

Sentencia C-507/04

DESARROLLO EVOLUTIVO HUMANO-Categorías/CONCEPTO EN NORMA LEGAL-Definición/CAPACIDAD DEL EJERCICIO DE LOS DERECHOS POR LAS PERSONAS-Marco conceptual para definición de reglas

MENOR DE EDAD-Categorías

IMPUBER-Definición/MENOR ADULTO-Categoría

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Norma demandada no contiene regla jurídica acusada/ACCION PUBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Argumento debe ser pertinente

El alegato no es susceptible de ser analizado en sede de constitucionalidad, pues la norma que formalmente se demandó no contiene la regla jurídica acusada. Para que un argumento sea pertinente para fundar una acción pública de inconstitucionalidad, se requiere que la regla jurídica que se acusa de violar la Carta Política se encuentre contemplada por las disposiciones legales que hayan sido demandadas.

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Deber de demandar otras disposiciones que abordan el tema

INHIBICION DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Cargos no pertinentes

MATRIMONIO DE MENORES DE EDAD-Evolución normativa de la edad mínima para contraerlo

INSTITUCION DEL MATRIMONIO-Fundamento/LIBERTAD PARA CONTRAER MATRIMONIO-Regla acusada establece un límite de acuerdo con el sexo

PUBERTAD DE LAS PERSONAS-Origen histórico de la forma de establecerla

CAPACIDAD PARA CONTRAER MATRIMONIO-Desarrollo legislativo de las reglas jurídicas

REGLA JURIDICA-Origen histórico/CAPACIDAD PARA CONTRAER MATRIMONIO-Origen histórico de regla/MATRIMONIO DE MENORES DE EDAD-Finalidad de la diferencia de edad no es proteger a la mujer al obedecer a fines distintos

Vistos el origen histórico de la regla, el desarrollo legislativo de las normas sobre capacidad para contraer matrimonio y consideraciones doctrinarias al respecto, concluye la Corte que el numeral 2° del artículo 140 del Código Civil consagra una norma, proveniente del derecho romano, cuyo contenido (1) es diferencial respecto de hombres y mujeres; (2) establece una menor edad para la mujer, fijada de manera general atendiendo únicamente a la pubertad; (3) la diferencia no tiene como finalidad proteger a la mujer ni promover su libertad. Además, (4) la norma establece una causal de nulidad del matrimonio para los menores de las edades señaladas, lo cual significa que los mayores de dichas edades no están amparados por esta norma sino que se rigen por el artículo 117 del Código Civil ya juzgado por la Corte y otras normas sobre quién puede solicitar la nulidad, en qué momento y en qué condiciones.

DERECHO A LA PROTECCION DEL MENOR DE EDAD-Garantía constitucional para el desarrollo libre, armónico e integral

MENOR DE EDAD-Protección constitucional

DERECHOS DEL NIÑO Y LA NIÑA-Fundamento de la protección reforzada

La jurisprudencia constitucional ha indicado que la protección reforzada de los derechos de los niños y de las niñas encuentra sustento en varias razones, entre las cuales se resaltan tres. La primera es que la situación de fragilidad en que están los menores frente al mundo, en mayor o menor grado dependiendo de su desarrollo personal, impone al Estado cargas superiores en la defensa de sus derechos frente a lo que debe hacer para defender los de otros grupos que no se encuentran en tal situación. La segunda es que es una manera de promover una sociedad democrática, cuyos miembros conozcan y compartan los principios de la libertad, la igualdad, la tolerancia y la solidaridad. La tercera razón tiene que ver con la situación de los menores en los procesos democráticos. La protección especial otorgada por el constituyente a los menores es una forma corregir el déficit de representación política que soportan los niños y las niñas en nuestro sistema político, al no poder participar directamente en el debate parlamentario.

DERECHOS FUNDAMENTALES DEL NIÑO-Protección

DERECHO DEL NIÑO A SER ASISTIDO Y PROTEGIDO-Responsables de esta obligación

DERECHOS DEL NIÑO-Reconocimiento que hace la Constitución no es taxativo

El reconocimiento de los derechos de los niños que hace la Constitución no es taxativo (art. 44). Expresamente se advierte que los niños gozarán también “de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.” (art. 44, CP). De esta forma el constituyente de 1991 decidió hacer expresa, para el caso de los menores, la regla general según la cual “[l]a enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.” (art. 94, CP)

DERECHOS DEL NIÑO-Finalidad de las medidas de asistencia y protección/DESARROLLO ARMÓNICO E INTEGRAL DEL NIÑO-Alcance/NIÑO-Ejercicio pleno de sus derechos

No es aceptable que se le imponga a los menores cualquier tipo de medida de “asistencia” o de “protección”. La propia Carta establece la finalidad que con ellas se debe buscar, a saber, garantizar a los niños (i) su desarrollo armónico e integral y (ii) el ejercicio pleno de sus derechos.” El desarrollo de un menor es integral cuando se da en las diversas dimensiones de la persona (intelectual, afectiva, deportiva, social, cultural). El desarrollo de un menor es armónico cuando no se privilegia desproporcionadamente alguno de los diferentes aspectos de la formación del menor, ni cuando se excluye o minimiza en exceso alguno de ellos.

DERECHOS DE PROTECCION DEL MENOR DE EDAD-Medidas de carácter fáctico y normativo

Los derechos de protección, a diferencia de los derechos de libertad, garantizan a las personas que el Estado adopte medidas de carácter fáctico y medidas de carácter normativo para protegerlos. Dentro de las primeras se encuentran aquellas acciones de la administración que suponen movilización de recursos materiales y humanos para impedir, por ejemplo, que la frágil vida e integridad de un niño recién nacido sea maltratada. Dentro de las medidas de carácter normativo se encuentran, entre otras, las reglas de capacidad o las edades a partir de las cuales se pueden realizar ciertas actividades como trabajar y las condiciones en que ello puede suceder.

DERECHOS DE PROTECCION-Titulares

DERECHOS DE PROTECCION ESPECIAL DEL MENOR DE EDAD-Alcance específico

MENOR DE EDAD-Reglas internacionales y nacionales de protección y jurisprudencia constitucional relevante

MENOR DE EDAD-Normas internacionales de protección

NIÑO-Medidas de protección

DERECHOS A LA SALUD, MINIMO VITAL Y EDUCACION DEL MENOR DE EDAD-Medidas de protección

DERECHOS DEL MENOR EN MATERIA LABORAL Y PENAL-Protección

DERECHOS DEL ADOLESCENTE EN LA CONSTITUCION POLITICA Y NORMAS INTERNACIONALES-Protección

DERECHOS Y GARANTIAS DEL NIÑO EN CONVENIO INTERNACIONAL-Aplicación a los adolescentes/DERECHOS DEL ADOLESCENTE SEGUN EL COMITE SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO-Medidas a adoptar para dar efectividad/DERECHOS DEL ADOLESCENTE SEGUN EL COMITE SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO-Medidas para dar efectividad incluye edades mínimas

LOS ADOLESCENTES Y LAS ADOLESCENTES SEGUN EL COMITE SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO-Edades mínimas deben ser iguales/LOS ADOLESCENTES Y LAS ADOLESCENTES SEGUN EL COMITE SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO-Fijación de edades mínimas de acuerdo al desarrollo según criterios de edad y madurez

DERECHOS DEL NIÑO Y LA NIÑA-Incorporación legal

DERECHOS DEL NIÑO Y LA NIÑA PARA UN DESARROLLO LIBRE, ARMONICO E INTEGRAL-Consideraciones de la jurisprudencia constitucional

DERECHOS FUNDAMENTALES DEL NIÑO-Son indivisibles/MENOR DE EDAD-Protección es inescindible del goce efectivo del resto de sus derechos

DESARROLLO LIBRE, ARMONICO E INTEGRAL DEL MENOR DE EDAD-Dependencia en gran

medida de una educación adecuada/MENOR DE EDAD EN MATERIA DE ACCESO AL SISTEMA EDUCATIVO Y LA PERMANENCIA EN EL MISMO-Creación de condiciones por el Estado/DERECHO A LA RECREACION DEL MENOR DE EDAD-Protección/DERECHO AL JUEGO DEL MENOR DE EDAD-Importancia

El desarrollo libre, armónico e integral del menor en una sociedad democrática, por ejemplo, depende en gran medida de recibir una educación adecuada. El Estado debe crear las condiciones para asegurar la posibilidad de que los menores puedan (i) acceder al sistema educativo y (ii) permanecer en él. De forma similar, la jurisprudencia constitucional ha resaltado la importancia de la recreación, pues cuando a un niño se le priva de su derecho al juego, no sólo se le está negando la recreación, se le está privando la posibilidad de desarrollarse libre, armónica e integralmente. El juego le permite al menor socializarse, interactuar con otros niños; trabajar en equipo o desarrollar su imaginación. El vacío emocional y afectivo de un menor cuando se le priva de su derecho de recreación tiene un impacto negativo en su formación y en su interacción con los demás niños de su edad.

MEDIDAS DE PROTECCION DEL MENOR DE EDAD-Edades mínimas respecto de actividades que comprometen sus derechos y desarrollo

LIBERTAD, INTEGRIDAD Y FORMACION SEXUAL DEL MENOR DE EDAD-Fijación de una edad mínima legal de protección

MEDIDAS DE PROTECCION DEL MENOR DE EDAD RESPECTO AL TRABAJO-Edad mínima de ingreso al mercado laboral

DERECHO A LA PROTECCION DEL MENOR DE EDAD-Alcance/DERECHO A LA PROTECCION DEL MENOR DE EDAD-Adecuación de normas por el legislador/NORMAS DE PROTECCION DEL MENOR DE EDAD-Medios conducentes para alcanzar los fines propuestos/NORMAS DE PROTECCION DEL MENOR DE EDAD-Adopción por el Estado para asegurar unos mínimos

El mandato de protección a los menores no es tan solo una garantía objetiva sino la expresión de un derecho subjetivo fundamental a recibir protección. Este derecho a la protección es correlativo al deber del Estado de adoptar normas jurídicas que protejan al menor, habida cuenta de su vulnerabilidad, de sus condiciones reales de vida a medida que evoluciona la sociedad y su entorno inmediato, y de su exposición a soportar las

consecuencias de las decisiones que adopten los mayores sin considerar el interés superior del menor. Constitucionalmente, el Legislador tiene la obligación de adecuar las normas existentes, de forma tal que (a) no desconozcan o violen los derechos fundamentales de los niños y (b) no dejen de contener las medidas adecuadas de protección que sean indispensables para garantizar su desarrollo libre, armónico e integral. Además, el Legislador debe incluir aquellas otras normas que sean necesarias para asegurar el goce efectivo de todos los derechos reconocidos tanto en la Constitución como en los convenios y tratados a los que se ha hecho referencia. Si bien el legislador dispone de un margen de apreciación de las circunstancias y de configuración en el diseño de las normas de protección de los menores, los medios que escoja deben ser efectivamente conducentes para alcanzar los fines específicos de protección y no excluir las medidas necesarias e indispensables para lograr tales fines. La Constitución exige que en cualquier circunstancia el Estado adopte las normas que aseguren unos mínimos de protección.

DERECHO A LA IGUALDAD EN LA CONSTITUCION POLITICA-Modalidades

DERECHOS DEL MENOR-Protección especial

DERECHO A LA IGUALDAD ANTE LA LEY-Garantía constitucional a todas las personas/DERECHO A LA IGUALDAD DE PROTECCION E IGUALDAD DE TRATO-Consagración constitucional/GOCE DE LOS MISMOS DERECHOS, LIBERTADES Y OPORTUNIDADES-Reconocimiento a toda persona sin discriminación

La norma reconoce la igualdad ante la ley a todas las personas, consagra ante las autoridades los derechos a la igualdad de protección y a la igualdad de trato, y reconoce a toda persona el goce de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin discriminación con base en criterios de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

PRINCIPIO DE IGUALDAD-Dimensiones diferentes/IGUALDAD ANTE LA LEY-Alcance y forma de desconocimiento/IGUALDAD DE TRATO-Alcance y forma de desconocimiento/IGUALDAD DE PROTECCION-Alcance y forma de desconocimiento/IGUALDAD DE PROTECCION-Es sustantiva/IGUALDAD DE PROTECCION-Determinación de violación

Se trata de tres dimensiones diferentes del principio de igualdad. La primera de ellas es la

igualdad ante la ley, en virtud la cual la ley debe ser aplicada de la misma forma a todas las personas. Este derecho se desconoce cuando una ley se aplica de forma diferente a una o a varias personas con relación al resto de ellas. Esta dimensión del principio de igualdad garantiza que la ley se aplique por igual, pero no que la ley en sí misma trate igual a todas las personas. Para ello se requiere la segunda dimensión, la igualdad de trato. En este caso se garantiza a todas las personas que la ley que se va a aplicar no regule de forma diferente la situación de personas que deberían ser tratadas igual, o lo contrario, que regule de forma igual la situación de personas que deben ser tratadas diferente. La ley desconoce esta dimensión cuando las diferencias de trato que establece no son razonables. Ahora bien, ni la igualdad ante la ley ni la igualdad de trato garantizan que ésta proteja por igual a todas las personas. Una ley, que no imponga diferencias en el trato y se aplique por igual a todos, puede sin embargo proteger de forma diferente a las personas. La igualdad de protección consagrada en la Constitución de 1991 asegura, efectivamente, “gozar de los mismos derechos, libertades y oportunidades” (art. 13). Esta dimensión del principio de igualdad, por tanto, es sustantiva y positiva. Es sustantiva porque parte de la situación en que se encuentran los grupos a comparar para determinar si el tipo de protección que reciben y el grado en que se les otorga es desigual, cuando debería ser igual. Es positiva porque en caso de presentarse una desigualdad injustificada en razones objetivas relativas al goce efectivo de derechos, lo que procede es asegurar que el Estado adopte acciones para garantizar la igual protección. Para saber si esta dimensión del derecho a la igualdad ha sido violada es preciso constatar el grado efectivo de protección recibida a los derechos, libertades y oportunidades, y en caso de existir desigualdades, establecer si se han adoptado medidas para superar ese estado de cosas y cumplir así el mandato de la Carta Política. No basta con saber si el derecho se aplicó de forma diferente en dos casos en los que se ha debido aplicar igual o si el derecho en sí mismo establece diferencias no razonables, se requiere determinar si la protección brindada por las leyes es igual para quienes necesitan la misma protección.

GRUPOS DE PERSONAS COMPARABLES-Determinación legislativa del tipo o grado de protección/JUEZ CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE GRUPOS DE PERSONAS COMPARABLES-Alcance funcional en determinación de protección

La cuestión de determinar el tipo o el grado de protección que requieren grupos de personas comparables ha sido confiada al legislador democráticamente elegido. Por eso, al analizar si un grupo de personas está menos protegido que otro, no le corresponde al juez

constitucional sustituir la apreciación del legislador ni imponer niveles de protección máximos o ideales. No obstante, sí le compete determinar (i) si el legislador no ha respetado los mínimos de protección constitucionalmente ordenados, (ii) si la desprotección de un grupo excede los márgenes constitucionalmente admisibles, o (iii) si la menor protección relativa de un grupo obedecen a una discriminación, lo cual estaría constitucionalmente prohibido.

DERECHO FUNDAMENTAL A LA IGUALDAD DE PROTECCION-Adopción por el Estado de medidas necesarias para asegurar materialmente el goce efectivo de derechos

Uno de los “fines esenciales del Estado” es “garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (art. 2º, CP). Así pues, el derecho fundamental a la igualdad de protección implica al Estado “adoptar las medidas necesarias” para asegurar materialmente el goce efectivo de los derechos. Esto es, acciones sustanciales y positivas orientadas a que toda persona reciba la misma protección de las “autoridades”, según el texto constitucional (art. 13), que no distingue entre autoridades públicas, civiles, militares, judiciales o de cualquier otra naturaleza, como la legislativa.

