos de los niños, tales como la vinculación a escuela de padres, asistencia a atención psicosocial, ubicación transitoria en internado u hogar sustituto, las cuales se caracterizan por su carácter temporal o transitorio. No obstante, cuando la gravedad de la situación desborda la naturaleza de las anteriores medidas, el Código de Infancia y Adolescencia prescribe la única medida de carácter definitivo en cuanto rompe el vínculo de sangre entre padre e hijos bajo la denominación de adoptabilidad. Esta característica y naturaleza de la medida hace que ella sea excepcional y que la autoridad de conocimiento deba desarrollar diligente y prudentemente en grado sumo el estudio de los presupuestos fácticos sobre los cuales sustentará su decisión.



Lo anterior significa que, en el evento de que no fuese posible constituir la unidad familiar como un entorno garante y protector de derechos, el Comisario o Defensor de Familia procederá a declarar al niño o niña en situación de adoptabilidad. Tal decisión deberá ser profundamente motivada, para lo cual utilizará los medios de prueba que la autoridad considere pertinentes, pero en especial lo conceptuado por el equipo bio-psicosocial conformado por el trabajador social, el psicólogo y el nutricionista.

De las medidas de restablecimiento de derecho es la más gravosa de todas, en tanto rompe totalmente el vínculo jurídico y afectivo que existe entre el menor y su familia biológica. Como puede observarse de no existir las circunstancias fácticas que sustenten la toma de tal decisión se estaría ante una afectación injusta del derecho a tener una familia y no ser separado de ella. Si las partes dentro del proceso consideran que tal decisión se tomó de manera arbitraria o no se valoraron adecuadamente los elementos fácticos, pueden solicitar se remita el proceso ante Juez de Familia. Lo anterior, con el objeto de que mediante un proceso de control de legalidad conocido como *homologación*, se avale o revoque tal medida. En caso de que el Juez considere que la decisión se ajusta a derecho da por terminada la patria potestad.

Dentro del proceso llevado a cabo por el Juez se espera que tenga en consideración por lo menos los siguientes aspectos: “(i) *el procedimiento administrativo adelantado se ajustó a los requisitos constitucionales y legales del debido proceso, y, además, (ii) la decisión emitida se constituye en un mecanismo de protección con el interés superior del niño, niña o adolescente involucrado*” (Sentencia T-019-20).

Por lo anterior, se ha considerado que el juez de homologación realiza un control de legalidad de las actuaciones desplegadas y actúa como garante de los derechos de los niños,



niñas y adolescentes. En consecuencia, se espera que la decisión adoptada tenga como justificación la consolidación de los intereses prevalentes de los menores de edad.

Finalmente, resulta relevante comprender que la adopción no solo puede leerse como el rompimiento de la unidad familiar biológica. Lo anterior, en tanto en los casos de ausencia o incompetencia de la red familiar sanguínea, se convierte en la herramienta mediante la cual el Estado garantiza el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella, conforme lo contempla el artículo 61 de la ley 1098 de 2006, y como lo ha desarrollado la Corte Constitucional en Sentencia C-814-01:

la adopción satisface el derecho constitucional reconocido a todos los niños en el artículo 44 superior, de tener una familia y de no ser separado de ella, en aquellos casos en los cuales sus padres biológicos no pueden hacerse cargo de ellos. Y a través de la incorporación del adoptado a la familia del adoptante, se garantiza también todo el plexo de derechos reconocidos al menor de cuya eficacia el primer responsable es el padre. Por eso, la ley define la adopción como una "medida de protección" que se establece en favor del menor.

Lo anterior, se relaciona con el concepto amplio de familia explicado en el primer capítulo. En tanto, la unidad familiar no solo es aquella que se forma a través de vínculos consanguíneos, sino que constituye una forma de asociación para el bienestar, la garantía de derechos y la realización del proyecto de vida. De esta manera, el Estado estaría cumpliendo con su obligación de garantía del derecho objeto de estudio.

2. MARGEN DE ACCIÓN DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS

El proceso de restablecimiento de derechos al analizar las circunstancias de amenaza o vulneración en las que presuntamente se encuentra el niño, niña o adolescente, frecuentemente entra al seno íntimo de la privacidad de las personas, como lo pueden ser las



pautas de crianza, factores culturales, creencias religiosas, decisiones de los padres, entre otras. Ya que se aborda el funcionamiento de la dinámica familiar, los aspectos psicológicos y nutricionales del niño, como se describe en el artículo 52 del Código de La Infancia y La Adolescencia (2006), podría constituirse en una afectación al derecho a tener una familia y a no ser separado de ella, especialmente cuando en el proceso se toman medidas como el retiro del niño, niña o adolescente del medio familiar y como medida que rompe totalmente el vínculo, la declaratoria en situación de adoptabilidad. No obstante, el impacto de la decisión genera un conflicto entre las acciones que se justifican en la garantía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y el derecho objeto de estudio.

Así las cosas, para conocer el margen de acción de los Comisarios y Defensores de Familia dentro del trámite de protección de derechos de los niños, niñas y adolescentes, se realiza un estudio por las principales decisiones que en la materia ha tomado la Corte Constitucional como órgano de cierre de interpretación de los derechos fundamentales. Adicionalmente se estudia la propuesta que se ha hecho desde la académica del uso de la herramienta del principio de proporcionalidad para limitar las decisiones de las autoridades en la materia.

2.1.Precedente jurisprudencial

Para cerrar el proyecto de investigación se realiza un recorrido por la línea jurisprudencial que ha construido la Corte Constitucional de Colombia, en relación con el margen de acción de las autoridades administrativas y el derecho objeto de estudio. Lo anterior para evidenciar el marco de referencia al que las autoridades administrativas deben ceñir sus decisiones en la materia. Se recurre a la Corte Constitucional como órgano de cierre de interpretación de los derechos fundamentales.

