

Bogotá D.C., agosto 28 de 2018

Señores

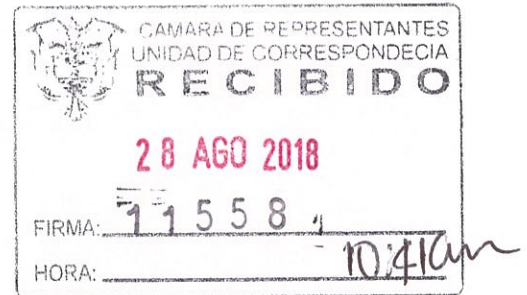
**Comisión Primera de la Cámara de Representantes**

Honorable Representante

SAMUEL ALEJANDRO HOYOS MEJÍA

Presidente

E. S. D.



Referencia: Intervención de la Universidad Externado de Colombia en el Proyecto de Ley No. 213/18 Cámara y 050/17 Senado "Por medio de cual se modifica el artículo 116, el numeral 2 del artículo 140, se deroga el artículo 117 del Código Civil y se dictan otras disposiciones.

Juan Camilo Caicedo Chaparro y Mario Andrés Ospina Ramírez, docentes investigadores del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia, identificados como aparece al pie de nuestra firma, presentamos esta intervención dentro del proceso de la referencia, al cual fue invitada a intervenir la Universidad como Institución de Educación Superior mediante oficio No. C.P.C.P.3.1. 46-18 del 21 de agosto de 2018.

El objetivo del proyecto de ley en cuestión, es derogar y reformar algunos artículos del Código Civil con el objetivo de prohibir que las personas menores de 18 años puedan contraer legalmente el vínculo de matrimonio. Además de esto, se propone la creación de una política pública encaminada a concientizar a los menores de edad acerca de los efectos del matrimonio o uniones maritales de hecho a tan corta edad.

Dentro de la exposición de motivos del proyecto de ley, se destacan al menos 4 argumentos. El primero de ellos gira en torno a la capacidad relativa de los menores adultos para contraer obligaciones. El segundo, es la supuesta tendencia de los padres de bajos recursos a casar rápidamente a sus hijas para alivianar sus cargas económicas y protegerlas de posibles agresiones sexuales. El tercero, es que las niñas que contraen matrimonio a edades tempranas tiene más posibilidades de quedar en embarazo y de contraer enfermedades de transmisión sexual. Por último,

se dice que las mujeres que se casan antes de los 18 años tienen más posibilidad de sufrir agresiones sexuales por parte de sus maridos.

Partiendo de dichos postulados, y basándonos en criterios eminentemente constitucionales, consideramos que la prohibición contemplada en el proyecto de ley tiende a ser impertinente y regresiva frente a la Constitución Política por los siguientes motivos:

1. Porque las razones que se aducen en la exposición de motivos para esgrimir la necesidad de la prohibición del matrimonio de menores, escapan del ámbito de la comprobación. Las opiniones o juicios de valor por sí mismos no alcanzan a tener el carácter de argumento. En ese sentido, para poder demostrar una proposición se requiere que la misma esté basada en hipótesis que puedan ser contrastables. En ese orden de ideas, la moralidad crítica tiene vocación de convertirse en moralidad legal cuando posee un fundamento que permita la deliberación. La legitimidad democrática de toda medida que interfiere en la conducta de los particulares, derivaría entonces, parafraseando a Max Weber, de la solidez de los argumentos, tanto desde el punto de vista ético como racional. Bajo este entendido, no hay una relación de causalidad -o al menos no es algo que pueda evidenciarse con carácter general- entre el matrimonio y los presuntos efectos que el documento quiere atribuirle.