IGUALDAD-Finalidad de la concepción material/IGUALDAD ANTE LA VIDA

IGUALDAD DE PROTECCION-Competencia de los jueces de la República

IGUALDAD DE DERECHOS Y OPORTUNIDADES ENTRE HOMBRES Y MUJERES/MUJER-No sometimiento a ninguna clase de discriminación

DERECHO A LA IGUALDAD DE PROTECCION DE LOS MENORES DE EDAD-Garantía efectiva

IGUALDAD DE PROTECCION DEL NIÑO Y LA NIÑA

IGUALDAD DE PROTECCION EN ESPECIAL ENTRE MENORES EN RELACION CON EL GENERO-Normas internacionales

IGUALDAD DE GENERO EN PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS-Adopción de medidas necesarias por los Estados partes

COMITE DE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE IGUALDAD DE DERECHOS ENTRE

HOMBRES Y MUJERES

COMITE DE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE IGUALDAD DE GENERO-Ajuste de legislación interna con el fin de cumplir obligaciones del pacto

COMITE DE DERECHOS HUMANOS RESPECTO DE LOS DERECHOS DE LA MUJER-Necesidad de combatir las “tradiciones” que justifiquen violaciones

COMITE DE DERECHOS HUMANOS RESPECTO DE LA IGUALDAD DE TRATO DEL HOMBRE Y LA MUJER EN RELACION CON EL MATRIMONIO/COMITE DE DERECHOS HUMANOS RESPECTO DE IGUALDAD DE CRITERIOS PARA EL HOMBRE Y LA MUJER EN RELACION CON EL MATRIMONIO-Edad mínima para contraerlo

CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE IGUAL PROTECCION DE LA LEY

CONVENCION SOBRE LA ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACION CONTRA LA MUJER-Compromisos del Estado

CONVENCION SOBRE LA ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACION CONTRA LA MUJER-Condiciones de igualdad entre hombres y mujeres respecto del mismo derecho para contraer matrimonio

IGUALDAD DE PROTECCION EN ESPECIAL ENTRE MENORES EN RELACION CON EL GENERO-Contenido de las disposiciones internacionales

Las disposiciones internacionales fijan parámetros de protección que deben brindarse por igual a los menores de ambos géneros, sin embargo, debido a las diferencias que existen en ambos casos, en especial, a la mayor tradición de discriminación hacia la mujer, se contemplan medidas de protección específicas para las niñas y las adolescentes, encaminadas a propiciar una igualdad real.

PRINCIPIO DE IGUALDAD DE PROTECCION EN MENORES DE EDAD-Contenido/PRINCIPIO DE IGUALDAD DE PROTECCION EN MENORES DE EDAD-Supuesto y determinación de violación

El principio de igual protección es una manifestación sustancial, no formal, del derecho a la

igualdad. Su contenido en el caso de los menores consiste en adoptar las medidas necesarias para garantizar su desarrollo libre, armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Se viola cuando no se adoptan medidas de protección a pesar de ser necesarias salvo que se estén cumpliendo los tiempos razonables propios de las actuaciones de una administración diligente y cuando se adoptan tales medidas pero éstas no son adecuadas para garantizar el desarrollo libre, armónico e integral del menor o el ejercicio pleno de sus derechos. Cuál debe ser la manera como el juez constitucional analice si se ha violado la igualdad de protección en el caso concreto, es una cuestión cuya respuesta depende en gran medida del tipo de problema constitucional planteado. En el presente caso, hay un enfrentamiento de derechos. Por una parte se encuentran los derechos de protección del menor y el derecho a la igualdad de protección. De otra parte está la libertad de fundar una familia, también en cabeza del menor, el cual será analizado posteriormente. Por tanto, para determinar si ha sido violada la igualdad de protección es necesario adelantar un análisis de ponderación, pero después de comprobar que se han respetado unos mínimos.

IGUALDAD DE PROTECCION-Alcance

La igual protección se logra mediante acciones fácticas y jurídicas del Estado, no mediante abstenciones. Además la igual protección que está constitucionalmente ordenada, por su carácter material, varía a medida que evoluciona la realidad y, por lo tanto, su alcance cambia si los riesgos y las amenazas cambian así como cuando se modifican los fines de protección. Adicionalmente, la igual protección no se logra cuando la diferencia basada en un criterio sospechoso no parte del respeto a los parámetros mínimos ordenados por la Constitución.

IGUALDAD DE PROTECCION DE LOS MENORES SIN DISTINCION POR GENERO/DERECHO A FUNDAR UNA FAMILIA

LIBERTAD DE FUNDAR UNA FAMILIA POR MATRIMONIO

FAMILIA-Núcleo esencial de la sociedad/IGUALDAD DE DEREHOS Y DEBERES DE LA PAREJA

FAMILIA-Noción constitucional es amplia

MATRIMONIO-Esencia/MATRIMONIO-Libertad en el consentimiento

En su jurisprudencia la Corte Constitucional ha señalado que “la esencia del matrimonio es la unión jurídica producida por el consentimiento de los cónyuges”. En la medida que el ser humano “se autoposee” y se “autodoma”, y el matrimonio “(...) comporta una entrega personal a título de deuda para conformar una comunidad de vida y amor y una participación mutua en la sexualidad, no puede darse sino por la libre decisión de cada uno de los cónyuges. (...)” Para la Corte “(...) la libertad en el consentimiento, en un contrato de esta naturaleza, es tema que involucra los derechos humanos a la libertad, a la dignidad, a la intimidad, al libre desarrollo de la personalidad, a la personalidad jurídica (...) por ello debe garantizarse que ningún hecho, ningún acto distinto de la libre expresión del consentimiento, pueda llegar a producir un vínculo matrimonial.”

PACTO CONYUGAL-Consentimiento verdaderamente libre, incondicional y vinculante/MATRIMONIO-Capacidad y madurez

De acuerdo a la Constitución y a los demás tratados y convenios de derechos humanos sobre la materia, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que “(...) la ley debe ser celosa en rodear al pacto conyugal de las circunstancias que aseguren un consentimiento verdaderamente libre, incondicional y vinculante, es decir capaz de crear el nexo jurídico a que se ha hecho referencia.” La expresión del consentimiento no es un mero acto ritual; las formalidades no son la esencia del matrimonio. Por esto, las exigencias relativas a la capacidad y madurez de los contrayentes que postulan las diversas legislaciones, les garantizan dar un consentimiento libre e incondicionado, y los protege del error en el que puedan incurrir.

LIBERTAD DE FUNDAR UNA FAMILIA-Dimensiones

LIBERTAD DE FUNDAR UNA FAMILIA POR MATRIMONIO-Reglas internacionales

DECLARACION UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE MATRIMONIO-Edad núbil

PUBERTAD Y EDAD NUBIL EN MATRIMONIO-Distinción

ORGANOS DE NACIONES UNIDAS EN MATERIA DE MATRIMONIO-Edad mínima para contraerlo

MATRIMONIO A TEMPRANA EDAD-Condena por órganos internacionales

DERECHO A FUNDAR UNA FAMILIA-Jurisprudencia constitucional relevante

LIBERTAD DE ELEGIR LA FORMA DE CONFORMACION DE LA FAMILIA-Aspectos que contempla

La libertad de elegir la forma como se quiere conformar la familia contempla tanto la defensa de la decisión ya tomada, como la defensa de la posibilidad misma de tomar la decisión, es decir, defender el espacio de real autonomía que permita a las personas determinarse.

DERECHO A FUNDAR UNA FAMILIA POR MENORES DE EDAD-Alcance dado por la jurisprudencia constitucional

DERECHO A CONFORMAR LIBREMENTE UNA FAMILIA-Carácter fundamental/DERECHO A CONFORMAR LIBREMENTE UNA FAMILIA-Titularidad también en menores sin perjuicio de establecimiento de condiciones por el legislador

El derecho a conformar libremente una familia es un derecho constitucional fundamental del cual también son titulares los menores de edad, sin perjuicio de que el legislador establezca condiciones para su ejercicio con el fin de proteger al menor y de que fije edades, incluso diferentes, para determinar la capacidad para contraer matrimonio, una de las formas de constituir familia.

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN REGULACION DEL MATRIMONIO-Margen conferido por la Constitución

INSTITUCION JURIDICA DEL MATRIMONIO-Decisión expresa del Constituyente de conferir al Congreso competencia para regulación

DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO-Es constitucional y fundamental

MATRIMONIO-Decisión constitucional de reservar a la ley la regulación

MATRIMONIO-Reserva legal en regulación

MATRIMONIO-Fundamento de la decisión constitucional de reservar la regulación a la ley

INSTITUCION JURIDICA DEL MATRIMONIO-Cargas y límites al Congreso en regulación

MARGEN DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN INSTITUCION JURIDICA DEL MATRIMONIO-
Alcance

MARGEN DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN EL DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO-
Límites constitucionales

MARGEN DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN RELACION CON LA FAMILIA Y EL DERECHO A
CONTRAER EL MATRIMONIO-Limitaciones específicas

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD-Consecuencias jurídicas que tiene reservar un tema a la
ley

IGUALDAD DE PROTECCION Y PROHIBICION DE DISCRIMINACION ENTRE SEXOS EN MATERIA
DE MATRIMONIO ENTRE MENORES DE EDAD-Regla legal que permite a las mujeres contraerlo
dos años antes que los hombres

DERECHOS Y PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES-Ponderación ante conflicto

MATRIMONIO DE MUJER ADOLESCENTE-Grado de desprotección al permitirles casarse a partir
de los doce años/DERECHO A UN DESARROLLO LIBRE, ARMONICO E INTEGRAL Y AL PLENO
EJERCICIO DE DERECHOS EN MATRIMONIO DE MUJER ADOLESCENTE-Grado de afectación

DERECHO A UN DESARROLLO LIBRE, ARMONICO E INTEGRAL Y AL PLENO EJERCICIO DE LOS
DERECHOS EN MATRIMONIO PRECOZ-Afectación en un grado alto por la regla acusada

ADOLESCENTE-Grado de afectación

El derecho de las mujeres adolescentes a que se les garantice un desarrollo libre, armónico e integral y a gozar el pleno ejercicio de sus derechos es sometido a un grado de afectación alta cuando se casan precozmente, en especial en los casos en que además tienen lugar embarazos prematuros. En los matrimonios precoces la mujer adolescente suele asumir cargas y responsabilidades que transforman su vida radicalmente, no sólo en los meses y años siguientes al matrimonio, sino a lo largo de toda su existencia, especialmente si se tiene hijos a tan corta edad. Las niñas que se casan a edades tempranas truncan su desarrollo

educativo, social y económico, deben encarar el mundo de la adultez antes de tiempo, con inexperiencia y con grave incidencia sobre su desarrollo individual. Además, los embarazos a temprana edad suelen tener lugar en los matrimonios precoces también pueden afectar su salud y la de sus futuros hijos.

MATRIMONIO PRECOZ EN RELACION CON EL DERECHO A LA EDUCACION-Efectos

El matrimonio precoz suele obligar a los menores a abandonar sus estudios; bien sea porque se asumen de manera individual o compartida labores domésticas y de cuidado de los hijos, bien sea porque se trabaja para poder sostener los gastos económicos de la familia.

EDUCACION-Derecho deber

MATRIMONIO PRECOZ DE NIÑA-Es una de las violaciones de los derechos de la mujer

INFORME DEL RELATOR ESPECIAL SOBRE LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER EN MATERIA DE MATRIMONIO PRECOZ-Efectos nocivos

EDUCACION-Obligatoriedad entre los cinco y quince años de edad

MATRIMONIO PRECOZ DE NIÑA EN RELACION CON EL DERECHO A LA EDUCACION-Efectos

MATRIMONIO PRECOZ DE NIÑA EN RELACION CON EL DERECHO A LA SALUD-Efectos

Al propiciar matrimonios prematuros, entre niñas que apenas son púberes, estimulando su reproducción temprana, se pone en riesgo la salud, e inclusive, la vida misma de las niñas y de sus futuros hijos.

EMBARAZO PRECOZ-Riesgos derivados son mayores

REPRODUCCION PRECOZ-Consecuencias

EMBARAZO PREMATURO-Problema público y social a resolver

INTERES SUPERIOR DEL NIÑO Y LA NIÑA-Protección

INFORME SOBRE MATRIMONIOS PREMATUROS DE LA UNICEF-Frecuencias, causas, contexto y consecuencias para la persona y la sociedad

MATRIMONIO PRECOZ-Afectación es más grave respecto de las niñas

DERECHOS DE LA MUJER MENOR DE EDAD A LA IGUALDAD DE PROTECCION SIN DISCRIMINACION POR RAZON DE GENERO RESPECTO DE MATRIMONIO PRECOZ-Afectación en alto grado

MATRIMONIO PRECOZ DE NIÑA-Efecto perverso de regla sobre la mujer es mayor respecto del hombre

DERECHO A LA IGUALDAD DE PROTECCION DE LA MUJER ADOLESCENTE EN RELACION CON EL MATRIMONIO PRECOZ-Insensibilidad de disposición al otorgar una mayor protección a los varones adolescentes

Protección de las mujeres adolescentes, si se tiene en cuenta que la ley otorga una protección mayor a los varones adolescentes (hasta los 14 años) que a las mujeres (hasta los 12 años), pese a que los matrimonios prematuros, dadas las condiciones sociales señaladas, afectan más a la niñas y, por tanto, demandan del Estado adoptar medidas adecuadas y necesarias para asegurar su desarrollo libre, armónico e integral y el pleno ejercicio de sus derechos, con más urgencia que para el caso de los hombres.

MATRIMONIO PRECOZ DE NIÑA RESPECTO DE LIBERTAD DE LA MUJER MENOR A CONFORMAR UNA FAMILIA-Incidencia es baja

LIBERTAD DE CONFORMAR UNA FAMILIA POR MENOR DE EDAD-No es plena

LIBERTAD DE LA MUJER MENOR DE EDAD A CONFORMAR UNA FAMILIA EN RELACION CON MATRIMONIO PRECOZ-Igualación de la edad mínima respecto del hombre menor de edad

DERECHO A FUNDAR UNA FAMILIA-Implica libertad de escoger la forma como se desea fundarla

DERECHO DEL MENOR DE EDAD A UNA PROGENITURA RESPONSABLE/DERECHO DEL MENOR DE EDAD A QUE SE DEFINA SU FILIACION

INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACION IMPERIOSA-No justifica desconocer una obligación de protección constitucional

AUTONOMIA DE LA MUJER ADOLESCENTE EN RELACION CON MATRIMONIO PRECOZ-Incidencia es menor

LIBERTAD DE DECIDIR SOBRE LA PROPIA SEXUALIDAD

MARGEN DE CONFIGURACION DEL LEGISLADOR PARA REGULAR EL DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO-No comprende desconocer los mínimos de protección constitucionalmente ordenados

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN RELACION CON GRUPOS DE PERSONAS COMPARABLES-Alcance

Se dijo, la cuestión de determinar el tipo o el grado de protección que requieren grupos de personas comparables ha sido confiada al legislador democráticamente elegido. Por tanto, cuando el juez constitucional estudia si uno de los grupos está más protegido que otros, no puede desconocer o sustituir la apreciación del legislador, ni imponer niveles máximos o ideales de protección. En este casos el control constitucional se circunscribe a establecer (i) si el legislador no ha respetado los mínimos de protección constitucionalmente ordenados, (ii) si la desprotección de un grupo excede los márgenes constitucionalmente admisibles, o (iii) si la menor protección relativa de un grupo obedecen a una discriminación, lo cual estaría constitucionalmente prohibido.

MATRIMONIO PRECOZ DE NIÑA-Inconstitucionalidad de fijación de edad mínima a los doce años/MATRIMONIO PREMATURO DE MUJER ADOLESCENTE-Efectos

A la luz de la Constitución Política es inconstitucional fijar la edad mínima a los 12 años de edad para que las mujeres contraigan matrimonio, cuando ésta es de 14 años para los varones. La regla supone afectar en alto grado (1) el derecho al desarrollo libre armónico e integral de las menores y el pleno ejercicio de sus derechos, (2) el derecho a que el Estado adopte las medidas de protección adecuadas y necesarias para garantizar tales derechos, y (3) el derecho a la igualdad de protección de los niños y las niñas. Impedir el matrimonio de las mujeres a los 12 años afecta levemente, por el contrario, (4) el derecho a conformar una familia, y (5) el derecho a la autonomía, y (6) no desconoce el margen de configuración del legislador en materia de matrimonio. Por lo tanto, pesan mucho más los argumentos a favor de asegurar la igual protección de niñas y niños. En conclusión, fijar en 12 años la edad

mínima a partir de la cual las mujeres pueden contraer matrimonio desconoce los mínimos de protección a que tienen derecho, así como el principio de igualdad en la protección.