Bajo la metodología propuesta por el profesor Diego López Medina (2006), el problema jurídico a estudiar es la procedencia de limitación al derecho a tener una familia por parte del Estado. Para lo anterior se utiliza como pregunta orientadora: ¿Hasta donde llega la competencia de las autoridades administrativas facultadas para limitar o restringir el derecho a tener una familia y no ser separado de ella bajo el marco de la ley 1098 de 2006? A continuación, se muestra el resultado del trazado de la línea y se explicará a detalle los hallazgos encontrados.

Línea Jurisprudencial: Procedencia de limitación al derecho a tener una familia por parte del Estado	
¿ Hasta donde llega la competencia de las autoridades administrativas facultadas para limitar o restringir el derecho a tener una familia y no ser separado de ella bajo el marco de la ley 1098 de 2006?	
Facultades Amplias	Facultades restringidas
<p>Sentencia T-408-95 Es justificable la afectación del derecho a tener una familia y no ser separado de ella ante una afectación de derechos.</p> <p>↓</p> <p>Sentencia T-510-03 La Corte hace una distinción entre los hechos que justifican el retiro del medio familiar y los que no</p>	<p>Sentencia T-502-11 El estado debe cumplir con los deberes derivados de la faceta prestación del derecho a tener una familia, sobre medidas de retiro del hogar.</p>
<p>Sentencia T-044-14 El derecho a tener una familia no es absoluto, ante casos de vulneración de derechos se puede retirar al menor.</p>	<p>Sentencia T-019-20 La extracción del medio familiar no puede justificarse por situaciones de inoperancia estatal (Ej. Situación de mendicidad)</p>



Figura 1

La línea jurisprudencial descrita se inicia con la sentencia fundante T-408-95 en la cual la Corte prescribe el radio de acción general de los derechos padre e hijo; por esto dicha sentencia abre la puerta para desarrollos particulares y específicos. Esta sentencia se origina en el conocimiento de la negación a una hija, por parte del progenitor, para visitar a su madre quien se encontraba privada de la libertad. En esta oportunidad el Tribunal Constitucional manifestó que en ninguna circunstancia es justificable obstaculizar el vínculo entre estas, adicionalmente que no se acreditó que acudir al centro carcelario para visitar a la progenitora estuviese afectando de alguna manera la integridad personal de la niña. Por lo anterior el hecho de que el padre o la madre están privados de la libertad no justifica la ruptura del vínculo afectivo con sus hijos. Así las cosas, respecto a la pregunta orientadora, la Corte brinda una respuesta de manera afirmativa, ya que, si bien protege el derecho en mención, aporta el postulado de que en caso de que se acredite una afectación al bienestar de la menor, le es dable a la autoridad competente restringir las visitas a la progenitora. Esta sentencia constituye el punto de partida de la línea jurisprudencial, en tanto pone en conocimiento del intérprete, que el derecho objeto de estudio puede ser restringido ante la presencia de circunstancias que pongan en riesgo la integridad del niño o niña. Al mismo tiempo reconoce el derecho del infante y reconoce la doble titularidad del derecho, para el caso en concreto la progenitora y su hija.

Para el presente estudio es importante resaltar que la línea jurisprudencial descrita la Sentencia T-510-03, por cuanto la Corte Constitucional prescribió tres hipótesis normativas que se derivan de sendos hechos: *“i) son suficientes para decidir en contra de la ubicación de un niño en determinada familia; ii) pueden constituir motivos de peso para adoptar una medida de protección; o iii) no son suficientes para adoptar la decisión de separar a un niño*



de su familia”. Es importante tener en cuenta que estas categorías no pueden entenderse cerradas, por lo tanto no constituyen un listado único o taxativo.

Esta providencia se identifica como una sentencia hito dentro de la línea, en tanto responde de manera más completa el problema jurídico planteado. Lo anterior, de manera que marca unas situaciones donde se sustenta la intervención por parte del Estado y la afectación al derecho a tener una familia. Asimismo, ratifica la competencia del Estado de limitar el derecho, y reconoce la titularidad de este en cabeza de las familias y los niños al reconocer el núcleo esencial “*no ser separada de ella*”. La sentencia referida categoriza en tres grupos el mencionado derecho, lo paso a describir.

En el primer grupo, la sentencia T 510 de 2003 identificó como elementos fácticos para la negativa de ubicar en medio familiar:

“i. La existencia de claros riesgos para la vida, la integridad o la salud del niño o la niña; ii. Los antecedentes de abuso físico, sexual o psicológico en la familia, y iii. Las circunstancias frente a las cuales el artículo 44 de la Carta ordena protección, es decir: abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos”.

Pese a que con la anterior transcripción la Corte pretendía poner un límite al accionar de las autoridades en la materia, puede evidenciarse que aún los parámetros para tomar tal decisión son bastante amplios. Lo anterior, en tanto como se explicó en el ítem anterior, el derecho a tener una familia puede verse afectado por la omisión del Estado Social de Derecho en el cumplimiento de sus deberes, como lo pueden ser una atención oportuna en salud, el acceso a la educación pública o garantizar a sus habitantes calidad de vida en condiciones dignas. Así las cosas, “*la existencia de claros riesgos para la vida*” puede provenir a su vez de la ineptitud del Estado.



En el segundo grupo, la mencionada sentencia T 510 de 2003 cataloga como circunstancias a tener en cuenta para la toma de una medida de protección, los hechos que constituyan “*indicadores fuertes sobre la ineptitud de un cierto grupo familiar, pero que también pueden estar justificados por consideraciones en pro del menor, dadas las circunstancias del caso en concreto: por ejemplo, el hecho de haber entregado al niño en adopción*”. Frente a esta consideración, es oportuno tener en cuenta que el derecho a tener una familia desde el punto de vista de los deberes positivos del Estado, demanda de estas acciones que le permitan a esa unidad familiar convertirse en un entorno protector de derechos.