2. Porque desde el punto de vista sociológico, está comprobado que la prohibición no es el medio adecuado ni proporcional para reprimir una conducta que se considere indeseable, cuando los posibles efectos adversos recaen solamente sobre la persona cuya conducta se reprime. Si lo que se pretende es crear conciencia en los jóvenes sobre las consecuencias de las propias acciones, lo que se debe hacer -precisamente para evitar que las medidas que se adopten contrasten con la realidad social-, es todo lo contrario, a saber: se recomienda promover un modelo de formación que esté basado en la enseñanza de los derechos y deberes ciudadanos, y al mismo tiempo que garantice que la toma de decisiones sea efectivamente un ejercicio de voluntad. En gracia de discusión, si se aceptara que la medida de prohibición efectivamente es la más adecuada, como mínimo tendría que abordarse la siguiente inquietud: ¿la unión marital entre adolescentes también quedaría de hecho prohibida?

3. Porque el proyecto de ley parte de dos premisas que desde el punto de vista ontológico no tienen la virtud de constituirse en regla general. En primer lugar, no está comprobado que cuando se trata de adolescentes todas las políticas coactivas de protección (o medidas paternalistas) resultan justificadas. En la medida que la

persona deja de ser vista como un objeto de decisión y pasa a ser considerada como sujeto de derechos, tal como ha ocurrido con este grupo poblacional, por obvias razones la consideración en torno al "interés superior", también debe reevaluarse para adaptarse a la nueva realidad social y normativa (así lo reconoció la Convención del Niño desde hace tres décadas). Así pues, si desde una perspectiva clásica las medidas de protección estaban orientadas a proteger a las personas (niños y niñas, mujeres, personas con discapacidad, adultos mayores, etc.), en virtud de su presunta "incapacidad", "inferioridad" e incluso "peligrosidad", ya en el marco de un modelo que sea respetuoso de la dignidad humana, dichas medidas deben estar orientadas a proteger derechos, especialmente ante escenarios de desventaja, lo cual incluye, indefectiblemente, el reconocimiento de la autonomía individual.

En segundo lugar, porque tampoco está comprobado que la edad de la persona, por sí misma, se constituye en una medida de capacidad para tomar "decisiones correctas". El hecho de que los jóvenes no estén habilitados para votar, es una cuestión que quizá pueda ceñirse al discurso actual de la capacidad jurídica (moralidad legal), pero no necesariamente al de la posibilidad. Si se parte de la idea de que el ejercicio del voto es un acto de racionalidad y se vincula, por ejemplo, a factores tales como al acceso a la educación o la información, podría concluirse que quizá un número significativo de personas que actualmente están legalmente inhabilitadas para votar, en consideración a la edad, posiblemente, desde el punto de vista fáctico, estén en condiciones de hacerlo. Ahora, siguiendo con el mismo criterio de racionalidad también podría llegar a considerarse que personas legalmente habilitadas para votar quizá no estén en condiciones de hacerlo. Más allá de que el criterio de "racionalidad" sea reduccionista e indeterminado, lo cierto es que dicho estado de cosas como mínimo plantea una inquietud adicional: ¿cuál sería el criterio para justificar un trato desigual o diferenciado entre jóvenes de 14 y 18 años?

Reconociendo la importancia de hacer una diferenciación entre niños, niñas y adolescentes a efectos de crear instrumentos adecuados para la protección de los derechos, resulta pertinente partir de la siguiente regla: tratándose de adolescentes las medidas paternalistas o de protección coactiva deben tener carácter excepcional. Ahora bien, cuando se considere que un momento determinado la medida de protección efectivamente resulte necesaria, adecuada y proporcional, en todo caso, dicha medida debe estar orientada a preservar las condiciones actuales para que a futuro la persona pueda decidir, de manera libre y en condiciones de igualdad con los demás (consentimiento orientado a futuro)

4. Porque va en contra de la jurisprudencia más reciente de la Corte Constitucional colombiana en materia de capacidad jurídica de los adolescentes. En ese sentido, es menester aclarar que en el último año el máximo tribunal de lo constitucional se ha pronunciado al menos en tres ocasiones frente al tema de los derechos de los menores adultos.