MATRIMONIO PRECOZ DE MUJER ADOLESCENTE-Regla es inconstitucional por desconocer un mínimo de protección

SENTENCIA INTEGRADORA-Ausencia del texto que debe declararse inexecutable puede resultar más gravoso que su presencia

MATRIMONIO DE MUJER ADOLESCENTE-Edad mínima será igual a la fijada por el legislador para el hombre

Teniendo en cuenta (i) que las reglas fijadas por el legislador en materia penal y en materia laboral fijan la edad de catorce (14) años como el momento a partir del cual se deja de brindar una protección reforzada al menor, mediante reglas de incapacidad; y (ii) la obligación constitucional de garantizar igualdad de derechos y obligaciones, así como la igualdad de trato y de protección entre hombres y mujeres, específicamente en lo que se refiere a la institución del “matrimonio”, la Corte Constitucional precisará que la edad mínima para las mujeres en esta materia será igual a la fijada por el propio legislador para los hombres (es decir, 14 años), hasta tanto el propio Congreso de la República no decida reformar las normas relevantes. El margen de configuración del legislador comprende decidir si se quiere implementar una política pública que eleve dicha edad o incluso establezca la mayoría de edad en ambos sexos para contraer matrimonio.

MATRIMONIO NULO Y SIN EFECTO POR MATRIMONIO DE MENORES-Edad establecida/MATRIMONIO NULO Y SIN EFECTO POR MATRIMONIO DE MENORES-Entendimiento de pubertad la misma edad en relación con los tres meses después de haber llegado a la pubertad que no da lugar a la nulidad

NORMA ACUSADA-Origen y desarrollo/NORMA ACUSADA-Paso del tiempo y cambio que ha experimentado la sociedad

CAMBIO LEGISLATIVO ADECUADO Y NECESARIO-Competencia del Congreso

DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS-Importancia de las campañas educativas

EDUCACION-Importancia

Referencia: expediente D-4866

Norma Acusada:

Código Civil, artículos 34 y 140, parciales

Demandante: Jesús Sanabria Ardila

Magistrado Ponente:

Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Bogotá, D. C., veinticinco (25) de mayo de dos mil cuatro (2004)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y de los trámites establecidos en el decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241 de la Constitución, el ciudadano Jesús David Sanabria Ardila solicitó a esta Corporación la declaración de inexequibilidad parcial de los artículos 34 y 140, parciales, del Código Civil.

II. NORMA DEMANDADA

A continuación se transcribe el texto de la norma acusada, resaltando la parte demandada:

Código Civil

Capítulo V

Definiciones de varias palabras de uso frecuente

Relativas a la persona

(...)

Artículo 34.- Llámase infante o niño, todo el que no ha cumplido siete años; impúber, el varón que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce; adulto, el que ha dejado de ser impúber; mayor de edad, o simplemente mayor, el que ha cumplido (veintiún)1 años, y menor de edad, o simplemente menor el que no ha llegado a cumplirlos.

[Las expresiones mayor de edad o mayor, empleadas en las leyes comprenden a los menores que han obtenido habilitación de edad, en todas las cosas y casos en que las leyes no hayan exceptuado expresamente a estos.]2

(...)

Libro Primero

De las personas

(...)

TÍTULO V

Artículo 140.- El matrimonio es nulo y sin efecto en los casos siguientes:

1. Cuando ha habido error acerca de las personas de ambos contrayentes o de la de uno de ellos.
2. Cuando se ha contraído entre un varón menor de catorce años, y una mujer menor de doce, o cuando cualquiera de los dos sea respectivamente menor de aquella edad.

(...)

III. LA DEMANDA

Jesús Sanabria Ardila considera que los apartes acusados del Código Civil desconocen los

artículos 5, 13, 43 y 44 de la Constitución Política.

1. Considera que la razón por la cual las normas acusadas fijan edades diferentes a partir de las cuales los hombres y las mujeres pueden contraer matrimonio es inaceptable constitucionalmente y en consecuencia discriminatoria por violar el principio de igualdad (art. 13, CP); a su juicio se trata de un motivo de carácter histórico que desconoce la realidad psicológica y psíquica de hombres y mujeres. Dice al respecto la demanda,

“En el año 1873, época en que se adoptó el Código Civil del señor Andrés Bello, no había certeza médica, psicológica ni jurídica acerca del desarrollo psicológico y fisiológico de una persona, fuese hombre o mujer. Es más, aún hoy día no la hay. La ciencia, a pesar de su desarrollo a pasos agigantados, se encuentra en su etapa de infancia.

Se estableció entonces la edad de doce años como límite a donde la mujer deja de ser impúber tomando conciencia relativa de sus actos e iniciando su etapa de fertilidad, es decir, que a partir de sus doce años la mujer abandona una incapacidad absoluta convirtiéndose en menor adulta con una incapacidad relativa para celebrar actos que pueden tener valor en ciertas circunstancias (inciso tercero del artículo 1504 del Código Civil); (...).

Contrario al Supraprincipio de la Igualdad, se estableció la edad de catorce años —dos más que para la mujer— como el límite donde el varón deja de ser impúber tomando conciencia relativa de sus actos e iniciando su etapa de fertilidad, es decir, que para el legislador es a partir de esa edad cuando el hombre abandona su incapacidad absoluta convirtiéndose en menor adulto con una incapacidad relativa para celebrar actos que pueden tener valor en ciertas circunstancias (inciso tercero del artículo 1504 del Código Civil); (...)

El demandante considera que “[n]o se puede permitir que se siga limitando el ejercicio de ciertos actos jurídicos a los varones entre 12 y 14 años. No se puede permitir que el varón entre 12 y 14 años siga siendo incapaz absoluto mientras que la mujer en la misma edad sea relativamente incapaz. No hay sustentos fácticos ni jurídicos suficientes para seguir sosteniendo una tesis médica, psicológica y jurídica que se derrumba ante una verdad insoslayable como lo es que los seres humanos tomamos las decisiones de acuerdo con los razonamientos de nuestro intelecto y que esa capacidad intelectual para decidir empieza a ser consciente y madurar a partir de los 14 años aproximadamente, tanto para las mujeres como para los varones.” Fundándose en el texto La igualdad jurídica y social de los sexos de

Alma L. Spota Valencia, el demandante afirma que “[n]o existen características psicológicas o fisiológicas que demarquen un muro perenne e inderrumbable de desigualdad entre hombres y mujeres.”³

El demandante considera que médicamente no se puede sostener la tesis de la desigualdad entre hombre y mujer, “(...) pues aunque evidentemente existen marcadas diferencias en lo funcional, lo cierto es que hay una tendencia al equilibrio.” De hecho, considera que el factor físico, cuando se trata de la capacidad, no es tan primordial como el factor psíquico.

2. A juicio del demandante deben igualarse las edades en los 14 años, más no a los 12, pues aunque “(...) pareciera ser mejor al contrario por cuanto se pensaría que se le disminuyen los derechos a la mujer en búsqueda de restablecer la igualdad”, igualar al hombre y a la mujer en los 12 años no cumpliría el propósito buscado por el legislador. Al respecto señala,

“(...) Lo correcto es que el límite de edad es el de 14 años para los dos sexos, puesto que el legislador busca proteger a los menores que no estén en condiciones mínimas para disponer de sus bienes o celebrar contratos. Asimismo, busca proteger la institución del matrimonio como institución básica familiar, al establecer como causal de nulidad el que sea celebrado por menores de una determinada edad.

Entonces, haya mayor probabilidad que una persona de 14 años tenga mayor capacidad de discernimiento que una persona de 12 años. Por esto mismo, no es conveniente rebajar el límite sino ampliar el período de incapacidad absoluta para la mujer hasta los 14 años. (...)”

3. La demanda señala que de acuerdo a la jurisprudencia constitucional el derecho a la igualdad es relacional; en esa medida es preciso comparar el trato diferencial que fijan las normas y determinar, mediante un “test de igualdad”, si éste es razonable o no.

Para la demanda los sujetos de la relación comparativa son “(...) los sujetos del artículo 34, en lo relacionado con el concepto de impúberes son los varones entre 7 y 14 años y las mujeres entre 7 y 12 años. Concluyendo así que las personas afectadas por la discriminación son los varones entre los 12 y los 14 años con respecto a las mujeres de la misma edad.” Y el objeto de la relación comparativa es “(...) la incapacidad relativa para los menores adultos, donde bajo ciertas circunstancias pueden obligarse, es decir, puedan celebrar algunos

contratos o realizar ciertos actos jurídicos sin necesidad de representación legal.” Al respecto señala,

“Aquí encontramos que la mujer entre los 12 y los 14 años, puede celebrar algunos contratos o realizar algunos actos jurídicos que el varón, en la misma edad y con las mismas capacidades de discernimiento, no puede llevar a cabo por cuanto el artículo 34 demandado, no se lo permite.

Los actos jurídicos que realice el varón entre los 12 y los 14 años, son nulos por su condición de incapaz absoluto (artículos 34, 1504 y ss del Código Civil), mientras que los celebrados por la mujer de la misma condición cronológica son válidos o tienen la posibilidad de ratificarse en la plenitud de su capacidad legal y de ejercicio.”

La demanda considera que no existe un criterio base para justificar el trato diferente que sea válido. “Por el contrario, —señala— existen razones jurídicas, sociológicas y psicológicas para defender una igualdad entre mujeres y varones entre los 12 y los 14 años de edad.”

3.1. En cuanto a la finalidad buscada por el trato diferente el demandante señala lo siguiente,

“Puedo pensar que el objetivo perseguido por el legislador mediante los artículos demandados es la protección de la mujer menor de 12 años, pues no tiene la suficiente capacidad de discernimiento para celebrar ciertos actos jurídicos.

Podría pensar que el objetivo es otorgar esa incapacidad relativa a quien se desarrollara físicamente primero, pero allí existen casos en que el hombre se puede desarrollar primero que la mujer, no sólo física sino también psicológicamente, La madurez sólo la concede el grado de formación y educación de una persona.

Por último, podría pensar que el propósito del legislador fue otorgar una protección especial, tanto a la mujer que pudiese quedar embarazada como el natus.

Pero, a mi juicio, ninguno de estos argumentos justifica el trato diferente. No existe un objetivo específico ni unos secundarios, que se persigan con el trato desigual pues se trata de dos sujetos en las mismas condiciones físicas, fisiológicas, sociológicas y psíquicas; lo que me hace deducir que cuentan con las mismas capacidades volitivas e intelectivas que

requieren para contraer derechos y obligaciones con un grado relativo de validez. En otras palabras, a esas edades aún no nacen diferencias entre uno y otro sexo que hagan necesario un trato desigual.

No existen criterios médicos o psíquicos que contradigan lo que enuncié como cierto. Si bien físicamente se resaltan diferencias, pues en la mayoría de los casos la mujer se desarrolla más tempranamente que el varón, también es muy cierto que entre los 12 y los 14 años tanto varones como mujeres tienen las mismas capacidades intelectivas. Es más aún, yo me atrevo a afirmar —libre de prejuicios— que el varón a sus 13 años tiene mayor agudeza intelectual que las mujeres de su misma edad.

(...)

No es válido decir que la incapacidad relativa se le conceda a la mujer por su condición fisiológica, cuando debe tenerse en cuenta el factor más importante para obligarse: El Elemento Volitivo.

Para ilustrar mejor mi exposición, quiero traer unos ejemplos:

Dos personas nacen en la misma fecha y año. Una es mujer y la otra es varón. El varón durante 13 años recibe la mejor educación y la mejor formación en su hogar y en su colegio. La mujer, por el contrario, durante los mismos 13 años recibió una formación defectuosa en su hogar, no tuvo acceso a la educación institucional y creció rodeada de malos ejemplos y en ausencia de principios éticos y valores morales. Pregunto: ¿Cuál de las dos personas merece tener incapacidad relativa? (...)

Supongamos que nacen dos gemelos, una mujer y un varón, que durante sus primeros 13 años de edad reciben la misma educación, la misma formación en el hogar, el mismo trato social, tienen un desarrollo físico psíquico que podemos ubicar dentro de lo normal. Pregunto: ¿Cuál de las dos personas merece tener la incapacidad relativa? (...)"

3.2. En cuanto a la “adecuación de la medida diferenciadora” la demanda señala que “[e]n ninguna medida, es adecuado que se estipule la cuestionada diferencia de edades. (...) se está otorgando un beneficio en desmedro de los derechos que tiene otra persona con igual protección constitucional, pues según la constitución y legislación colombiana se trata de dos

niños, merecedores por igual de una protección especial del Estado.”

3.3. Tampoco considera el demandante que sea necesario el trato diferente. Señala que “(...) si lo perseguido es la protección especial de la mujer a partir de su pubertad o aptitud para procrear, debe aumentarse el límite a los 14 años y no dejarlo a los 12 cuando las niñas a esa corta edad deben pensar en cosas mucho menos trascendentales que la crianza de un hijo. Además, que a esa corta edad no tiene la capacidad intelectual ni puede disponer de plena voluntad para decidir cuándo y cómo iniciar su vida sexual.” A lo cual añade, “(...) si se quiere dar protección especial deben establecerse los límites de edad, pero individualmente para cada contrato. Tal como sería legislar para que la mujer que se hallare en estado de embarazo pudiese contraer el vínculo matrimonial antes de los 14 años, previo permiso de sus padres o representante legal. Eso como una medida de dar protección no sólo a la mujer sino al que está por nacer, para que nazca en el seno de un hogar.”

3.4. La demanda alega que las normas acusadas no son proporcionadas, por cuando sacrifican otros derechos y principios de igual importancia. Hace un recuento de las normas de los Códigos Civil, de Procedimiento Civil y de Comercio, señalando los tratos diferentes que implican cada una para los hombres y las mujeres entre los 12 y 14 años. De forma similar, hace un recuento de las normas de dichos Códigos, además de los Códigos del Menor, Laboral y Penal, que se ocupan de tratar paritariamente a hombres y mujeres entre los 12 y 14 años. Dentro de las disposiciones citadas resalta la siguiente,

“La nueva legislación penal establece una protección del pudor y la integridad sexual a todos los menores de 14 años. Y es aquí donde más se fortalece mi posición de subir la edad límite de la pubertad a los 14 años. Con esto se protege de la promiscuidad sexual a la juventud naciente. En este sentido se pueden consultar los artículos 208 y 209 del Código Penal.

Hasta la misma Corte Suprema de Justicia, en Sentencia de Casación Penal, de marzo 8 de 1988, resalta que con estos artículos se busca evitar la corrupción del menor ‘induciéndolo prematuramente y por cualquier medio a practicar actividades sexuales’.”

Finalmente, alega la demanda,

“ (...) siendo el matrimonio el más importante de todos los contratos y conforme a lo anteriormente expuesto, concluyendo que la intención del legislador es dar protección

especial a la mujer por razones solamente fisiológicas y admitiendo que la incapacidad relativa tiene en cuenta exclusivamente el elemento volitivo, debe entenderse que no sólo es nulo el matrimonio conforme al artículo demandado, sino que también lo es cuando se celebra por una mujer menor de 14 años salvo que se halle en estado de embarazo, caso en el cual debe mediar la autorización de sus padres como lo dispone el Código Civil.

En esta hipótesis de solución, se acabaría con muchos líos que se han suscitado en este sentido. Además se rodea a una institución tan especial, sagrada y fundamental para la sociedad como lo es la familia. Primeramente porque de seguro sus hijos estarán más tiempo (al menos hasta los 14 años) en período de formación y segundo porque el naciente hogar tendrá mayores bases ético morales para construir con solidez una familia con todas las responsabilidades y el cumplimiento de los deberes que implica.

(...)

Finalmente quiero resaltar una frase del fallecido caudillo liberal Dr. Jorge Eliécer Gaitán: El pueblo no demanda la igualdad retórica ante la ley, sino la igualdad real ante la vida.”

IV. PRUEBAS SOLICITADAS

Antes de recibir las intervenciones, la Corte solicitó a los Decanos de la Facultades de Medicina de las Universidades Nacional y del Rosario para que informaran a la Corte si existen razones fisiológicas que justifiquen establecer un trato diferente entre hombres y mujeres con relación a la edad a partir de la cual pueden contraer matrimonio. De forma similar se preguntó a los Decanos de la Facultades de Psicología de la universidades Nacional, de Los Andes y Javeriana para que informaran a la Corte si existen razones de orden psicológico que justifiquen establecer un trato diferente entre hombres y mujeres con relación a la edad a partir de la cual pueden contraer matrimonio. A continuación se presentará brevemente lo dicho en los conceptos remitidos a la Corte Constitucional.