Por lo anterior, una decisión por parte de autoridad competente de extraer a un menor del seno familiar, basada en la ineptitud del grupo familiar puede ser una omisión a los deberes del Estado, a su vez el desconocimiento del principio de igualdad contemplado en el artículo 13 constitucional. Lo anterior en tanto la Carta Política establece en el mencionado texto, el deber del Estado de actuar frente a aquellos que se encuentran en condiciones de desigualdad manifiesta, es decir en condiciones de marginalidad que no le permiten alcanzar un status o situación deseada. En consecuencia, el Estado deberá tomar acciones positivas que permitan superar esta barrera para el goce pleno de los derechos. Si el Estado castiga la ineptitud de un núcleo familiar sin considerar las circunstancias de desigualdad manifiesta en las que pueden encontrarse, obraría en contraposición de un derecho fundamental amparándose erróneamente en la protección de otro de igual valor.

Finalmente, en el tercer grupo la Corte en la sentencia referida da a conocer los elementos que no constituyen causal para extraer al niño del medio familiar

- i. Cuando la familia biológica es pobre; ii. Cuando los miembros de la familia biológica no cuentan con educación básica; iii. Cuando alguno de los integrantes de la familia biológica ha mentado ante las autoridades



con el fin de recuperar al menor; iv. Cuando alguno de los padres o familiares tiene mal carácter (siempre que no haya incurrido en abuso o en alguna de las circunstancias constitutivas de violencia intrafamiliar).

Así las cosas, de acuerdo al pronunciamiento de la Corte, la decisión de apartar a un menor de su seno familiar debe ser extraordinaria. Por lo tanto, la separación del núcleo familiar solo puede hallar fundamento en el interés superior del niño y cuando se evidencie el factor de riesgo que constituye el hogar biológico. En todo caso, ante circunstancias menos gravosas debe preferirse por el trabajo con el núcleo familiar para fortalecer sus factores de generatividad y protección *“prestando especial atención a la forma en que los padres o familiares biológicos han cumplido en el pasado con los deberes inherentes a su condición a la luz de preservar el interés superior de los menores”*.

Pese a la interpretación que da la Corte, las competencias de las autoridades administrativas continúan siendo bastante amplias. En el entendido de que si bien se sustenta que debe preferirse el entorno familiar, el valor que dé la autoridad administrativa a las circunstancias determinará la afectación o no al derecho. Por lo anterior, el margen de apreciación personal y el juicio subjetivo de valores de quien ostente tal cargo, puede definir el futuro de la familia. En consecuencia, se carece de valores objetivos que marquen las competencias en el asunto de los delegados del Estado.

Para cerrar los aportes realizados por esta sentencia, es relevante observar los elementos que la providencia desarrolla del derecho en cuestión. Así las cosas, como se planteó inicialmente se marca de manera indirecta por parte de la Corte el núcleo esencial *“a no ser separado de ella”*. Por cuanto, como se explicó en el capítulo primero la familia se entiende como una forma de asociación donde prima el afecto y se desarrolla un proyecto de vida en común. En consecuencia, una vez se ha formado el núcleo familiar el deber de



omisión principal del Estado hacia los integrantes de esta, es no intervenir o modificar su conformación. En consecuencia, abstenerse de separar a los niños de su seno familiar.

Bajo la concepción de esta regla general, nacen las situaciones excepcionales que plantea la Corte, donde se justifica romper con esta premisa por la amenaza o vulneración grave de otros derechos. Pese a que en las providencias estudiadas se ha tratado principalmente la relación padres e hijos, de igual manera ha de leerse respecto a grupos de hermanos u otras formas de asociación familiar. Así las cosas, el deber de no separar a los integrantes del núcleo familiar, se amplía a las formas diversas de familia. Las cuales trascienden de la lectura tácita del artículo 42 constitucional, en tanto pese a que inicialmente la norma hable de la voluntad responsable de conformarla, la cual se presume de quienes ostentan capacidad jurídica (mayores de edad), ha de reconocerse los lazos presentes en quienes no cuentan con esta capacidad, como lo son los grupos de hermanos. En consecuencia, en caso de que esta unidad requiera protección, se velará por no afectar estos lazos.

Bajo parámetros similares, la Sentencia T-502-11 estableció que las autoridades administrativas ante el derecho fundamental a tener una familia y a no ser separado de ella, deben abstenerse de tomar medidas que de manera directa o indirecta violen la unidad familiar, bajo el pretexto de amparar otros derechos fundamentales. Se destaca que el derecho a tener una familia en su faceta prestacional demanda del Estado la implementación de políticas públicas eficaces que propendan por la preservación de la unidad familiar, con el objeto de lograr un equilibrio entre las necesidades económicas de las familia y los cuidados que requieren los menores. En conclusión, la acción estatal no puede reducirse a la implementación de medidas de protección o restablecimiento de derechos, sino que igualmente y de forma prioritaria debe encaminar su plan de gobierno hacia medidas que



faciliten a las familias cumplir con sus deberes constitucionales y legales. Se puede observar que aquí la Corte se aleja levemente del precedente anterior, recordando al Estado sus deberes prestacionales sobre este derecho, sobre la extracción del núcleo, la cual no desestima totalmente.

En la Sentencia T-044-14 se sostiene el precedente de la providencia hito y fundante, y se recuerda pese a todo lo anterior, que el derecho fundamental a tener una familia no es absoluto. Por lo tanto, pese a la protección reforzada que este ostenta ante la identificación de una circunstancia que afecte de manera gravosa el interés superior del niño o sus derechos, habilita a las autoridades competentes para el retiro del seno familiar. Manifiesta que las circunstancias que sustentan el retiro del hogar, se encuentra definidas por la ley y la jurisprudencia.