En la sentencia T-498 de 2017, se analizó un caso en el que un joven de 17 años de edad se sometió a una cirugía de reasignación de sexo. Teniendo en cuenta su nueva identidad, empezó a realizar los trámites para el cambio de nombre, los cuales a la postre no llegaron a buen término puesto que el decreto 1227 de 2015, que es el que regula la materia, solo les asigna esta prerrogativa a los mayores de edad. En esas circunstancias, la Corte Constitucional inaplicó dicha norma esgrimiendo, entre otros, dos argumentos que son relevantes frente al caso que nos atañe en este escrito. En primer lugar, manifestó la importancia del criterio de los padres en el caso de la toma de decisiones de los hijos menores. Lo anterior, es bastante disiente frente a las normas actuales del matrimonio de menores, las cuales exigen como requisito de validez el consentimiento expreso de ambos padres. En segundo lugar, la Corte adujo que “la manifestación de voluntad de una persona cercana a cumplir los dieciocho años es más importante y debe ser atendida con mayor cuidado, que aquella de un pre-púber o un infante. En efecto, según la jurisprudencia constitucional hay “una relación de proporcionalidad inversa entre la capacidad de autodeterminación del menor y la legitimidad de las medidas de intervención sobre las decisiones que éste adopte. Así, a mayores capacidades intelecto-volitivas, menor será la legitimidad de las medidas de intervención sobre las decisiones adoptadas con base en aquéllas”<sup>1</sup>.

De igual manera, en la sentencia C-246 de 2017 se analizó una disposición instaurada por la ley 1799 de 2016 en la cual se prohibía, sin excepción alguna, la realización de cirugías estéticas en menores de 18 años. La disposición, fue declarada exequible en el entendido que “la prohibición allí prevista no se aplica a los adolescentes mayores de 14 años que tengan la capacidad evolutiva, para participar con quienes tienen la patria potestad en la decisión acerca de los riesgos que se asumen con este tipo de procedimientos y en cumplimiento del consentimiento informado y cualificado”<sup>2</sup>.

El argumento central de la Corte para llegar a esa conclusión partió de los siguientes postulados<sup>3</sup>:

---

<sup>1</sup> Corte Constitucional, sentencia T-498/17

<sup>2</sup> Corte Constitucional, sentencia C-246 de 2017.

<sup>3</sup> Ibid.

*La edad de 14 años es el momento que, en general, se ha establecido que los menores de edad pueden tener la madurez para comenzar a asumir obligaciones y responsabilidades en la sociedad, como, por ejemplo, el matrimonio. Así, supone un mínimo razonable que cumple con la obligación del Estado de proteger a los niños y niñas de los posibles daños para la salud y de determinaciones que podrían comprometer su autonomía futura, sin desconocer que a partir de dicha edad hay otros derechos que también deben ser garantizados. A su vez, la prohibición entre las edades mencionadas desconoce el derecho de los padres de ejercer el consentimiento sustituto en el marco de la responsabilidad parental, lo cual está en contravía del derecho a la intimidad en el ámbito de la familia.*

*Así pues, aun cuando la medida persigue fines constitucionalmente imperiosos como la protección de la salud de los niños, niñas y adolescentes, la intervención del Estado en las decisiones sobre el cuerpo de menores de edad, especialmente de las mujeres entre los 14 y 18 años, que además impide a los padres ejercer su responsabilidad parental, es una medida paternalista de género desproporcionada en relación con el sacrificio de los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la intimidad.*

*Por ende, la norma acusada tiene problemas de inconstitucionalidad al establecer una prohibición que no respeta las capacidades evolutivas de los adolescentes a partir de los 14 años en la adopción de decisiones acerca de su cuerpo que involucran intervenciones en la salud y en su identidad personal. No obstante, el efecto de una inexequibilidad sería permitir la preeminencia del consentimiento sustituto de los padres en relación con un asunto de identidad, lo cual también desconocería el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores de edad en cuestiones determinantes para su autodefinición y omitiría la protección de su autonomía futura. Luego, la posibilidad de realizar este tipo de procedimientos sólo puede proceder a partir de los 14 años y cuando las capacidades evolutivas de los adolescentes efectivamente les permitan autodefinirse y generar una opinión reflexiva sobre la decisión y sus riesgos.*