1. Facultad de Medicina de la Universidad Nacional de Colombia y Facultad de Medicina de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá

El decano de la Facultad de Medicina de la Universidad Nacional de Colombia, Rodrigo Díaz Llano, y los médicos Héctor Bernal Supelano y Dianney Clavijo Grimaldi, profesores de

fisiología y morfología, respectivamente, presentaron conceptos por escrito en los cuales absuelven la siguiente cuestión planteada por la Corte Constitucional: ¿Existen razones fisiológicas que justifiquen establecer un trato diferente entre hombres y mujeres con relación a la edad a partir de la cual pueden contraer matrimonio?

1.1. Los médicos consideraron que la cuestión acerca de cuál es la edad a partir de la cual las personas pueden casarse debe responderse con base en las condiciones psicológicas de las personas, antes que con base en sus condiciones fisiológicas. Sin embargo, presentan la información que en su materia consideran relevante.⁴

1.2. Los conceptos presentados por las Facultades de Medicina establecen que la variabilidad biológica en el desarrollo de los seres humanos es la regla no la excepción.⁵ No obstante, desde una perspectiva estadística es posible verificar una tendencia en las mujeres a alcanzar la pubertad antes que los hombres.⁶ En otras palabras, si bien es cierto que existe una tendencia de carácter general por sexos, ésta no dice nada en un caso concreto.⁷ Por ejemplo, algunos hombres se desarrollan antes que algunas mujeres, algunas mujeres se desarrollan antes de los 12 años y algunos hombres alcanzan su madurez sexual después de los 14 años.

1.3. Ahora bien, el rango de edades en que varía el momento en que las mujeres alcanzan la pubertad es grande; va desde los 8 hasta los 16 años.⁸ En el caso de los hombres, además de existir un rango de variabilidad similar, se trata de una cuestión que aún es científicamente incierta.⁹

1.4. El concepto de la Facultad de la Universidad Nacional concluye que “(...) sí existen razones fisiológicas que permiten establecer un trato diferente entre hombres y mujeres con relación a la edad a partir de la cual pueden contraer matrimonio.” El concepto de la Facultad del Rosario, de otra parte, concluye así:

“Los comentarios anteriores, basados en los artículos revisados¹⁰ (...) permiten concluir que en la actualidad los cambios sexuales de la pubertad se inician en promedio en la mujer, aproximadamente un año antes que en el varón.

Tal como lo advertimos al comienzo, solamente hemos estudiado el aspecto orgánico relativo a la competencia para mantener relaciones sexuales y procrear en los dos sexos; no se

puede desconocer además que junto con la maduración sexual, hay también cambios en la esfera cognoscitiva que requieren un poco más de tiempo para establecerse, y que se caracterizan porque los 'procesos de pensamiento concreto, intuitivo, basado en la experiencia previa a un pensamiento abstracto, formal u operacional, adquiriendo de esa forma capacidad de imaginarse las posibles consecuencias de una actuación sin necesidad de haberla vivido previamente. Este paso no ocurre súbitamente y no es una ley de todo o nada'.¹¹

El desarrollo del ser humano es un fenómeno integral de maduración de las esferas física, fisiológica, cognitiva, intelectual, psicológica, social, cognitiva, intelectual, psicológica, social y valorativa. La maduración de estas esferas no se hace de manera sincronizada. El hecho de que los cambios físicos y fisiológicos se den cada vez a edades más tempranas no significa, necesariamente que simultáneamente el individuo esté preparado desde los puntos de vista cognitivo, intelectual, psicológico, social y valorativo para asumir los eventos que se den como consecuencia de mantener relaciones sexuales y tener capacidad para procrear.¹² Insistimos en que estos aspectos deben ser consultados a expertos en dichas áreas."

En conclusión, la edad de madurez sexual la alcanzan las mujeres, en promedio, aproximadamente un año antes que los hombres. No obstante, se trata de un dato estadístico que poca validez tiene en los casos concretos, en los que la regla es la variabilidad, dentro de un margen amplio de posibilidades. Adicionalmente, se considera que la cuestión acerca de cuándo el ser humano ha madurado en su desarrollo, depende de consideraciones no sólo fisiológicas, sino principalmente cognitivas, sociales y psicológicas.

2. Departamento de Psicología y Departamento de Trabajo Social de la Facultad de Ciencias Humanas de la Universidad Nacional; Facultad de Psicología de la Pontificia Universidad Javeriana y Facultad de Psicología de la Universidad de Los Andes, Bogotá

Los profesores de la Universidad Nacional de Colombia, Telmo Eduardo Peña (Departamento de Psicología) y Yolanda Puyana (Departamento de Trabajo Social);¹³ los profesores de la Universidad Javeriana, Felipe Rojas Moncriff y Sergio Trujillo García (ambos de la Facultad de Psicología); y la Directora del Departamento de Psicología de la Universidad de los Andes, Viviola Gómez Ortiz, Ph.D., remitieron sendos escritos al proceso de la referencia, resolviendo la siguiente cuestión planteada por la Corte Constitucional: ¿Existen razones de orden

psicológico que justifiquen establecer un trato diferente entre hombres y mujeres con relación a la edad a partir de la cual pueden contraer matrimonio?

2.1. Los conceptos psicológicos coinciden señalan que existe un consenso en torno a cuáles son los hitos del desarrollo humano. Los profesores de psicología de la Universidad Javeriana sostienen, por ejemplo, que los consensos científicos que existen en torno a lo que se sabe acerca de cómo se desarrolla el ser humano permiten construir políticas públicas sobre la materia.¹⁴ Coinciden con los médicos al señalar que en el desarrollo humano, teniendo en cuenta no sólo las diferencias entre géneros, sino entre individuos, “las diferencias son la regla, no la excepción”.¹⁵

Para los Profesores de la Universidad Nacional “[l]a investigación empírica ha demostrado que existen diferencias de desarrollo, intelectuales, de personalidad y de juicio moral entre hombres y mujeres a lo largo de todo el ciclo vital”. Pero no las consideran relevantes, pues a su juicio “(...) no implican que los hombres deban recibir un trato diferencial con respecto a las mujeres en relación a la edad en asuntos jurídicos.” La Directora del Departamento de Psicología de la Universidad de Los Andes coincide con esta postura, pues aunque hay ciertas etapas en que el desarrollo es mayor, “(...) como es la adolescencia donde los sujetos viven algo que se ha denominado un síndrome normal. En esta etapa se puede encontrar un desbalance en la velocidad de desarrollo entre los niños y las niñas. Pero estas diferencias se igualan en el adulto joven. A partir de esta etapa, ya no hay señales físicas como la pubescencia ni etapas cognoscitivas claras como el pensamiento operacional formal, donde nos digan dónde comienza una etapa y comienza la siguiente y qué características diferencian cada año que transcurre. Por el contrario el desarrollo del adulto está marcado por hitos sociales determinados por la cultura y por las funciones y relaciones que forman parte de los ciclos familiares y profesionales. Pero en ningún momento por el hecho de ser hombre o mujer.”

2.2. La primera razón por la que no es determinante el momento en que se alcanza la pubertad para establecer la capacidad para contraer matrimonio es que tal capacidad no depende tanto del desarrollo fisiológico como del desarrollo de otras dimensiones del ser humano. Los profesores de la Universidad Nacional, por ejemplo, señalan que

“(...) los dos géneros funcionan de manera diferente en muchos aspectos de sus vidas, en

parte debido a las diferencias biológicas, pero fundamentalmente debido a factores socio-culturales que definen roles actitudes y subjetividades. Sin embargo, ambos sexos están en condiciones semejantes con respecto a los elementos de juicio necesarios para comprender y asumir las responsabilidades de sus decisiones. Las diferencias observadas con respecto del momento en el que ocurre la pubertad (indicada por el comienzo de la menstruación en la mujer y la capacidad de eyaculación en los hombres) no tienen paralelismo con respecto de sus capacidades intelectuales, ni su estabilidad emocional. En otras palabras, los factores relativos a la educación familiar y socio-cultural son más determinantes de la llamada 'madurez psicológica' que el género y la edad." (acento fuera del texto)

Para los profesores de la Universidad Javeriana "(...) la madurez sexual, relativamente fácil de establecer a través de marcadores o indicadores biológicos y cronológicos, no coincide con la madurez general ni con la madurez psicológica en particular, ni constituye, por tanto, el único criterio para identificar la capacidad de una persona para asumir la responsabilidad por el matrimonio, siendo éste el contrato más importante en nuestra sociedad, ni la competencia suficiente para ser madre y/o padre de familia."16 Por este motivo el concepto considera que la cuestión planteada por la Corte Constitucional

"(...) esconde un dilema cuyas implicaciones son más profundas: así existan diferencias de género notables, en función de las velocidades diferentes del desarrollo bio-psico-social entre hombres y mujeres, la edad más apropiada para casarse y más conveniente para el matrimonio debería ser cada vez más tardía.

Establecer los 14 años como edad legal para casarse, con base en argumentos de igualdad de género, desconoce las graves implicaciones evolutivas y sociales para quienes, legalmente, conformarían parejas sin haber alcanzado la madurez psicológica y social. Esto coloca en entre dicho no sólo la petición de la demanda, sino también la edad considerada actualmente legal para el matrimonio. Téngase en cuenta, además, que la edad legal para trabajar y por tanto, para sostener económicamente a la familia, es un aspecto de la problemática que se soslaya en la discusión presentada."17

Para la Directora del Departamento de Psicología de Los Andes, el "(...) momento de los acontecimientos como contraer matrimonio varía en cada persona pero con base en factores asociados a las diferentes áreas de desarrollo y no necesariamente de género. La forma en la

que cada cual está preparado para estos acontecimientos, está regido por características individuales a lo largo del desarrollo y por exigencia y restricciones culturales. Si bien es cierto que los individuos se desarrollan de acuerdo a lo que se ha denominado el reloj biológico, entendiendo éste como el cronómetro interno que mide el desarrollo del ser humano, las diferencias del movimiento de ese cronómetro no está determinada por el género.” Para que el ser humano esté preparado para asumir la responsabilidad del matrimonio partiendo de una relación amorosa, no basta ser púber, se requiere intimidad, pasión, decisión y compromiso.”

El desarrollo fisiológico está relacionado con el resto de las dimensiones de la persona pero no se da necesariamente al mismo tiempo. De hecho, al lado de un desarrollo sexual temprano, anterior al desarrollo físico general, se encuentra un desarrollo psicológico, cada vez más tardío.¹⁸ En contraste, el desarrollo fisiológico es cada vez más precoz, como lo indicaron los médicos.

2.3. La segunda razón por la que se considera que la pubertad no es el momento adecuado para contraer matrimonio, es el riesgo que representa para una adolescente y sus eventuales hijos un embarazo temprano. Los profesores de la Universidad Nacional advierten que muchas “(...) investigaciones han mostrado los efectos negativos del embarazo temprano en las mujeres antes de los 15 años y por ello, diferentes organizaciones defensoras de los derechos humanos han abogado por un incremento en la edad legal del matrimonio a nivel internacional.” El incremento en la edad, dicen, es justificado con base en dos razones:

“(a) La UNICEF considera que el matrimonio de los menores viola sus derechos ya que les priva de su derecho a la educación y ocasiona daños físicos y emocionales a los niños. Se ha demostrado que las niñas que se casan antes de los 18 años tienden a dejar la educación, tienen embarazos de alto riesgo y tienden a tener más problemas de salud. Hay que tener en cuenta que la UNICEF considera como niños a todas las personas menores de 18 años.

(b) La maternidad de las niñas antes de los 18 años presenta serios riesgos de salud para ellas y sus bebés en términos de progreso insatisfactorio del embarazo, dificultades en el nacimiento y problemas de salud en los años subsiguientes. Igualmente, las madres adolescentes experimentan desventajas sociales de educación, vivienda, empleo e ingreso (Berthoud & Robson, 2001).”

Asociar la pubertad con el momento idóneo para contraer matrimonio ha generado además del problema de los embarazos tempranos, el problema de los matrimonios forzados y bajo presión y el comercio ilegal de niñas con fines matrimoniales. El concepto presentado por los profesores de la Universidad Nacional cita la opinión de Marlene Hinshelwood,²¹ quien señala: el “(...) matrimonio temprano ocurre antes de que el niño o la niña hayan alcanzado la mayoría de edad. Aunque muchos países han establecido una edad legal mínima para el matrimonio, cada año, millones de niñas son vendidas o intercambiadas en ceremonias de matrimonio por sus familias muy por debajo de la edad legal. Aunque amplia, esta práctica ha sido tan poco documentada que prácticamente no hay datos. El matrimonio temprano y forzado de las niñas constituye uno de los múltiples abusos de los derechos de las niñas. En muchas sociedades, el bajo estatus social de las niñas las reduce a un bien de cambio. (...)”²²

V. INTERVENCIONES

1. Intervención del Ministerio del Interior y de Justicia

El Ministro del Interior y de Justicia, por intermedio de la abogada Ana Lucía Gutiérrez Guingue, participó en el presente proceso para solicitar la exequibilidad de las normas acusadas, pues considera que no desconocen la Constitución de 1991.

1.1. En primer lugar, se indica que “[e]l principio constitucional de la igualdad se traduce en el derecho que tienen todas las personas a que no se consagren excepciones privilegios que exceptúen a unos individuos de lo que se concede a otros en idénticas circunstancias, de donde se infiere que la real y efectiva igualdad consiste en aplicar la ley en cada uno de los acaecimientos según las diferencias constitutivas de ellos.”

1.2. La intervención sostiene que las normas acusadas son constitucionales por cuanto representan una medida de protección para las niñas. Continúa la intervención así,

“La igualdad exige el mismo trato para las personas y hechos que se encuentran cobijados bajo una misma hipótesis y una distinta regulación respecto de los que presentan características desiguales, bien por las circunstancias concretas que los afectan, ya por las condiciones en medio de las cuales actúan, pues unas y otras hacen imperativo que el Estado procure el equilibrio, que en derecho no es otra cosa distinta que la justicia concreta.

De allí que el mismo artículo 13 constitucional haya dispuesto que la actividad estatal se orientará al logro de la igualdad real y efectiva, adoptando medidas a favor de grupos discriminados o marginados y protegiendo especialmente a las personas que por su condición económica, física o mental, que se encuentran en posición de debilidad manifiesta.”

Se verifica, en el presente caso, una discriminación positiva justificada por ese mínimo de justicia material que se desprende de todo Estado social de derecho que se proclama justo. Ese trato diferente del débil se debe a la aplicación de la igualdad objetiva y no formal que predica la identidad entre los iguales y la diferencia entre los desiguales.”

1.3. Luego de indicar que según la “(...) jurisprudencia y la doctrina constitucional no existen derechos absolutos, lo cual implica que el legislador puede reglamentar el ejercicio de los derechos por razones de interés general o para proteger otros derechos o libertades de igual o superior entidad constitucional.” La representante del Ministerio señala al respecto,

“En el caso particular, la situación especial en que se encuentra el impúber debido a su condición, lo coloca en una circunstancia de indefensión, no sólo frente a su familiares, sino también ante la sociedad, por sus condiciones físicas y psicológicas lo que obliga a soluciones apremiantes, como es lo consagrado en las normas acusadas.

Así las cosas, con la expedición de las normas acusadas, el Estado puso en vigencia e hizo operativo el artículo 13 de la Constitución Política, en cuanto al derecho de igualdad, en lo que atañe con el deber del Estado de proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta y de sancionar los abusos o maltratos que contra ellas se puedan cometer.”

1.4. La intervención dice, “[e]ste Despacho no observa cómo las normas acusadas vulneren los derechos fundamentales aludidos en la demanda. Teniendo en cuenta que el artículo 42 de la Constitución determina que lo relativo al estado civil de la personas y los consiguientes deberes y derechos serán determinados por la Ley.”

“(...) al establecer que será impúber las mujeres -sic- a los doce años y los hombres a los

catorce, no desemboca necesariamente en la inconstitucionalidad de las normas acusadas. Estas normas están sujetas a la Constitución y a la ley, y el alcance de su regulación bien puede ser precisada por el Legislador, dentro de los parámetros constitucionales.

(...) en ámbitos en donde el Legislador dispone de amplia libertad de regulación el control de constitucionalidad se hace más flexible con el fin de no contrariar la libre acción del Legislador. Así pues, en este caso, el legislador en ejercicio de sus facultades podía establecer esta diferenciación. En este evento, el juicio de igualdad debe ser menos estricto, y por ende, son legítimas todas aquellas diferenciaciones que se adecuan razonablemente a al a finalidad permitida.