Por lo anterior, el proceso de restablecimiento de derechos a favor de los menores tiene como finalidad *“la restauración de su dignidad e integridad como sujetos y de la capacidad para hacer un ejercicio efectivo de los derechos que le han sido vulnerados”*. Se cierra la sentencia destacando que las medidas de restablecimiento son temporales, por lo tanto debe propenderse por constituir en las familias un entorno protector o de ser imposible el niño será declarado en situación de adoptabilidad.

Puede observarse que respecto al problema jurídico de la línea jurisprudencial, la Corte autoriza el retiro del menor del entorno familiar sustentado en la protección especial de sus derechos y su interés superior. Sin embargo, como se ha sostenido a lo largo de la elaboración de esta línea, los límites de las autoridades frente a este derecho se ven muy abstractos. Por lo anterior, la apreciación de que los límites se encuentran dentro del marco jurídico actual es muy blanda o dúctil, ya que todas las actuaciones del Estado y los particulares tienen que ceñirse a tales parámetros, pero al encontrarse frente a la afectación



directa de una derecho fundamental, el ordenamiento jurídico da un amplio margen de decisión a quien ostenta tal posición. Frente a la temporalidad de las medidas de protección, si bien estas se ven limitadas por los términos de la ley (6 meses para el seguimiento a la medida, prorrogables por una sola vez), dentro del ordenamiento jurídico no se ha marcado de manera clara las formas de materialización del deber de atender a las familias para que se conviertan en entornos protectores y evitar una declaratoria en situación de adoptabilidad, como medida de alta peligrosidad que rompe el vínculo legal y afectivo entre los menores y su familia.

Finalmente, como más reciente pronunciamiento se encuentra la Sentencia T-019-20 la cual ratifica el precedente hasta el momento construido. La facultad excepcional del Estado de restricción al derecho a tener una familiar y a no ser separado de ella, cuando se presentan circunstancias de afectación al interés superior del niño. En esta oportunidad la Corte decide sobre el caso de unos niños retirados de su medio familiar extenso al considerar que la abuela paterna, quien era responsable de su cuidado, no constituía un entorno protector al encontrarse en situación de mendicidad y como miembro de la tercera edad. En esta oportunidad el Tribunal Constitucional recordó que el derecho a tener una familia prevalece sobre estas condiciones, ya que estas circunstancias no son por sí mismas transgresoras de los derechos de los niños, además estima la Corte que es el Estado quien ha fallado al no atender la situación de pobreza en la que se encuentra la abuela.

Frente a la providencia más reciente, se evidencia que existen oportunidades donde las autoridades no encuentran de manera clara en el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia las limitaciones a sus facultades. Lo anterior, demuestra que los ciudadanos han debido acudir al mecanismo extraordinario de la acción de tutela para solicitar el respeto al derecho a tener una familia y a no ser separado de ella. En consecuencia, los casos que no llegan a instancias



de protección constitucional tienen un alto riesgo de enmarcarse en situaciones de vulneración al derecho que se pretende proteger.

En conclusión, el precedente jurisprudencial que ha construido la Corte Constitucional faculta a las autoridades administrativas para tomar medidas que restrinjan el derecho a tener una familia, ya que se ha manifestado que este no es un derecho absoluto y no puede protegerse por encima de actos que pongan en peligro el interés superior del niño y sus derechos fundamentales. Por lo anterior, cuando la familia de origen garantiza las condiciones apropiadas para el ejercicio de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, el Estado debe abstenerse de afectar de cualquier forma este derecho. Sin embargo, cuando existen circunstancias de vulneración como el abandono, el maltrato físico y psicológico, entre otros, ante la incompetencia de la familia de asumir en debida forma el cuidado y protección de los menores, el Estado a través del proceso de restablecimiento de derechos tomará la medida de protección que estime pertinente. ¿Cuáles, del abanico a adoptar se aplicará en los casos más graves y excepcionales, prefiriendo el fortalecimiento de la familia como entorno protector?, es el interrogante moral existencial de quienes están revestidos de esta competencia.

La Corte ha buscado limitar las competencias de estas autoridades, bajo la interpretación de la excepcionalidad de esta medida y prevalencia de fortalecimiento del núcleo familiar como entorno protector. Sin embargo, en el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia se ha dado un amplio margen de acción a los delegados del Estado, por lo tanto el juicio de valor que estos realizan puede verse afectado por factores subjetivos.

Para cerrar las intervenciones que la Corte ha realizado en la materia, se encuentra la Sentencia C-465-20 mediante la cual se estudio la constitucionalidad de la ley 1098 de 2006. En esta oportunidad un ciudadano estimó que la ley se encuentra con un vicio de



procedimiento, en tanto regula derechos fundamentales y por lo tanto debía tramitarse como ley estatutaria. Para el caso en concreto la Corte se declaró inhibida para pronunciarse en tanto estimó que la demanda no cumplía con postulados claros, ciertos, específicos, pertinentes y suficientes. Lo anterior, en tanto el demandante no expresó de manera clara los preceptos que regulaban un derecho fundamental.

En consecuencia, la Corte perdió la oportunidad de estudiar a fondo las limitaciones que para el derecho fundamental a tener una familia establece el Código de Infancia y Adolescencia. Así las cosas, se evidencia que cabría bajo el estudio que se ha realizado en el presente proyecto de investigación, abrir nuevamente el debate ante el órgano jurisdiccional para formular el problema jurídico estudiado.

2.2.Principio de proporcionalidad

Finalmente, como una propuesta desde la academia para identificar el margen de acción de las autoridades administrativas respecto al derecho objeto de estudio, se encuentra el artículo “*El juicio de ponderación para la protección de los derechos fundamentales de los niños*” de Lizcano Amézquita (2016). Mediante este artículo el autor reconoce que existen ocasiones en que diferentes derechos de los niños, niñas y adolescentes se pueden ver en coalición. Como puede ser por ejemplo el derecho a la vida, la calidad de vida y un ambiente sano y saludable, con el derecho a tener una familia y no ser separada de ella. Por lo anterior, el autor propone el uso de la herramienta de interpretación jurídica denominada “*principio de proporcionalidad*” desarrollado en las obras “*El Derecho de los Derechos*” de Bernal Pulido (2005) y “*El Principio de Ponderación*” de Bernal Pulido & Cascajo Castro (2014).