Tal y como puede observarse en la anterior cita, una vez más la Corte Constitucional protegió el derecho de los menores adultos a tomar ciertas decisiones que son de trascendencia para su vida. Si bien el Estado se encuentra en la obligación de proteger a los menores, esta no debe conducir a medidas paternalistas que terminen por cercenar sus derechos fundamentales relacionados con su autodeterminación y desarrollo personal. De igual manera, la Corte pone especial énfasis en que la prohibición de realización de cirugías estéticas en menores entre 14 y 18 años, también cercenaría el derecho de los padres a emitir su consentimiento sustituto, el cual es un derecho destinado a proteger las relaciones familiares.

La tercera decisión de la Corte que resulta pertinente para el tema que nos convoca es la T-544 de 2017, a través de la cual se protegió el derecho a decidir en materia de la muerte digna de niños, niñas y adolescentes. En dicha providencia se analiza un caso en el que los padres de un menor de 13 años en estado terminal hacen uso de su consentimiento sustitutivo para pedir que se le practique la eutanasia a su hijo. Si bien en dicho caso la Corte no se refiere directamente a los derechos de los menores en cuanto a su capacidad evolutiva, sí menciona que el Estado está en mora de regular dicho derecho para los menores de 18 años que deseen practicarse la eutanasia. Por esos motivos, emitió sendas ordenes al Congreso de la República y al Ministerio de Salud para que en un lapso de tiempo formularan las normas pertinentes.

Finalmente, el Ministerio de Salud en cumplimiento del mencionado fallo expidió el decreto 825 de 2018. Dicha norma, que regula el derecho de los niños, niñas y adolescentes a morir dignamente, hizo una distinción entre los menores entre edades de 6 y 14 años y 14 y 17 años. Para los primeros, dispuso que el consentimiento concurrente de quien ejerciera su patria potestad era obligatorio de cara a la autorización del procedimiento. Para los segundos, mencionó que si bien es obligatorio informar a quien ejerza la patria potestad, no es necesario que estos emitan su consentimiento de cara a adelantar el procedimiento.

En tales circunstancias es claro que la Corte Constitucional en su jurisprudencia más reciente y en las normas que se han desprendido de esta, ha reconocido que las personas mayores de 14 años tienen una capacidad volitiva suficiente para ser considerados como sujetos susceptibles de asumir decisiones de esencial importancia frente a su vida. Aunque la ley sigue considerando que la capacidad de dichos sujetos no es plena sino relativa, es importante matizar esto por cuanto a medida que los individuos se acercan a los 18 años, se les debe ir reconociendo mayor autonomía y por ende mayor capacidad para contraer obligaciones y ejercer plenamente sus derechos. Reconociendo dicha situación, la Corte ha reconocido la

institución del consentimiento sustituto de los padres, la cual intenta que aquellos tengan un rol activo en las decisiones de sus hijos.

En ese escenario, una prohibición como la que contempla el proyecto de ley no parecería estar conforme a la jurisprudencia de la Corte, ya que estaría desconociendo la capacidad evolutiva de los adolescentes entre 14 y 18 años. En ese escenario, se estarían violando los derechos fundamentales de los adolescentes al libre desarrollo de la personalidad; y también los derechos fundamentales de los padres a emitir el consentimiento sustitutivo.

Cordialmente,



JUAN CAMILO CAICEDO CHAPARRO

Cedula de Ciudadanía: 1.113.665.605 de Palmira, Valle del Cauca



MARIO ANDRÉS OSPINA RAMÍREZ

Cedula de Ciudadanía: 93.411.656 de Bogotá