Por consiguiente, el juicio de igualdad deberá analizar las diferencias y similitudes en la edad y el desarrollo físico y psicológico de las personas, toda vez que ahí es donde nos encontramos frente a sujetos con igual status jurídico. Es pues perfectamente legítimo que el Código Civil establezca a partir de que edad se considera la persona como impúber.

En consecuencia, la Carta, por expresa disposición constitucional, de los artículos 13, 42 y 44, el tema de análisis es un asunto que se deja en manos del legislador. Así, la Constitución que se desplace dentro de los principios de protección especial a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad y evitarlos abusos o maltratos que en contra de ellos se puedan cometer.”

1.5. Finalmente, luego de indicar que la “(...) ley establece como principio general el de la capacidad de los individuos y sólo por excepción se indica y declara la incapacidad”, la intervención concluye que “(...) los artículos acusados se encuentran ajustados a los mandatos superiores, especialmente el que tienen que ver con la protección especial que tienen estos niños, dentro de la cual le corresponde al legislador señalar las condiciones y requisitos para que la mujeres y hombres sean considerados como un impúber, lo cual no contradice texto constitucional alguno.”

2. Intervención de la Defensoría del Pueblo

Karin Irina Kuhfeldt Salazar, Defensora Delegada para Asuntos constitucionales y legales de la Defensoría del Pueblo, intervino en el proceso de la referencia para solicitar la inexecutable de la norma acusada, pero por razones diferentes a las alegadas por el

demandante. Señala al respecto,

“(…) esta intervención coincide con el demandante en el sentido de que hay discriminación en las normas acusadas, pero difiere de aquél en la identificación del género discriminado: no es a los hombres, sino a las mujeres, a quienes se discrimina. La equiparación de la protección al menor de edad debe realizarse por el estándar más alto, no por el más bajo. La protección del interés superior del niño o niña es pues el criterio relevante.”

2.1. Para sustentar su petición, la intervención comienza su análisis caracterizando la reglamentación legal de la edad actualmente. Dice al respecto,

“La capacidad de obligarse y la responsabilidad personal son consecuencia de la capacidad de discernimiento, que no es una condición propia de todos los seres humanos, bien por motivos de edad, bien por razones físicas o psicológicas. Los primeros años de vida son años de aprendizaje, de descubrimiento del mundo, de debilidad física, y por ello es necesario extender la protección de los niños. El Código Civil, efectivamente, establece una diferenciación en los grados de responsabilidad y capacidad de las personas de acuerdo a su edad, de manera tal que los grados de madurez psicológica se compenetren con las potestades y obligaciones jurídicas de los individuos, haciendo posible que los menores asuman directamente el ejercicio de derechos y deberes de acuerdo a su edad.

Esta reglamentación aparece en el artículo 34 del Código Civil, una de las normas demandadas. La división más general es la que separa a mayores y menores, frontera que ha sido establecida por el parágrafo del artículo 18 de la Carta Magna en 18 años. Dentro de la categoría de los menores, existe una triple separación entre niños o infantes (...), impúberes (...) y menores adultos (...).”

Con relación a los impúberes, sostiene,

“Los impúberes, de acuerdo con el artículo 1504 del Código Civil, son incapaces absolutos, por lo que no pueden realizar acuerdos jurídicamente vinculantes más que por medio de sus representantes legales: el artículo 431 ídem establece que ellos están sujetos a tutela. (...)”

Tanto los actos de los infantes como los de los impúberes son nulos de nulidad absoluta, como establece el artículo 1741 del mismo estatuto, dado que éstos son absolutamente

incapaces, como establece el artículo 1504.”

Con relación a los menores adultos, por otro lado, señala,

“(…) los menores adulto no están sujetos a tutela sino a curatela, según los artículos 431 y 432 del Código Civil, lo que concuerda con el hecho de que se trata de incapaces relativos como lo establece el artículo 1504. En efecto, la posibilidad de ser emancipado por sus padres y, por ende, de poder manejar por sí mismo su patrimonio, indica que el menor adulto se halla realmente en una etapa intermedia de capacidad; la habilitación de edad es otra institución jurídica que se orienta en esta dirección. Es ahí, justamente, donde su denominación cobra su más amplio sentido: los menores adultos ciertamente tienen rasgos de menores, pero sus características también se asemejan a las de los adultos.

Estas diferencias consagran una progresividad en el grado de capacidad jurídica que se les reconoce a las personas, una gradación de la asunción de responsabilidades y atribuciones. Como se aprecia, la capacidad está determinada por rasgos etéreos. Sin embargo, en el caso del paso del impúber a menor adulto, a esta clasificación se le adiciona un componente: se trata del matiz de género.”

Teniendo en cuenta que “(…) la única diferencia entre géneros que se establece dentro de toda esta estructura es aquella que se refiere a la edad en que se pasa de ser impúber a ser menor adulto (…)”, la intervención de la Defensoría de Pueblo considera que el problema a resolver, en consecuencia, es “(…) si existe una definición fáctica entre los dos géneros que apoye la constitucionalidad de esta diferencia.”

2.2. Poniendo de presente, primero, la importancia que tiene el principio constitucional de igualdad, en especial en cuando se trata de relaciones entre géneros (arts. 13 y 43, CP), segundo, la manera como la jurisprudencia constitucional determina la razonabilidad de un trato legal diferente a dos grupos de personas, y, tercero, que el criterio empleado por las disposiciones en el presente caso —“sexo”— es sospechoso, la intervención sostiene que las normas acusadas deben ser sometida a un “juicio estricto de igualdad” para poder establecer si son constitucionales o no. Primero se analiza el artículo 34 y posteriormente el numeral 2° del artículo 140.

2.3. Análisis del artículo 34 del Código Civil

2.3.1. La Defensoría considera que “(...) la finalidad que busca la diferenciación contenida en el artículo 34 es que estos mismos menores tengan la posibilidad de manejar sus propios asuntos; se trata de buscar que la progresiva adquisición de discernimiento se vea acompañada por la ampliación de las posibilidades de ejercer directamente los derechos y las obligaciones propias del individuo.” (acento fuera del texto original)

La intervención considera que en el orden constitucional vigente se reconoce “(...) la existencia de diferentes etapas dentro de la minoría de edad, antes que una ruptura abrupta entre minoría y mayoría de edad, entre niñez y adultez (...)”; progresividad del desarrollo individual que “(...) debe ir acompañada de una creciente sujeción de las posibilidades que otorga la autonomía individual en el aspecto jurídico.”

En esta medida se concluye que “[e]l objetivo general de la norma —la creación de una gradación y unas etapas en la asunción de derechos y obligaciones por parte de los menores— resulta ser entonces constitucional y, dada la prevalencia de los derechos de los niños sobre los demás y el concepto de niño que está presente en la Constitución Política y los instrumentos internacionales, se erige en un objetivo constitucionalmente imperioso. Debe afirmarse con total claridad que el establecimiento de gradaciones etáreas en la adquisición de autonomía es un desarrollo natural y necesario de las normas de rango constitucional, y encaja con la protección del interés superior del niño.”

2.3.2. En cuanto a la idoneidad del medio para lograr el fin precisado, se indica,

“(...) La norma demandada tiende a obtener la protección superior de los derechos del menor a través de la identificación entre la capacidad de procrear y la madurez psicológica, entre desarrollo físico y desarrollo mental. Lo anterior se percibe al recordar que la estructura de la norma demandada implica que la capacidad relativa se concede a quienes pasaron la pubertad. El lenguaje es claro en este punto, pues es la madurez sexual, la preparación física para la reproducción, la que fue tomada en cuenta por el legislador para definir el momento de la vida del individuo en que éste puede empezar a tomar las riendas de su destino: no en vano se habla de “impúber” hasta ese momento.”

Para la Defensoría no todos los menores tienen el mismo grado de madurez, no todos logran “(...) la misma capacidad de discernimiento a una edad determinada, pues la diversidad es la regla.” A su juicio “(...) [l]a multiplicidad de factores que determinan la madurez de una

persona es tal que ésta difícilmente puede relacionarse con su desarrollo físico; la educación, la nutrición, las vivencias, todo ello puede afectar el desarrollo psicológico.”

La intervención de la Defensoría cuestiona la idoneidad de la regulación acusada por cuanto vincula de forma directa el desarrollo mental con el físico. En cuanto a la diferencia de género, advierte que se pronunciará al analizar la otra disposición acusada.

2.4. Análisis del artículo 140, numeral 2°, del Código Civil

2.4.1. La Defensoría considera que el objetivo de la diferenciación contenida en la norma demandada es constitucionalmente imperativo por cuanto tiende a “(...) asegurar que algunos menores puedan contraer matrimonio, según su grado de madurez (...)”, entendiendo al niño no como “(...) un ser ideal que debe ser protegido de forma absoluta y, por ende, alejado de la situación de los adultos, ni como un incapaz, una persona limitada en sus capacidades, sino como un individuo cuya capacidad de razonamiento va madurando a medida que pasa el tiempo y aumenta su interacción social.”

2.4.2. En segundo lugar, se estudia la idoneidad del medio elegido por el legislador para alcanzar la finalidad propuesta. Al respecto se sostiene,

“(…) La nulidad del matrimonio busca proteger los derechos de los menores relacionando la capacidad de raciocinio con la posibilidad de reproducción. En efecto, ninguna otra razón parece indicar el sentido de distinguir entre las edades de hombre y mujer, cuyos rangos son iguales a los establecidos por el artículo 34, lo que reforzaría esta idea.

En este caso se trata de una particular noción de familia, aquella que entiende por familia una unión de personas de diferente sexo, encaminada a lograr la reproducción. Es evidente, y ha sido aclarado por la Corte Constitucional en numerosas ocasiones, que el concepto de familia contenido en la Constitución de 1991 dista de identificarse con esta noción,²³ pues lo esencial en la familia es el vínculo entre las personas. (...)”

2.4.3. La Defensoría señala que ya en un caso anterior (sentencia C-344 de 1993; M.P. Jorge Arango Mejía) la Corte Constitucional se había ocupado de la posibilidad que otorga el Código Civil a los púberes para casarse, señalando que al exigirse el permiso de los padres, los ascendientes o de los representantes legales para que tal acto pueda celebrarse, queda claro

que el propósito de la disposición es “proteger al mismo menor contra su inexperiencia”. La defensoría recuerda que aquella oportunidad la Corte consideró que “(...) desde el punto de vista estrictamente somático, las personas que han llegado a la pubertad, son aptas para la función reproductora, no hay que olvidar que el matrimonio es una relación compleja, que exige madurez emocional que generalmente sólo se va alcanzando con el paso de los años.”

Por tanto, concluye la Defensoría, “(...) la gravedad y seriedad que tiene un compromiso matrimonial implica que la capacidad de raciocinio necesaria para poder acceder al mismo debe ser suficientemente elevada, y por más que los menores adultos requieran un permiso por parte de sus curadores, la puerta que se abre implica una mayor autonomía ya que la posibilidad de contraer matrimonio es real a partir del franqueo de las edades establecidas.” No obstante, el hecho de que estas edades se diferencien en razón al género plantea, a su juicio, serias inquietudes con la idoneidad de la medida.

2.5. Análisis del criterio de distinción: el género

Se alega entonces lo siguiente,

“(...) la vinculación estricta de la madurez sexual con la madurez psicológica entraría dentro de estos patrones socioculturales contra los cuales el Estado colombiano se comprometió a luchar, por lo que mal puede reforzarlos con la legislación existente. En la realidad colombiana, existe un patrón sociocultural que entiende que el papel de la mujer dentro de la sociedad es el de asegurar la reproducción, la supervivencia de la especie.

Es claro hoy en día que no se pueden adscribir roles a las mujeres diferentes a los de los hombres, por lo cual el artículo 1° de la Convención contra todas las formas de la discriminación contra la mujer indica la necesidad de la igualdad en el ámbito civil. La reproducción no es la función esencial de la mujer en la sociedad. Por ello, para lograr la modificación de estos modelos de conducta, debe eliminarse la identidad entre desarrollo sexual y desarrollo psicológico.”

La Defensoría alega que el criterio elegido por el legislador “no es el más apto”, por lo que la medida es inconstitucional al no ser un medio idóneo para obtener el fin elegido. “Igualar la capacidad reproductiva a la capacidad de asumir responsabilidades —señala— impone

mayores cargas a los individuos que ya sean púberes pero cuyo desarrollo psicológico no vaya a la par con esta evolución física.”

Por último, indica que la “(...) existencia de un límite rígido, intangible y distinto según el género de la persona vulnera innecesariamente el libre desarrollo de la personalidad de quienes por su madurez mental ya no requieren la protección de la incapacidad absoluta, a la vez que desprotege a quienes, aún no siendo lo suficientemente maduros para asumir un mayor grado de autonomía, pasan a hallarse dentro del régimen de la incapacidad absoluta.” Así pues, alega que la “(...) medida no es indispensable, en el sentido de que sí existen otros medios menos lesivos para lograr el objetivo de las normas demandadas y que, por ende, éstas son inconstitucionales.”

2.6. La intervención considera que la decisión que adopte la Corte debe dar lugar a un fallo de inexecutable modulado. Sustenta así su solicitud,

“(…) los efectos de un fallo de inexecutable no modulado serían el de crear un vacío normativo respecto a los límites establecidos por las normas, por lo que se hace necesario adoptar una decisión que evite este inconveniente. Teniendo como base la necesidad de igualar las edades de hombres y mujeres, la protección que requieren los menores en edad escolar y el requisito de incidir lo mínimo posible en las decisiones tomadas por el legislador, una saludable decisión sería determinar que el límite de 14 años se aplique a todas las personas por igual.

Para esto habría que retirar el ordenamiento jurídico los términos “varón” y “y la mujer que no ha cumplido doce” del artículo 34 del Código Civil, así como las expresiones “varón” y “y una mujer menor de doce” del numeral segundo del artículo 140 del mismo estatuto.”

3. Intervenciones ciudadanas

3.1. Facultad de Derecho de la Universidad EAFIT, Medellín

En concepto presentado por el Decano Juan Diego Vélez y los Profesores Marta Elena Montoya Osorio y Guillermo Montoya Pérez, la Facultad considera que ambas normas deben ser declaradas inexecutable por violar la Constitución Política. Sustentan su posición con base en los siguientes argumentos.

3.1.1. En primer lugar se indica que “[l]a razón de ser de la diferencia, entre mujeres y hombres, consagrada en el artículo 34 del Código Civil tiene una clara y siempre aceptada connotación fisiológica; ello porque se ha considerado que la mujer a los doce (12) años puede ser fecundada y a partir de la fecundación gestar una criatura; a la vez se ha considerado, desde el mismo punto de vista fisiológico que el varón sólo puede fecundar a partir de los catorce (14) años. (...)”

3.1.2. La intervención considera que el criterio empleado por la norma es inadecuado; al respecto dice,

“Así las cosas, cabe preguntarse: ¿Qué relación tiene el aspecto fisiológico de la fecundación con la capacidad jurídica? Y la respuesta se impone: nada!

La capacidad debe determinarse, y de hecho se determina, con fundamento en consideraciones psicológicas, sociológicas y culturales, campos en los cuales no aparece ningún hecho indicativo que justifique establecer diferencias entre mujeres y hombres: todos son infantes, si son menores de siete (7) años; todos son mayores, al cumplir los dieciocho (18) años. ¿Por qué razón, entonces, debe hacerse diferencia para determinar el status en el paso de la infancia a la pubertad? Al no encontrarse una razón justificativa del trato diferencial entre mujeres y varones, debe concluirse que la norma del artículo 34 del Código Civil es discriminatoria porque da un trato diferente a las personas jurídicas individuales por razón del sexo, constituyéndose la norma en regla contraria a los artículo 13 y 43 de la Carta Política de 1991.”

3.1.3. La intervención considera que “(...) por razones de protección y respondiendo a los criterios psicológicos-sociológico-culturales, la pubertad para efectos de capacidad ha de establecerse a partir de los catorce años y no a partir de los doce años (...)” Solicita que se integre la unidad normativa correspondiente “(...) a efectos de entender que en todas las normas donde se señale la pubertad, dentro de la esfera de la capacidad jurídica, ella establece para hombre y mujeres a partir de los catorce años.”