Esta herramienta jurídica consiste en aplicar a los preceptos normativos un juicio de 3 etapas, para verificar si la decisión tomada es necesaria, razonable y proporcional. La



medida a adoptar es necesaria en el sentido de que el operador jurídico no cuente con otra alternativa, así las cosas, de no tomarse esta medida que potencialmente puede afectar otro derecho fundamental, el daño sería irremediable. Se tendrá como útil, cuando la medida a adoptar cumpla con la finalidad que se busca, por lo tanto, si no cumple su cometido constituiría una vulneración injustificada al derecho fundamental. Finalmente, la medida a adoptar deberá ser proporcional en el sentido estricto, o sea el operador debe buscar afectar en lo menos posible al derecho fundamental en conflicto, se busca reducirlo de ser necesario, pero no desconocerlo (Bernal Pulido & Cascajo Castro, 2014).

Es importante considerar que en este texto el autor no pensó directamente en la afectación al derecho a tener una familia, ya que los conflictos entre derechos que estudia hacen relación también a derechos de particulares e intereses del Estado. Se hace relevante tener en cuenta que conforme el interés superior del niño planteado en el artículo 44 constitucional, los derechos de aquellos prevalecen sobre los demás. Por lo anterior, la propuesta de utilización del principio de proporcionalidad se verá limitada por esta circunstancia. Igualmente, la aplicación de esta herramienta no puede entenderse como una forma de prevalencia absoluta para el caso objeto de estudio del derecho a tener una familia y no ser separado de ella, ya que existirán ocasiones en las cuales el derecho a la vida prevalecerá ante la grave afectación que no puede ser tolerada amparada en el derecho a tener una familia.

Para el caso objeto de estudio la aplicación del principio de proporcionalidad en las decisiones adoptadas por los Comisarios o Defensores de Familia implicaría que al momento de tomar una medida de restablecimiento de derechos por la presunta amenaza o vulneración en la que se encuentra el menor, estos apliquen este juicio de ponderación. Así las cosas, las autoridades buscarían afectar en la menor medida posible el derecho a tener una familia y no



ser separado de ella, y las decisiones tendrán que ajustarse a los parámetros de ser necesaria, razonable y proporcional.

Tal lectura llevaría a lo que ha planteado la Corte sobre dar las herramientas a la familia para la transformación en un entorno protector. Por lo tanto, al momento de la ponderación de derechos, en vez de desconocer uno en prevalencia de otro, se buscará dar las herramientas a la familia de origen para garantizar este derecho y satisfacerlos de manera adecuada. Un caso que puede ejemplificar tal situación sería un menor que no se encuentra con vinculación al sistema educativo por negligencia de los padres. Así las cosas, pese a que se está afectando el derecho a la educación, la medida que tome la autoridad administrativa será proporcional. Por lo tanto, no se ajustaría un retiro del medio familiar al ser los transgresores de este derecho, se ajustaría más adecuadamente una amonestación a los padres y una concientización para que en el futuro no se presenten nuevas vulneraciones. Pero como se explicó antes, la ponderación no será viable ante una clara amenaza a la vida, que demande un retiro inmediato del hogar al menor.



CONCLUSIONES

- Los derechos humanos se dotan de contenido conforme al momento histórico de su constitución, en ellos se concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad. Su fundamentación se encuentra soportada en lo que se ha denominado mandatos de optimización, característica que demanda del Estado un desarrollo progresivo conforme al proceso normativo e histórico cultural, ordenando su realización en la mayor medida posible, lo que permite su expansión, judilización y exigibilidad. La primacía de estos principios rectores se reconoce sobre todo el ordenamiento jurídico. Lo anterior como resultado de la aparición del Estado Social de Derecho, y la transformación de este de un Estado espectador a un Estado garante. De igual manera, la interpretación de los derechos humanos deberá realizarse de forma sistemática, es decir que trascienda de la lectura simple de la disposición normativa y se considere el proceso de expansión por el cual ha atravesado el derecho en estudio, especialmente dentro de las providencias de los tribunales constitucionales.

- La familia no puede ser comprendida desde un concepto cerrado, ya que esto depende de las circunstancias propias que rodean al individuo. Una aproximación adecuada sería comprenderla como una forma de asociación en la que se realizan los valores y motivaciones de sus integrantes, quienes coinciden en su forma de ver la vida y por lo tanto se unen para construir un proyecto común, en el que prima el afecto y la solidaridad. Bajo esta interpretación ha de comprenderse la diversidad de formas de organización familiar. Tales como monoparental (padre o madre e hijos), ampliada (conviven más de 2 generaciones), reconstruida (conformada por dos adultos donde al menos uno tiene un hijo o hija de una relación anterior), homoparental (conformadas por parejas del mismo sexo), entre otras.



- El derecho a tener una familia y a no ser separado de ella se desarrolla dentro del ordenamiento jurídico colombiano, principalmente en los artículos 42 y 44 constitucionales. Bajo la interpretación de la Corte Constitucional ha sido entendido como la garantía de que los niños, niñas y adolescentes no pueden ser separados de su familia a no ser que existan circunstancias excepcionales, las cuales deben estar expresamente previstas en la ley y que pongan en riesgo los derechos del niño o niña. Lo anterior en conexidad con el interés superior del niño y el deber de protección del Estado. Así mismo, se ha reconocido que este derecho demanda del Estado obligaciones de tipo prestacional, que doten de herramientas a las familias para convertirse en entornos protectores de derechos con la creación de políticas públicas y programas de prevención de vulneración o amenaza de derechos.