3.1.4. Con relación al artículo 140, numeral 2° del C.C., la intervención señala que si bien podría considerarse, en principio, que como consecuencia de la decisión anterior se impone que la edad para casarse será en adelante de 14 años para hombres y mujeres, otras consideraciones jurídicas relevantes para el caso reclaman una conclusión diferente.

Teniendo en cuenta que,

3.1.4.1. “Se ha establecido a nivel universal siguiendo la directrices de la Convención sobre Derechos del Niño de 1989, que para todos los efectos propios del Tratado Internacional y de las legislaciones que de él se derivan, se entiende por niño ‘...todo ser humano menor de 18 años, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad’.”

3.1.4.2. “El matrimonio es un acto jurídico de enorme trascendencia en la vida de las personas jurídicas individuales. Por razones de orden público el Estado ha señalado que la estructura del matrimonio, como institución jurídica, pertenece al llamado Orden Público Jurídico, razón por la cual el Estado señala y controla lo atinente a los efectos del matrimonio.”

3.1.4.3. “(...) la Carta Política de 1991 y los Tratados Internacionales vigentes en Colombia han establecido que la sociedad está obligada a proteger a los niños de manera prevalente.”

3.1.4.4. “En el mundo contemporáneo se mira con asombro el fracaso de las relaciones matrimoniales entre personas menores de edad y se taca a las legislaciones que han establecido reglas especiales, de capacidad, para la celebración del acto jurídico del matrimonio; reglas especiales en el sentido de considerar como capaces a los menores de edad para contraer matrimonio. Resulta ilógico, por decir lo menos, que para un simple contrato de compraventa se exija, para la validez del negocio mismo, la mayoría de edad en tanto que para un acto de la trascendencia propia del matrimonio sólo se exija, como en el caso colombiano, tener 12 ó 14 años según se sea mujer o hombre.” A esto se añade que “[l]as legislaciones contemporáneas tienden a aplicar la Convención sobre los Derechos de la Infancia a efectos de establecer la capacidad matrimonial sólo a partir de la mayoría de edad, así se adelanta procesos legislativos en tal sentido en Suecia y México.”

3.1.4.5. Los derechos de los niños son fundamentales, según el artículo 44 de la Constitución. Y se añade, “[p]or su parte el artículo 94 de la Carta Política señala que la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negociación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos. Con fundamento en esta norma bien puede

afirmarse que frente a los menores de 18 años, niños para todos los efectos jurídicos, es aplicable la Convención sobre los Derechos de la Infancia que señala que no debe permitirse el matrimonio entre sujetos que tengan la calidad de niños.”

Concluye la intervención con relación a la segunda norma demandada lo siguiente,

“(…) el numeral 2° del artículo 140 del Código Civil es norma que contraviene a lo dispuesto en los artículos 44 y 94 de la Constitución Política de Colombia de 1991 y por tal razón habrá de declararse inexecutable de manera tal que en adelante se entienda que los menores de 18 años, hombre y mujeres, no tienen capacidad para contraer matrimonio.”

3.2. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad ICESI, Cali

El Decano Lelio Fernández D. remitió el concepto elaborado por la Facultad, en el que se sostiene que aunque no comparten “(…) la idea del demandante en virtud de la cual las disposiciones acusadas establecen un trato diferenciado fundado en el sexo, consideramos necesario que la Corte estime este cargo, en atención a las diferentes consecuencias jurídicas que se derivan para varones y mujeres como efecto de la aplicación en el Código Civil del artículo 34.” A partir de un juicio de igualdad débil, concluye la intervención que no existe una “(…) discriminación contra los varones mayores de 14 y menores de 18 años en razón del sexo.”

No obstante, “[a]nte la falta de determinación científica de una edad exacta de arribo a la pubertad, y la importancia del desarrollo psíquico y emocional para la determinación de la capacidad jurídica”, se propone “que la Corte recomiende al legislador desvincular la determinación de la capacidad, de la definición contenida en el artículo 34.”

Las consideraciones en que funda la Facultad de la Universidad su posición son los siguientes,

3.2.1. En primer lugar se sostiene que el único cargo presentado por el demandante que es susceptible de ser objeto de análisis en sede constitucional, es aquel que versa sobre una eventual violación del principio de igualdad. Con relación a los demás se indica,

“Encontramos una utilización indiscriminada de argumentos religiosos y prudenciales, que la Corte debe abstenerse de considerar; los primeros por el carácter pluralista de la Carta

Política y los últimos, en tanto se desligan del examen constitucional del asunto. También se hacen afirmaciones que parecen basarse en la propia experiencia del accionante y no en el estudio disciplinado que exige una decisión como la que está en juego (...)"

3.2.2. La intervención considera que "[c]omo el cargo versa sobre vulneración al derecho a la igualdad, es necesario en principio considerar si hay lugar a la aplicación del procedimiento denominado test de igualdad, (...)" indicando que "(...) no habría lugar al test si la diferencia establecida por el legislador entre varones y mujeres fuese sólo un trato diferenciado fundado exclusivamente en situaciones de hecho consideradas de manera constante como claramente diferentes. Al decir 'de manera constante' entendemos referirnos a situaciones tenidas como claramente diferentes, por la estimación común y por el consenso científico, tanto en el momento en que se produjo la legislación como actualmente." Analiza la cuestión en los siguientes términos,

"Para los especialistas en derecho de familia resulta claro que siglo y medio atrás, cuando se redactaron las disposiciones acusadas, se partió simplemente del criterio de idoneidad para la reproducción sexual. Para tales disposiciones, el desarrollo personal se medía con base en la menarca o primera menstruación femenina, cuya aparición se ubicaba a los catorce años. En ambos casos, un momento de obvia determinación en términos generales, para la capacidad de reproducción. La posibilidad de concebir era, entonces, el criterio que el legislador tomaba en cuenta para definir los términos de impúber y púber, como palabras de uso frecuente y necesario en la ley. Existía la convicción de que la mujer llegaba primero a la pubertad así entendida, es decir, en edad más temprana, lo que justificaba la distinción normativa. Hay que tener en cuenta que la concepción dominante en el momento de establecer la definición legal de pubertad, circunscribía lo sexual dentro de los límites de un finalismo reproductivo. De esto se seguía una concepción moral que podríamos considerar biologizante en un sentido muy estricto.

El modo de comprender la sexualidad, la pubertad, y el sentido de la misma se ha transformado profundamente desde ese momento, gracias al avance y a la difusión del conocimiento científico. Sobre el valor actual de la distinción en cuestión consultamos a la Dra. Audry Mary Matallana, reconocida endocrinóloga de la ciudad de Cali. Según ella, existe hoy un consenso acerca de que el término pubertad indica un período caracterizado por una serie de cambios químicos, que producen transformaciones físicas y psíquicas en la persona.

Más que un momento exacto en la vida, se trata de una etapa que empieza en las mujeres alrededor de los ocho años y se prolonga aproximadamente hasta los doce, y en los hombres va, aproximadamente, desde los diez hasta los catorce. Esta etapa culmina, en ciertos aspectos, en el momento en que se adquiere la capacidad reproductiva. De todos modos, el que empiece antes o después depende de factores genéticos, ambientales y alimenticios entre otros, por lo que no podría establecerse con términos muy precisos de inicio y fin.

La distinción establecida por el Legislador coincide entonces, a primera vista, con una conclusión actual de la endocrinología: en cuanto a la capacidad reproductiva, la mujer se anticipa al varón con una diferencia aproximada a la que se encuentra en la legislación. Pero resulta claro que la definición legal sólo tiene en cuenta una determinación cronológica precisa que es, además, la del término final. (...)

Mucho más importante que la edad de culminación, es todo lo que la endocrinología, la Psicología (evolutiva, clínica, social), la sociología y la antropología han aportado al conocimiento general sobre esa etapa de la vida. Sus aportes han generado un consenso, creciente desde hace más de un siglo, sobre la compleja unidad biológica, psíquica y emocional de la condición humana. Una unidad de desarrollos no necesariamente simultáneos, ni homogéneos, y siempre condicionados por factores culturales diversos. Sobre esos desarrollos, tanto la psicología evolutiva como la psicología social, la antropología y la sociología complementan la información que proviene de las ciencias médicas.”

Para la facultad la cuestión “(...) se centra en el efecto que esa definición [la definición legal de ‘pubertad’] va a tener sobre las disposiciones basadas en ella.” Señala que esa “(...) definición sólo atiende a la diferencia cronológica en el momento de arribo a la capacidad de reproducción; como si éste fuese un criterio válido para distribuir facultades entre varones y mujeres. Pero esa situación de hecho de clara diferenciación entre ellos no tiene hoy el sentido y el peso que se le atribuyó en el pasado. Es más importante la capacidad de deliberación para la toma de decisiones, a la cual no se accede automáticamente por el solo hecho de alcanzar la maduración sexual. (...)”

3.2.3. Por tanto concluye el concepto: “Se trataría de la vulneración a la igualdad formal e igualdad de trato. La primera es una forma básica, según la cual la ley no puede hacer distinciones infundadas, porque al hacerlo pierde su legitimidad y fuerza vinculante. La

igualdad de trato requiere que ante situaciones fácticas iguales el legislador contemple consecuencias jurídicas iguales. Es una inferencia errónea considerar que la mujer al alcanzar más rápidamente la edad reproductiva, adquiere por ello más temprano el entendimiento necesario para la celebración de ciertos actos jurídicos.”

3.2.4. Con relación a la intensidad que debe tener el juicio constitucional de igualdad al que se sometan las normas acusadas, la Facultad sostiene,

“Como la distinción establecida por el legislador tiene consecuencias jurídicas distintas para varones y para mujeres, podría pensarse que es necesario hacer un test de igualdad estricto; pero a nuestro juicio resulta pertinente en el caso estudiado la aplicación de un test débil. Dos razones nos llevan a esta conclusión; la inexistencia de un criterio sospechoso en sentido estricto y la amplia potestad de configuración del legislador en esta materia. La primera se explica porque la discriminación no debe entenderse de manera formal, como un trato diferenciado fundado en un criterio como el sexo o la raza, en ausencia del contexto de su producción. El criterio sospechoso debe entenderse como un fenómeno profundamente vinculado con el modo de estimar lo biológico, en un contexto cultural determinado. La incorrección del trato diferenciado se debe calificar en el marco de dicho contexto. Sobre ese aspecto podemos señalar que si algo no caracteriza nuestra historia cultural es la minusvaloración del varón por el hecho de serlo, ni la sobrevaloración de la mujer, en virtud de su condición. La condición de varón no ha sido la razón para el establecimiento de una definición estipulativa que parece ser desventajosa para él.”

3.2.4.1. En cuanto la primera razón se alega que si bien “ser varón” es (i) “un rasgo permanente de la persona” y (ii) “no es un criterio sobre el cual se pueda hacer, prima facie, un reparto racional de derechos, ventajas y cargas sociales”, (iii) “los varones no han estado sometidos históricamente a patrones de valoración cultural según los cuales sean considerados como seres inferiores, dignos del menosprecio y el aislamiento social”, ni (iv) “han sido asociados, en virtud de su sexo, a prácticas discriminatorias”. Por eso se alega,

“(…) No parece sensato pensar que el legislador buscaba, al promulgar las normas acusadas, discriminar al hombre a favor de la mujer. No sólo por los rasgos de la cultura, sino porque la misma legislación dejaba a las mujeres un margen de autonomía muy restringido. La mujer no tenía la posibilidad de administrar su propio patrimonio, estaba sometida a la potestad

marital, no podía ejercer la patria potestad sobre los hijos, etc. Esta realidad jurídica hacía inocua la supuesta ventaja consagrada por el artículo 34 del Código Civil.”

3.2.4.2. Con relación a la segunda razón que justifica evaluar las normas acusadas según un “test débil de igualdad” se indica,

“El artículo 34 forma parte de las definiciones de uso frecuente en la ley. Estas definiciones encuentran su razón de ser en la necesidad de brindar certeza a los operadores jurídicos, al momento de interpretar las disposiciones del Código Civil referidas a ellas. Su sentido es intentar reducir al máximo la vaguedad en el lenguaje jurídico. La elaboración de definiciones estipulativas es una práctica legítima en el derecho, tal como sucede en cualquier otra disciplina. Dentro del sistema jurídico se faculta al legislador para el desarrollo de esta tarea. (...)”

3.2.5. Concretamente con relación al artículo 140, numeral 2° del Código Civil, se alega que “(...) el matrimonio no es un acuerdo puramente formal, sino un vínculo que conlleva deberes de tipo económico y moral. Dentro los segundos encontramos el cuidado del otro y de los hijos, la responsabilidad de sustentar el hogar, la tarea de servir de espejo en el cual los menores construyen su propia identidad y adquieren los rasgos morales que harán posible el establecimiento de una relación adecuada con el entorno social. Estas razones sirven para entender el amplio margen de acción con que cuenta el legislador para esta materia, en el marco de una sociedad democrática.”

3.2.6. El análisis específico de la constitucionalidad de las normas, a partir de un juicio de igualdad ordinario (llamado por el interviniente débil) se hace en los siguientes términos,

3.2.6.1. Se considera que los fines buscados por ambas normas son legítimos. El artículo 34 del C.C., por cuanto “[p]arece razonable pensar que el fin del legislador, es eliminar la vaguedad en el lenguaje, mediante el establecimiento de una definición estipulativa de impúber; lo que en sí mismo no contraría disposiciones de rango constitucional. (...)” Y el artículo 140, numeral 2°, del C.C., por cuanto “[p]arece admisible que el fin buscado es mantener por fuera del ámbito de las responsabilidades matrimoniales a las personas que aún no completan su formación o desarrollo integral. Este fin protector se encuentra en la Constitución, en concordancia con el art. 44, según el cual, corresponde también al Estado la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el

ejercicio pleno de sus derechos. (...)”

3.2.6.2. Con relación al medio elegido por las normas acusadas para llegar al fin propuesto, dice la intervención, “(...) el legislador puede establecer tratos diferenciados fundados en el sexo, si con ellos busca reconocer como valiosos aquellos rasgos que forman parte de la identidad de las personas o promover una protección socialmente deseable. (...)” Ahora bien, “[c]omo los investigadores del desarrollo aún afirman que los varones llegan a la pubertad más tarde que las niñas, podemos concluir que la diferenciación legal no se funda en un prejuicio que ponga en peligro la identidad y la dignidad masculinas. El legislador buscó brindar mayor protección al varón durante esa etapa de su formación, y se apoyó para ello en una convicción que aún en la actualidad resulta razonable.”

3.2.6.3. Finalmente, con relación a la relación al la adecuación del medio para alcanzar el fin propuesto, la intervención considera que “(...) la naturaleza protectora de la diferenciación, en las dos disposiciones acusadas, pretende en último término “blindar” a la persona, a la familia y al orden jurídico, contra los atentados a su desarrollo y equilibrio. Los varones entre 12 y 14 años, en este caso, no son tratados por el legislador como objetos para fines extraños a ellos mismos. La protección que les otorga el legislador se funda en criterios razonablemente objetivos, y es compatible con su dignidad y derechos.” Se concluye entonces que “(...) no existe en las disposiciones acusadas vulneración al derecho a la igualdad de los varones entre los 12 y 14 años, ni mucho menos un atentado a su dignidad. Esta conclusión es resultado de una reflexión sobre el cargo único contra la norma acusada (...)”

“(...) Al hacer esto la discusión se desplazaría hacia la determinación de cuál es la edad promedio en que las personas gozan de una capacidad de discernimiento adecuada para ejercer, por cuenta propia, ciertos derechos de carácter civil y comercial y tomar decisiones con efectos a largo plazo, como la de contraer matrimonio. No se trata de una propuesta novedosa; en algunas legislaciones como la brasileña, se consideran incapaces absolutos a las personas menores de 16 años, e incapaces relativos a quienes se encuentran entre los 16 y los 18 años.

En Colombia el legislador podría determinar, a partir de los dictámenes médico psicológicos,

que se entienda por incapaz absoluto, para todos los efectos, a toda persona menor de 14 años y por incapaz relativo a todos los menores entre los 14 y los 18 años. (...)"

VI. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

El Procurador General de la Nación, Edgardo José Maya Villazón, intervino en el presente proceso mediante el concepto 3453 de diciembre 18 de 2003. El Procurador presenta a la Corte Constitucional las siguientes solicitudes en su concepto,

(1) "Declarar inexecutable la diferencia de edades que señala el artículo 34 del Código Civil para que hombres y mujeres se consideren impúberes, inexecutable que debe diferirse en el tiempo a efectos de que el Congreso de la República pueda fijar dicha edad en condición de igualdad para hombres y mujeres."