- El modelo del Estado Social de Derecho se nutre de las características de modelos anteriores. Adoptando el principio de legalidad del Estado Liberal y el reconocimiento de deberes prestaciones por parte del Estado de Bienestar. Su marca principal se encuentra en la sujeción de todo el ordenamiento jurídico, las autoridades y los particulares a los principios constitucionales y derechos fundamentales. En consecuencia, los deberes del Estado frente al derecho a tener una familia y a no ser separado de ella, pueden clasificarse en los de tipo negativo y positivo. El primer grupo, hace referencia a los deberes de omisión, por lo tanto, el Estado en términos generales no ha de restringir de alguna manera la asociación familiar o intervenir en sus dinámicas. El segundo grupo hace referencia a los deberes de acción, en consecuencia, el Estado tiene el deber de brindar a las familias y sus integrantes los espacios propicios para la realización de sus derechos y los dotará de herramientas para ser garantes de estos. Igualmente, en este último grupo, se ubica la obligación de protección del derecho ligado al interés superior del niño, por lo tanto, ante una vulneración o amenaza el Estado



deberá intervenir en pro del bienestar del niño o la familia, lo que lo faculta para la toma de medidas de restablecimiento de derechos.

- El proceso administrativo de restablecimiento de derechos nace de las obligaciones de acción del Estado Social de Derecho frente al interés superior del niño. Así las cosas, se creó un mecanismo jurídico expedito y preferente que permita en caso de vulneración o amenaza el efectivo restablecimiento de sus derechos. Esta función fue delegada a autoridades administrativas dotadas de facultades para la toma de medidas que pueden ir desde la amonestación hasta el retiro del menor del seno familiar. Las decisiones de estas autoridades deberán ceñirse a lo establecido en el ordenamiento jurídico y la interpretación dada por la Corte Constitucional bajo la cual el Estado solo se encuentra facultado para restringir el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella, ante la vulneración grave de derechos, así mismo ha de preferirse el fortalecimiento de la familia de origen como entorno protector sobre la extracción del menor.

- La adopción como medida de restablecimiento de derechos pretende garantizar a los niños, niñas y adolescentes el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella. Lo anterior, ante la incompetencia o ausencia de la familia del origen, para así brindarles un entorno garante y protector de sus derechos. Sin embargo, la adopción es a su vez la medida de restablecimiento de derechos más radical y potencialmente gravosa al derecho que pretende proteger. Ya que una vez el menor sea declarado en situación de adoptabilidad, los progenitores perderán la patria potestad y se rompe cualquier vínculo legal o afectivo del niño hacia sus familiares biológicos. En consecuencia, esta debe ser tomada solo en casos excepcionales y ante la imposibilidad de fortalecimiento de la familia consanguínea como garante de derechos.



- La jurisprudencia de la Corte Constitucional respalda las disposiciones que autorizan el retiro del menor del seno del hogar sustentado en la protección especial de sus derechos y su interés superior. Sin embargo, los límites de las autoridades frente a este derecho se ven muy abstractos. La Corte ha buscado restringir las competencias de estas autoridades, bajo la interpretación de la excepcionalidad de esta medida y prevalencia de fortalecimiento del núcleo familiar como entorno protector. Sin embargo, en el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia se ha dado un amplio margen de acción a los delegados del Estado, por lo tanto, el juicio de valor que estos realizan puede verse afectado por factores subjetivos. La situación de amplia discrecionalidad que ha avocado a los individuos que se han sentido afectados en sus derechos, a acudir a mecanismos excepcionales de protección como la acción de tutela.



BIBLIOGRAFIA

- Abal, J., & Barraoetaveña, M. (1996). *Introducción a la ciencia política*. EUDEBA.
- Aguilera, C. (2005). *La teoría bolchevique del Estado socialista*. Tecnos.
- Ahumada, M. (2000). *La jurisdicción constitucional en Europa I . La expansión del control de constitucionalidad y la reorientación de su función*. 23(1988).
- Alexy, R. (1985). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Siglo del Hombre.
- Aquino, T. de. (2006). *Summa theologica* (J. Martorell Capó, Ed. 1; Vol. V). BAC.
- Aragón Reyes, M. (2001). *Temas básicos de Derecho Constitucional*. Civitas.
- Austin, J. (1968). *The Province of Jurisprudence Determined and the uses of the study of Jurisprudence* (Tercera Edición).
- Barroso, L. R. (2014). LA DIGNIDAD HUMANA EN EL DERECHO CONTEMPORÁNEO. In *La dignidad de la persona humana en el derecho constitucional contemporáneo: La construcción de un concepto jurídico a la luz de la jurisprudencia mundial*. Universidad del Externado.
<http://www.jstor.org/stable/j.ctv13vddq3.4>
- Battaglia, F. (1966). *Estudios de la Teoría del Estado* (E. Díaz & P. de Vega, Eds.). Real Colegio de España.
- Bentham, J. (1987). *Anarchial Fallacies*. The Johns Hopkins University Press.
- Bernal Pulido, C. L. (2005). *El derecho de los derechos [e-book] : escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*.
<http://basesbiblioteca.uexternado.edu.co/login?url=http://ebooks.uexternado.edu.co/epubreader/el-derecho-de-los-derechos-escritos-sobre-la-aplicacin>
- Bernal Pulido, C. L., & Cascajo Castro, J. L. (2014). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales : el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador / Carlos Libardo Bernal Pulido ; prólogo de José Luis C* (4a edición). Universidad Externado de Colombia.
<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=cab05988a&AN=uec.227186&site=eds-live>
- Bowlby, J. (2009). El niño abandonado: guía para el tratamiento de los trastornos del apego. *Organización Mundial de La Salud*.
- Burke, E. (1984). *Reflections on the revolution in France*. Penguin Books.



- Carbonell, J., Carbonell, M., & Gonzalez Martín, N. (2012). Las Familias en el siglo XXI: Una mirada desde el Derecho. *Universidad Autónoma Del Estado de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie: Estudios Jurídicos, Núm. 205.*
- Carmona Luque, M. del R. (2012). *La convencion sobre los derechos del nino: instrumento de progresividad en el derecho internacional de los derechos humanos.* Dykinson. <https://elibro.net/es/lc/javerianacali/titulos/42407>
- Chevallier, J. (2011). *El Estado Posmoderno.* Universidad Externado de Colombia.
- Cleves, G. A. R. (2015). LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES EN COLOMBIA: TENSIÓN ENTRE DEMOCRACIA DE MAYORÍAS Y DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL. *Universidad Externado de Colombia.*
- Combellas, R. (1990). *Estado de derecho. Crisis y renovación.* Editorial Jurídica Venezolana.
- Código de la Infancia y la Adolescencia,* (2006) Congreso de La República de Colombia.
http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1098_2006.html
- Correa Henao, M. (2008). *Libertad de empresa en el estado social de derecho.* UNIVERSIDAD DEL EXTERNADO.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-446-92 de 1992. M. P. Fabio Morón Díaz.* <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-446-92.htm>
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-278 de 1994. M.P. Hernando Herrera Vergara.* <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-278-94.htm>
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-029 de 1994. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.* <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-029-94.htm>
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-408 de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muños.* <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/t-408-95.htm>
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-215 de 1996. M.P. Fabio Morón Díaz.* <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-215-96.htm>
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-713-98 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.* <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/c-713-98.htm>



- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-587 de 1998.* M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-587-98.htm>
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-153 de 2000.* M.P. José Gregorio Hernández Galindo. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/T-153-00.htm>
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-814 de 2001.* M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-814-01.htm>
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-157 de 2002.* M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-157-02.htm>
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-510 de 2003.* M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/t-510-03.htm>
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-572 de 2009.* M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/t-572-09.htm>
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-502 de 2011.* M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-502-11.htm>
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-044 de 2014.* M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/T-044-14.htm>
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia de Unificación 696 de 2015.* M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/SU696-15.htm>
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-292 de 2016.* M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-292-16.htm>
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-741 de 2017.* M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/T-741-17.htm>
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-465 de 2020.* M.P. Alberto Rojas Ríos. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/C-465-20.htm>
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-019 de 2020.* M.P. Alberto Rojas Ríos. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/T-019-20.htm>
- Daza Rojas, J. M. (2019). Percepciones doctrinales y algunas jurisprudenciales sobre el concepto de familia. *Razón Crítica*, 6, 201–235. <https://doi.org/10.21789/25007807.1453>



- De Bartolomé, J., Colomer, J., & Rodríguez, L. (2001). *Estado moderno y constitucionalidad*. Laberinto.
- De Pina Vara, R. (2005). *Diccionario de Derecho*.
- Duran Strauch, E. (2003). CONSTRUCCIÓN SOCIOHISTORICA DE LA INFANCIA MODERNA. *Observatorio Sonre La Infancia Universidad Nacional de Colombia*, 1–16.
- Enciclopedia jurídica. (n.d.). *Fundamento jurídico*. Retrieved November 13, 2021, from <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/fundamento-jur%C3%ADdico/fundamento-jur%C3%ADdico.htm>
- Esborraz, D. F. (2015). El concepto constitucional de familia en América Latina. Tendencias y proyecciones. *Revista de Derecho Privado*, 29, 15–55. <https://doi.org/10.18601/01234366.n29.02>
- García Jaramillo, L. (2015). *Análisis de 'Teoría de los derechos fundamentales', de Robert Alexy | Ámbito Jurídico*. <https://www.ambitojuridico.com/noticias/administrativo-y-contratacion/analisis-de-teoria-de-los-derechos-fundamentales-de-robert>
- Gómez Bengoechea, B., Berástegui Pedro-Viejo, A., & Adroher Biosca, S. (2015). *Se busca familia para un niño : perspectivas psico-jurídicas sobre la adoptabilidad*. 202.
- Gómez Isaza, M. C. (2006). La Historia del Estado Social de Derecho. *De La Serie Sombras: Sombrilla Para Augas Néctor Mejía*, 74–99.
- Guggenheim, M. (2006). Parental Rights in Child Welfare Cases in New York City Family Courts. *Columbia Journal of Law and Social Problems*, 40.
- Häberle, P. (2018). *El Estado Constitucional*. Editorial Astrea.
- Hart, H. (1955). *Are There any Natural Rigts? JSTOR*
- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. (2015). *Concepto 110 de 2015 - Oficina Asesora Jurídica ICBF*. https://icbf.gov.co/cargues/avance/docs/concepto_icbf_0000110_2015.htm
- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. (2021). *Informe de Gestión ICBF 2020*.
- Jellinek, G. (1919). *System der subjektiven öffentlichen Rechte*. Elibron Classics
- Krebs, R. (1992). *La monarquía absoluta en Europa. El desarrollo del Estado moderno en los siglos XVI, XVII y XVIII*. Universitaria.