(2) "Declarar la executable del aparte acusado del numeral 2° del artículo 140 del Código Civil, bajo el entendido que la nulidad que él contempla estará sometida a lo que en su momento disponga el legislador frente a la edad de los contrayentes, como consecuencia de la declaración de inexecutable del artículo 34 del Código Civil."

El Director del Ministerio Público funda sus solicitudes en los argumentos que se exponen a continuación.

1. Luego de hacer un recuento de las normas del Código Civil que establecen las reglas de capacidad de las personas, el Ministerio Público sostiene,

"Para efectos de establecer la capacidad y en atención a la edad, se define que son absolutamente incapaces los impúberes, respecto a los menores de edad, los reconoce como relativamente incapaces, pero en uno y otro caso, la ley civil hace una diferenciación por razón de sexo, esto es, que fija la edad en 14 años para hombres y 12 para mujeres para marcar la diferencia entre impúberes menores de edad.

(...) el trato discriminatorio existe en relación con los hombres comprendidos entre los doce (12) a catorce (14) años, toda vez que las mujeres de estas edades gozan de capacidad relativa se insiste y los actos que celebren quedan viciados de nulidad relativa y pueden ser ratificados por su representante legal (padre o tutor), a diferencia de los varones a quienes se les califica como incapaces absolutos y por ende sus actuaciones son absolutamente nulas e

insaneables.”

2. Para el Procurador General, “[l]as incapacidades tienen un sentido protector a favor de un grupo de personas que por razón de ciertas características (edad, limitaciones físicas, inmadurez o enajenación mental) pueden resultar afectados en sus intereses. Porque no tienen total discernimiento o la experiencia suficiente para expresar su voluntad, adquirir derechos y obligarse con claridad suficiente y por sí mismas. Por ello, el legislador las ha definido como incapaces y las habilita para celebrar actos jurídicos.” Por tal razón, considera ajustado a la Constitución que la ley brinde un tratamiento jurídico, en relación con su capacidad, diferente a los infantes y a los adolescentes; cada grupo requiere una protección diferente en razón a su momento de desarrollo personal.

3. No obstante, la diferencia de trato entre estos dos grupos, pero ya no con base en la edad, sino con base al sexo, es considerada discriminatoria. Partiendo de la base de que se trata de una norma que emplea como criterio de clasificación sospechosos (el “sexo”), motivo por el que el juicio constitucional de igualdad debe ser estricto, sostiene el concepto del Ministerio Público,

“Si recurrimos a los antecedentes legislativos de la normativa acusada, encontramos que dada la antigüedad del Código Civil (1873) resulta imposible encontrar una explicación histórica para la razón de ser de la diferencia de trato entre las mujeres y los hombres para efectos de reconocerle a las primeras capacidad relativa antes que a los hombres por razón de la edad.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta el momento cultural en que se redactó dicha codificación, su autor, Andrés Bello, siguió muy de cerca el derecho romano que tenía prevista una marcada diferenciación entre hombres y mujeres.

Sin embargo, a diferencia del derecho romano se trató de zanjar la diferencia marcada entre hombre y mujer para efectos de la capacidad y se consideró que como esta última en razón a su rápido desarrollo físico y fisiológico que influía de manera directa en su madurez psicológica y emocional, podía asumir con mayor rapidez responsabilidades en la toma de decisiones con consecuencias jurídicas, a diferencia del varón que tardaba aún más en dicho desarrollo. Por tal motivo, se consideró oportuno marcar la diferencia y fijar un límite inferior de edad para la mujer, hasta ahora se controvierte su constitucionalidad.

(...) en los tiempos actuales la situación ha cambiado ostensiblemente, sin que perdamos de vista que el límite para alcanzar la mayoría de edad ha ido disminuyendo, de 25 pasó a 21 y con la ley 27 de 1977 se redujo a 18, igual en la Carta Política la ciudadanía se estableció en los 18 años, mientras la ley no decida otra edad (artículo 98 párrafo único). Igual ha acontecido con el desarrollo de hombres y mujeres, cuyos procesos se han acelerado y unificado.

Si recurrimos a los conceptos emitidos en el asunto de la referencia a solicitud de la Corte Constitucional, advierte el Procurador que los expertos pertenecientes a la Universidades Nacional de Colombia (fls. 34 a 39), Andes (fls. 65 a 67), exceptuando la Javeriana (fls. 41 a 43) acogen los planteamientos del ciudadano Sanabria Ardila (...)

Es decir, no existe un criterio razonable, sea este psíquico o físico, que permita afirmar que tiene algún sustento reconocerle a la mujer, en razón de su edad, primero capacidad que al hombre, pues de acuerdo a los criterios técnicos que reposan en el expediente esa diferenciación no tiene sustento alguno, de allí que no sea constitucional que la misma pueda admitirse dado que esa distinción repercute directamente en el reconocimiento de otros derechos que son esenciales para el ser humano, como el relativo al fijar su estado civil.

En este orden, concuerda el Ministerio Público con el ciudadano Sanabria Ardila al considerar que la diferencia que trae la norma acusada del Código Civil entre hombres y mujeres para efectos de determinar la capacidad no tiene un sustento racional que la haga admisible a la luz de los postulados de la Constitución de 1991”

4. Finalmente, el Ministerio Público sustenta su solicitud a la Corte Constitucional así,

“(...) como el mencionado precepto (artículo 34 del C.C.) señala dos edades, la de 12 y 14, advierte el procurador que escapa del resorte del control de constitucionalidad que ejerce esa Corporación y en el que interviene el Ministerio Público, determinar cuál de ellas es la apropiada o la que sirve de marco de referencia para definir un tema tan delicado como el de la capacidad, cuya regulación está en cabeza exclusiva del Congreso de la República (incluso último artículo 42 de la Constitución Política).

Por esta razón, el jefe del Ministerio Público solicitará a la Corte Constitucional que declare la inexecutable de la diferencia de edades que el legislador señaló en el artículo 34 del

Código Civil, entre mujeres y hombres para ser tenidos como impúberes, pero como no es del resorte del juez constitucional señalar la edad que para el efecto debe dejarse, que en el caso concreto podría ser la de los 12 o los 14, dicha inexecutable debe ser diferida en el tiempo para que más tardar al finalizar el año 2004, el Congreso de la República establezca la edad en que legalmente a hombre y mujer se les considerará impúberes.”

VII. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

En virtud de lo dispuesto por el artículo 241, numeral 4, de la Constitución, la Corte Constitucional es competente para conocer de las acciones de inconstitucionalidad contra las leyes de la República.

2. Cuestión inicial: inhibición de la Corte Constitucional para resolver el cargo en contra del artículo 34 del Código Civil

2.1. El artículo 34 del Código Civil, al igual que el resto de normas del Capítulo V del Título Preliminar, tiene por objeto definir una serie de conceptos. En este caso se trata de las categorías en las cuales divide el sistema jurídico el desarrollo evolutivo humano. Aunque no se introduce como elemento normativo del artículo 34 del Código, a partir de una lectura sistemática del mismo, se concluye que la función de los conceptos tratados en dicho artículo es servir de marco conceptual para definir las reglas de capacidad del ejercicio de los derechos por parte de las personas.

El artículo contempla dos grandes categorías, la primera es la ‘mayoría de edad’ (o simplemente ‘mayor’) como se denomina a quien “ha cumplido dieciocho años” (21 originalmente); la segunda es ser ‘menor de edad’ (o simplemente menor) como se denomina a quien “no ha llegado a cumplirlos”. El grupo de los menores se divide a su vez en tres categorías: con la primera, ‘infante’ o ‘niño’, se denomina a “todo el que no ha cumplido siete años”; con la segunda, ‘impúber’, al “varón que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce”; y con la tercera, ‘adulto’, al “que ha dejado de ser impúber”. Los ‘menores-adultos’ son las mujeres entre los 12 y los 18 años y los varones entre los 14 y los 18 años.²⁴

2.2. La acción pública de inconstitucionalidad bajo estudio alega que la definición de 'impúber' desconoce la "primacía de los derechos inalienables de la persona" (art.5; C.P.), los "derechos fundamentales de los niños" (art.44; C.P.), y el principio de igualdad (art.13; C.P.), al determinar que la categoría 'menor-adulto' hace referencia a las mujeres a partir de los doce (12) años de edad y a los hombres a partir de los catorce (14) años de edad. A su juicio, el aparte demandado del artículo 34 del Código Civil establece una diferencia de trato discriminatorio basado en el sexo, al otorgar dos años más de capacidad a las mujeres que a los hombres.

En consecuencia, el alegato no es susceptible de ser analizado en sede de constitucionalidad, pues la norma que formalmente se demandó no contiene la regla jurídica acusada. Para que un argumento sea pertinente para fundar una acción pública de inconstitucionalidad, se requiere que la regla jurídica que se acusa de violar la Carta Política se encuentre contemplada por las disposiciones legales que hayan sido demandadas.²⁵

2.4. No desconoce la Corte que el artículo 34 del Código Civil está estrechamente relacionado con las reglas de capacidad fijadas en muchas otras disposiciones del sistema legal. Pero para que proceda la demanda en contra del artículo 34 del Código por esta razón, deben demandarse también aquellas otras disposiciones legales que abordan el tema, en especial el artículo 1504 del mismo Código.²⁶ En el presente caso los artículos sólo fueron mencionados en la demanda, no fueron objeto de ésta.

Por tanto, la Corte Constitucional se inhibirá de conocer los cargos en contra del artículo 34 del Código Civil por no ser pertinentes. La demanda no demuestra que llamar menor adulto al que "ha dejado de ser impúber", esto es "al mayor de 14 y a la mayor de 12 años", de por sí, desconoce principio constitucional alguno. La norma fija una definición estipulativa que cobra importancia en materia de capacidad en tanto genere efectos y consecuencias jurídicas. El artículo 34 del Código Civil, por sí sólo, no los genera.

3. Problema jurídico con relación a la capacidad de contraer matrimonio de los niños y de las niñas

3.1. Jesús Sanabria Ardila considera que la regla del Código Civil según la cual el matrimonio es nulo y sin efecto cuando se ha contraído entre un varón menor de catorce años, y una mujer menor de doce, o cuando cualquiera de los dos sea respectivamente menor de aquella

edad (artículo 140, numeral 2°) no se adecua a los postulados de la Constitución Política de 1991.

Aduce el demandante que la regla viola la “primacía de los derechos inalienables de la persona” (art.5, CP), los “derechos fundamentales de los niños” (art.44, CP), y el principio de igualdad (art.13, CP), en especial, la protección de la “igualdad de oportunidades” entre géneros y la prohibición de discriminación (art.43, CP). A su juicio, no es razonable que la ley sancione los “matrimonios” celebrados por mujeres menores de 12 años como “nulos y sin efectos”, mientras que igual sanción se impone a los matrimonios celebrados por hombres menores de 14 años.²⁷

El problema jurídico que surge de la demanda contra el numeral segundo (2°) del artículo 140 del Código Civil es el siguiente: ¿Una norma desconoce los derechos fundamentales de los niños (art. 44, CP) y el principio de igualdad (en especial la igualdad de protección y la prohibición de discriminación entre sexos —arts. 13 y 43, CP) al declarar “nulo y sin efecto” el matrimonio celebrado por una mujer adolescente menor de doce (12) años,²⁸ mientras que en el caso de un varón adolescente²⁹ igual efecto sólo se otorga a los matrimonios cuando éste es menor de catorce (14) años?

3.2. Para absolver esta pregunta la Corte estudiará los argumentos presentados por el demandante de la siguiente forma:

(i) analizará si la diferencia de edad entre hombres y mujeres establecida en la norma acusada obedece a un fin de protección de la mujer o si responde a fines distintos, habida cuenta de que la norma acusada proviene de leyes civiles que han estado en vigor desde el siglo XIX e incorpora una regla usada por el derecho romano; [apartado 4 de las consideraciones]

(ii) aludirá a los mandatos de protección de los menores, en especial a los consagrados expresamente en el artículo 44 de la Carta Política, para mostrar que éstos no son paternalistas o perfeccionistas sino que están encaminados a garantizar condiciones para que los menores ejerzan plenamente sus derechos y se puedan desarrollar de manera libre, armónica e integral; [apartado 5 de las consideraciones]

(iii) recordará el contenido del principio de igualdad, en especial la prohibición de

discriminación, la igualdad de trato y la igualdad de protección; [apartado 6 de las consideraciones]

(iv) definirá el contenido y el alcance del derecho a conformar libremente una familia, que también le asiste a los menores sin discriminaciones de género y [apartado 7 de las consideraciones]

(v) precisará el grado de amplitud del margen de configuración del legislador para fijar la capacidad para contraer matrimonio; [apartado 8 de las consideraciones]

(vi) a partir de estas consideraciones generales la Corte procederá a resolver la cuestión constitucional efectuando una ponderación entre los principios enfrentados con el fin de armonizarlos en las circunstancias del presente caso y [apartado 9 de las consideraciones]

(vii) decidirá si la norma acusada se ajusta a la Constitución, en especial a la luz del cargo de violación de la igualdad. [apartado 10 de las consideraciones]

4. Evolución normativa de la edad mínima a partir de la cual los menores pueden contraer matrimonio. La finalidad de la diferencia de edad no es proteger a la mujer, obedece a fines distintos.

Para juzgar la constitucionalidad del aparte de la norma acusada, la Corte debe establecer cuál es la finalidad que éste persigue al introducir una diferencia de trato respecto a cuál es la edad mínima para contraer matrimonio entre hombres y mujeres. Se considerará el origen de la norma y la evolución que ha tenido dentro del sistema jurídico actual, para así establecer si la finalidad de la diferencia de edad que contempla pretende proteger y garantizar los derechos de los menores adolescentes, o si la diferencia de trato se introdujo por otras razones.

La institución del matrimonio se funda en el libre ejercicio que hagan de su autonomía quienes van a contraerlo, tanto constitucional como legalmente.³⁰ En esta medida, la regla acusada parcialmente (es nulo y sin efectos el matrimonio contraído por un varón menor de catorce, y una mujer de doce)³¹ fija un límite a las personas, de acuerdo con su sexo, para ejercer su libertad de casarse. Desde esta perspectiva podría decirse que la libertad para contraer matrimonio se limita durante dos años más en la vida a los hombres que a las

mujeres.

Sin embargo, la razón por la cual se declara “nulo y sin efecto” el matrimonio celebrado por niñas menores de 12 años y niños menores de 14 años también responde a un interés de protección; se limita el ejercicio de la libertad para casarse porque se considera que los niños y las niñas menores de dichas edades, carecen de la capacidad para celebrar éste tipo de acuerdos. En otras palabras, podría considerarse que el numeral 2° del artículo 140 del Código Civil establece como límite al ejercicio de la libertad de casarse la edad a partir de la cual se considera que una persona, en razón a su estado evolutivo, tiene las condiciones para decidir autónomamente contraer matrimonio. Este segundo punto de vista replantea la cuestión, pues mostraría que no es a los hombres a quienes perjudica la regla acusada por limitarles su libertad de casarse dos años más que a las mujeres, sino que es a éstas a quienes perjudica por desprotegerlas durante dos años con respecto a los hombres, al declarar “nulos y sin efectos” los matrimonios celebrados por ellos entre los 12 y los 14 años pero no así los de las mujeres. De ser éste el sentido de la norma, no debe estudiarse si es razonable dar dos años más de capacidad a las mujeres como lo demanda la primera perspectiva, debe estudiarse la razonabilidad de proteger dos años menos a la mujer.

Para determinar cuál de los dos enfoques debe ser asumido en el análisis de la disposición legal demandada, pasa la Corte a reconstruir a grandes rasgos la evolución normativa de la regla, señalando su origen, su desarrollo y su estado actual.