- Kruger, J. M. (2006). State intervention and child protection measures in Scotland-lessons for South State intervention and child protection measures in Scotland-lessons for. In *Source: The Comparative and International Law Journal of Southern Africa* (Vol. 39, Issue 3).
- Declaración de Ginebra de los Derechos del Niño*, (1924) (testimony of la Sociedad de Naciones). <https://geneallity.com/declaracion-de-ginebra-declaracion-de-los-derechos-del-nino-espanol-transcripcion-integra-del-texto/>
- Lathrop Gómez, F. (2014). LA PROTECCIÓN ESPECIAL DE DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN EL DERECHO CHILENO. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 22, 197–229. <https://doi.org/10.4067/s0718-80722014000100005>
- León Bastos, C., & Gómez Orfanel, G. (2010). *La interpretación de los derechos fundamentales según los tratados internacionales sobre derechos humanos (un estudio de la jurisprudencia en España y Costa Rica)*. Tecnológico de Monterey.
- Lizcano Amézquita, P. L. (2016). El juicio de ponderación para la protección de los derechos fundamentales de los niños. In *Derecho y Realidad* (Vol. 2, Issue 24, pp. 330–357). <https://doi.org/10.19053/16923936.v2.n24.2014.4523>
- Locke, J. (1689). *Two Treatises of Government*. (Rod Hay, Ed. 1; Vol. V). McMaster University Archive of History of Economic Thought. <https://www.yorku.ca/comninel/courses/3025pdf/Locke.pdf>
- López Medina, D. E. (2006). *EL DERECHO DE LOS JUECES*. Legis.
- Lozano Vicente, A. (2016). Los derechos del niño: cuestiones sobre su fundamentación. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 14(1), 1. <https://doi.org/10.11600/1692715x.1413290515>
- Mercer, J. (2006). The Many Stages of Attachment. *Scholastic Parent and Child*, 50.
- Motta, C., & Sáez, M. (2008). *La mirada de los jueces: Género en la jurisprudencia latinoamericana*. RED ALAS.
- Nino, C. (2005). *Introducción al Análisis del Derecho* (Editorial Astrea). https://issuu.com/ultimosensalir/docs/introduccion_al_analisis_del_derecho_-_carlos_sant
- Nogueira A., H. (2017). La protección convencional de los Derechos de los Niños y los estándares de la Corte IDH sobre medidas especiales de protección por parte de los Estados Partes respecto de los niños, como fundamento para asegurar



constitucionalmente los Derechos de los Ni. *Ius et Praxis*, 23(2), 415–462.
<https://doi.org/10.4067/s0718-00122017000200415>

O`neill, O. (2014). The Dark Side of Human Rights. *Kentucky English Bulletin*, 64(1), 72.
<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=eue&AN=100277547&site=ehost-live>

Oliva Gómez, E., & Judith Villa Guardiola, V. (2014). Hacia un concepto interdisciplinario de la familia en la globalización Towards an interdisciplinary concept of family in Globalization. In *Pág* (Vol. 10).

Olivia Gómez, E. (2013). *El Divorcio incausado en México*. Moreno Editores.

Convención sobre los Derechos del Niño, (1989) (testimony of Organización de las Naciones Unidas). www.unicef.es

Paine, T. (1789). *Los derechos del hombre* (J. A. Fernández de Castro & F. Muñoz Molina, Eds.).

Paoli, F. (2009). *Teoría del Estado*. Trillas.

Parejo Alfonso, L. (2000). *EL ESTADO SOCIAL ADMINISTRATIVO: ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA «CRISIS» DE LAS PRESTACIONES Y LOS SERVICIOS PÚBLICOS*.

Peces - Barba, G. (1999). *Curso de Derechos Fundamentales*. Universidad Carlos III de Madrid.

Peces-Barba Martínez, G., Fernández García, Eusebio., & Asís Roig, R. de. (2001). *Historia de los derechos fundamentales. Tomo II, Siglo XVIII. Volumen III, El Derecho positivo de los derechos humanos, Derechos humanos y comunidad internacional : los orígenes del sistema*.

Pérez Luño, A. E. (2003). *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. Editorial Tecnos.

Pinochet Olave, R., & Ravetllat Ballesté, I. (2015). El principio de mínima intervención del Estado en los asuntos familiares en los sistemas normativos chileno y español. *Revista de Derecho (Valparaíso)*, 44, 69–96.
<https://doi.org/10.4067/s0718-68512015000100002>

Prélot, M. (1980). *Historia de las ideas políticas*. Dalloz.

Ramos, A. (1999). *Comprender el Estado. Introducción a la politología*. Universidad de los Andes. Centro de Investigaciones de Política Comparada.



- Regonini, G. (2002). Estado de bienestar. In *Diccionario de Política*. Siglo XXI.
- República de Colombia. (1991). *CONSTITUCIÓN POLÍTICA*.
<http://www.secretariassenado.gov.co/index.php/constitucion-politica>
- Rincón Castillo, L. É. (2015). *Concepciones ideológicas sobre el Estado: Del Estado absolutista al Estado social democrático de derecho y de justicia*.
- Robledo Guzmán, M. T. (2015). Derechos Fundamentales a Debate/Comisión Estatal de Derechos Humanos Jalisco Los derechos humanos y su interpretación, un acercamiento. *Comisión Estatal de Derechos Humanos de Jalisco*, 25–39.
- Rodríguez Palop, M. E. (2010). *La nueva generación de derechos humanos : origen y justificación*. Universidad Carlos III de Madrid, Instituto Universitario de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas.”
- Sánchez Ferriz, Remedio. (2009). *El Estado Constitucional*. Tirant lo Blanch.
- Sierra Sorockinas, D., & Gómez Cabana, M. C. (2011). *IDEAS BÁSICAS DEL CONCEPTO: DERECHOS SUBJETIVOS, DERECHOS FUNDAMENTALES Y DERECHOS SOCIALES*.
- Sola-Morales, S., & Garrido, N. A. C. (2019). Discourse of the Chilean state the protection of children and young people’s rights. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 17(1), 105–124.
<https://doi.org/10.11600/1692715x.17106>
- Truyol y Serra, A. (1968). *Los Derechos Humanos*. Tecnos.
- Vallés, J. (2000). *Ciencia Política. Una introducción*. Ariel.
- Váquer Caballería, M. (2004). La acción social (Un estudio sobre la actualidad del Estado social de Derecho). *Revista Española de Derecho Constitucional*, 415–418. <https://about.jstor.org/terms>
- Vargas Prentt, M. (2006). Breve Estudio de la Nueva Ley de la Infancia y la Adolescencia. *Justicia*, 11(11).
<http://revistas.unisimon.edu.co/index.php/justicia/article/view/548>