4.1. Origen histórico de la regla

4.1.1. La regla según la cuál las mujeres llegan a la pubertad a los doce años y los hombres a los catorce proviene de los sistemas jurídicos desarrollados a lo largo de la historia del Imperio Romano.³² Aunque no fue la regla que dominó la forma de establecer la pubertad de las personas durante la mayor parte de tiempo que existió y rigió el “Derecho Romano”, recibió la aceptación en los tiempos de Justiniano.³³

4.1.2. Fritz Schulz muestra en su estudio sobre Derecho Romano Clásico (1951) que en un principio la regla para determinar si alguien era púber fue “cuando la familia constate que el joven ya se puede reproducir”. Con el tiempo, se fijó la regla de catorce (14) años como promedio, de tal suerte que posteriormente se entendía que alguien era púber “cuando tenía 14 años”. En el interregno se defendió una tesis mixta, “quien tenga 14 años y ya se pueda

reproducir". Dice Schulz al respecto,

"Impúberes en el Derecho clásico son las personas jóvenes que no han alcanzado la edad de la pubertad. Las mujeres son púberes al cumplir los doce años de edad. En el caso de los varones la pubertad fue, conforme a la costumbre romana, objeto de reconocimiento por la familia, y era celebrada con una fiesta familiar en el que el púber vestía la toga virilis. Algunas veces el púber era inscrito en un registro público. Al final de la República se marcó la tendencia de fijar la pubertad de los varones, al cumplir éstos los catorce años de edad, criterio que fue adoptado por los proculeyanos, en tanto que los sabinianos eran partidarios de mantener la vieja costumbre. A partir del siglo segundo a.c., existió otra doctrina, según la cual, un muchacho era legalmente un pubes cuando tenía 14 años y lo era en realidad. Todas estas opiniones tan diversas, tuvieron sus partidarios en las distintas escuelas de Derecho que hubo hasta Justiniano, pero parece que la práctica siguió la tercera doctrina e incluso el sabiniano Gayo se contentó con los 14 años. La doctrina proculeyana fue confirmada por Justiniano."³⁴

Schulz resalta así la relación entre el matrimonio y la reproducción. La cuestión en aquella época podría plantearse así ¿permitimos que las personas se casen una vez se tenga "noticia de la capacidad de reproducción" o una vez se tenga la edad en la que, usualmente, las personas la alcanzan? Desde esta perspectiva no queda duda que la aptitud sexual era necesaria. Por ejemplo, en los casos en los que era evidente que no existía capacidad reproductiva, como los castrados, la persona no podía casarse. Schulz sostiene que el asunto cobró vigencia al final del Imperio, cuando era evidente en Roma la preocupación por la disminución de la tasa de natalidad, una preocupación que para él seguía estando presente en su época.³⁵

4.1.3. Además de la reproducción, otros dos aspectos de la regla son relevantes para establecer su orientación.

Primero, determinar la pubertad era un asunto de relevancia familiar y social que podía ser objeto de registro público, antes que ser un asunto de carácter individual. El Derecho Romano defendió tradicionalmente un esquema de familia patriarcal en la que el jefe del clan, el pater familias, era titular de todos los derechos, tanto sobre las personas como sobre los bienes. Los hijos no alcanzaban su independencia y personalidad jurídica hasta tanto el

pater muriera, sin importar cuál fuera la edad del hijo. En todo caso, nunca se alcanzaba plenamente antes de los 25 años. Es pues en este contexto de “familia” que se debe leer la posibilidad de que las mujeres se casen a los 12 y los hombres a los 14.

Segundo, la estrecha relación entre la pubertad y la capacidad de contraer matrimonio, se fundaba también en la firme creencia de que el desarrollo sexual se consideraba una prueba del desarrollo intelectual. Poder reproducirse se consideraba como un claro indicio de que la persona también contaba con la capacidad intelectual necesaria para libremente decidir casarse. Así, en su texto de Derecho Romano, Juan Iglesias señala que “impubes es la persona -varón o hembra- que ha alcanzado el desarrollo intelectual suficiente para intervenir en el tráfico jurídico. Tal desarrollo va parejo con el sexual, y es menester, según los sabinianos, determinarlo caso por caso, mediante una inspectio corporis (...).”³⁶

Así pues, en su origen, la regla no tenía como función principal garantizar la libertad de la mujer ni protegerla. Responde más al interés de regular la potestad del pater familias y proteger la institución familiar romana en sí misma, que a garantizar a la mujer derechos que ni siquiera le eran reconocidos. La regla se conservó en Europa a través de los estudiosos del derecho romano y por haber formado parte de algunos de los ordenamientos que se crearon a lo largo de los siglos venideros.³⁷

4.2. Desarrollo legislativo de las reglas jurídicas sobre la capacidad para contraer matrimonio

4.2.1. La norma sobre cómo determinar la pubertad fue recogida por la tradición jurídica española en las Siete Partidas de Alfonso X, el sabio, regulación que, en buena parte, se inspiraba en el derecho romano justiniano. En Colombia, las Siete Partidas, al igual que otras normas del derecho español antiguo, fueron fuente auxiliar del derecho hasta entrado el siglo XIX.³⁸

4.2.2. El Código Civil de 26 de mayo de 1873, considerado por importantes doctrinantes como el inicio del derecho civil vigente en Colombia,³⁹ constituyó la introducción del proyecto de Código Civil elaborado por Don Andrés Bello López a nivel nacional, en los entonces “Estados Unidos de Colombia”.⁴⁰ Aunque suele presentarse como una adaptación del Código Civil francés de 1804 —conocido como napoleónico— con ciertos destellos de originalidad, autores nacionales discrepan de esta tesis pues consideran que fueron varias

las fuentes y tradiciones jurídicas que inspiraron el trabajo de Andrés Bello.⁴¹ Concretamente, sostienen que instituciones como el matrimonio, las tutelas y las curadurías, “han sido extractadas por Bello, en forma preponderante, de la antigua legislación española y del puro derecho romano (aquí es escasa la influencia del derecho germano y del derecho francés).”⁴²

4.2.3. Bajo la Constitución de la República de Colombia de 1886, el Código Civil conservó su vigencia, salvadas las profundas modificaciones que el nuevo régimen político le introdujo, en virtud del artículo 1° de la Ley 57 de 15 de abril de 1887.⁴³ Una de las modificaciones importantes que se adoptó fue, precisamente, la de generalizar en todo el territorio nacional la regla según la cual la mujer casada religiosamente era representada jurídicamente por su marido y no por ella misma, regla que hasta ese momento no era contemplada por todas las legislaciones de los Estados soberanos de Colombia.⁴⁴

La amplia y significativa restricción que se impuso a los derechos de las mujeres colombianas se refleja a lo largo del Código Civil aprobado mediante la Ley 57 de 1887.

(1) El artículo 140 de dicho Código estableció la edad mínima para casarse. Es decir, no fijó la “edad ideal para casarse”, ni la edad a partir de la cual las personas pueden casarse libremente. Tan sólo señaló las edades mínimas aceptables para contraer matrimonio (12 y 14 años). Por debajo de ellas el matrimonio es “nulo y sin efectos.” El Código también indicó la edad a partir de la cual los hombres y las mujeres podían casarse libremente (21 para ellos, 18 para ellas)⁴⁵ y advirtió que las mujeres mayores de 12 y menores de 18, así como los varones mayores de 14 y menores de 21, requerían consentimiento expreso y por escrito de sus padres para poder casarse, indicando que en caso de desavenencia entre los padres, la opinión del padre prevalecía sobre la opinión de la madre.⁴⁶ No obstante, el propio Código estableció que si se desconocía esta regla, el matrimonio no se anularía en caso de haber “pasado tres meses después de haber llegado los menores a la pubertad, o cuando la mujer, aunque sea impúber, haya concebido”.⁴⁷

(2) La niña que contraía matrimonio siempre se encontraba sometida a la representación legal de otro hombre; primero de su padre, después de su marido. La representación de sus hijos y sus hijas también la ejercía el marido.⁴⁸ Se entendía que el padre “faltaba”, entre otras razones, cuando se le había privado de la patria potestad; en cambio, se entendía que

la madre “faltaba” cuando se le había inhabilitado para intervenir en la educación de sus hijos “por su mala conducta”.⁴⁹ La madre tenía la patria potestad tan sólo en caso de la ausencia del padre.⁵⁰

(3) Las diferencias entre los cónyuges eran notorias. Mientras el marido le debía “protección” a la mujer, ésta le debía “obediencia” a aquél.⁵¹ La mujer, además de no compartir la patria potestad sobre sus hijos, estaba sometida a la potestad marital,⁵² y tenía obligaciones específicas de “seguirlo”, sin que estas fueran recíprocas; tan sólo se le daba el derecho a ser admitida en la casa del marido.⁵³ Como se dijo, la capacidad de la mujer en el manejo de los bienes era limitada, sin embargo, los hombres, desde los 18 años, ya no requerían curador para administrar su sociedad conyugal.⁵⁴

(4) La posibilidad de trabajar de toda mujer casada se encontraba sometida a la autorización del marido. El que una mujer ostentara públicamente la condición de trabajadora, es decir, que ejerciera una profesión o un oficio de forma reconocida, otorgaba a la mujer una condición especial en la sociedad; se entendía tácitamente autorizada por su marido, a menos que éste se manifestara en contra.⁵⁵

4.2.4. Así pues, la incorporación de la regla acusada⁵⁶ se hace en un momento en el que legalmente se otorga una condición jurídica diferente a los hombres y a las mujeres, en perjuicio de éstas, como una expresión de la discriminación de aquella época contra las mujeres, no como una manifestación de la protección de su libertad y otros derechos. No obstante, es preciso señalar que no se trató de una posición universal, pacíficamente compartida. A los pocos años de haberse adoptado la regla, se la cuestionaba por fijar la edad mínima para contraer matrimonio fundándose, únicamente, en el momento en que se alcanza la pubertad. Para la doctrina, pese a las hondas diferencias teóricas y conceptuales que separan los diversos autores jurídicos, éste criterio es insuficiente para establecer la capacidad de las personas para contraer matrimonio.

A los pocos años de que el Código Civil fuera adoptado como legislación nacional (1887) doctrinantes como Eduardo Rodríguez Piñeres consideraban que la regla de los 12 y los 14 años para poder contraer matrimonio, según el sexo, respondía a una realidad constatada por la ciencia, a saber, que la mujer tenía las mismas facultades intelectuales que el hombre, pero que las desarrollaba antes.⁵⁷ A partir de esta lectura, la diferencia de edades mínimas

para contraer matrimonio podía ser entendida como una manera de garantizar la libertad de la mujer propia de su madurez intelectual temprana. Rodríguez Piñeres, quien defendía la igualdad de capacidades de la mujer frente al hombre, pese a reconocer que no era ésta la posición que inspiraba el Código, consideraba que la edad mínima para contraer matrimonio debía elevarse. A su juicio era un error que el legislador hubiese fijado como criterio para determinar la capacidad de casarse la pubertad, únicamente, pues la institución del matrimonio demanda mayores facultades personales que la mera posibilidad física de reproducirse, inclusive para cumplir cabalmente, entre otras, la función de reproducción del matrimonio.⁵⁸ Otros juristas, como por ejemplo Fernando Vélez, coincidían con la inspiración central del Código según el cual la mujer era inferior al hombre y por tanto debía recibir una mayor protección de la ley, con la consecuente descarga de deberes y responsabilidades y limitación de libertades. A partir de esta lectura se entendía la norma como una diferencia que perjudicaba a las mujeres, al permitirles casarse sin tener la capacidad para hacerlo.⁵⁹

Civilistas reconocidos en el ámbito internacional también fueron críticos de asumir el criterio romano para establecer la edad mínima para casarse,⁶⁰ posición que también asumen autores nacionales más recientes. No consideran adecuado utilizar el criterio “capacidad para reproducirse” (pubertad) para determinar cuáles matrimonios celebrados por menores de edad deben ser “unlos y sin efectos”, ni para establecer la diferencia entre hombres y mujeres al respecto.⁶¹

4.2.5. El cabal reconocimiento legislativo de los derechos civiles y patrimoniales de la mujer comienza con la Ley 8ª de 1922,⁶² alcanzando un destacado avance a partir de 1932. A partir de la Ley 28 de ese año, el régimen familiar del Código Civil, en especial la regulación del matrimonio, se ve afectado por profundas modificaciones que lo distanciarán de las orientaciones básicas de la obra de Andrés Bello. De una familia caracterizada por el gobierno y la administración del padre y la incapacidad de la mujer, representada jurídicamente por su marido, se pasó a una familia en la que la mujer también era capaz, ya no la representaba el marido, y la administración de los bienes era conjunta.⁶³

Luego de obtener plenitud de derechos políticos en 1957, la mujer en Colombia debió esperar la década de los años setenta para igualar su condición en el ámbito familiar. El Decreto 2820 de 1974, “por el cual se otorgan iguales derechos y obligaciones a las mujeres y a los varones”, en uso de las facultades conferidas por la Ley 24 de 1974, es un paso decisivo en

la consolidación legal de los derechos de la mujer. Mediante esta disposición, el Gobierno nacional reformó varios artículos del Código Civil en aras de eliminar las diferencias contempladas por el Código en varios aspectos.⁶⁴ No obstante, muchas de las normas originales del Código Civil que establecían diferencias de trato con base en el género y de acuerdo a las concepciones tradicionales, se dejaron intactas, sin modificación alguna. Entre ellas, la diferencia en la edad mínima para contraer matrimonio. La Ley 27 de 1977, en desarrollo del Acto legislativo N° 1 de 1975, disminuyó la mayoría de edad a 18 años para todas las personas.⁶⁵

4.2.6. En conclusión, del breve recuento acerca de la evolución de las normas civiles dentro de las cuales se inscriben la regla legal acusada en este proceso de constitucionalidad,⁶⁶ se aprecia que la menor edad reconocida originalmente a la mujer para contraer matrimonio no buscaba promover su autonomía ni proteger su libertad, sino facilitar que ésta cumpliera las funciones sociales atinentes a la procreación que en la época se le atribuían, bajo la dependencia del esposo y en condiciones de desigualdad en perjuicio de la mujer. Luego, esta situación de discriminación fue modificada para avanzar hacia la igualdad entre los sexos en cuanto a su capacidad jurídica. Sin embargo, las diferencias de edad relativas a la capacidad para contraer matrimonio entre mujeres y hombres se mantuvo, a pesar de que otras diferencias de edad desaparecieron.

El lugar que ocupa en el contexto normativo actual el aparte acusado del artículo 140, numeral 2°, del Código Civil en el presente proceso, es producto de los cambios legales que poco a poco se fueron gestando y le dieron un nuevo valor. No es el reflejo de una posición legislativa actual y consciente del legislador de conceder mayor capacidad a las mujeres que a los hombres, ni de proteger la libertad de la mujer. Las comisiones que se han creado en Colombia con el objeto de proponer reformas al Código Civil han propuesto armonizar las normas no reformadas gradualmente con las que sí lo han sido, pero estas iniciativas no han sido adoptadas como legislación.

4.3. Conclusión

Vistos el origen histórico de la regla, el desarrollo legislativo de las normas sobre capacidad para contraer matrimonio y consideraciones doctrinarias al respecto, concluye la Corte que el numeral 2° del artículo 140 del Código Civil consagra una norma, proveniente del derecho

romano, cuyo contenido (1) es diferencial respecto de hombres y mujeres; (2) establece una menor edad para la mujer, fijada de manera general atendiendo únicamente a la pubertad; (3) la diferencia no tiene como finalidad proteger a la mujer ni promover su libertad. Además, (4) la norma establece una causal de nulidad del matrimonio para los menores de las edades señaladas, lo cual significa que los mayores de dichas edades no están amparados por esta norma sino que se rigen por el artículo 117 del Código Civil —ya juzgado por la Corte⁶⁷— y otras normas sobre quién puede solicitar la nulidad, en qué momento y en qué condiciones.

A continuación, en el siguiente apartado [5], se hará referencia a los derechos fundamentales de los niños y las niñas, en especial a los mandatos de protección de los menores consagrados por la Constitución y la legislación internacional, relevante, vigente y aplicable. Posteriormente (apartado 6), se abordará el principio de igualdad para determinar si ambos grupos (los adolescentes y las adolescentes) son afectados por la norma parcialmente acusada. Luego (apartado 7), se analizará el alcance de la libertad para contraer matrimonio, habida cuenta de que la regla acusada podría ser reconcebida como una regulación de la capacidad para ejercer esta libertad.

5.1. La Constitución Política de 1991 garantiza el derecho a la protección del menor para su desarrollo libre, armónico e integral

5.1.1. La Constitución de 1991 significó un cambio sustancial en la concepción que tenía el sistema jurídico sobre los niños. De ser sujetos incapaces con derechos restringidos y hondas limitaciones para poder ejercerlos pasaron a ser concebidos como personas libres y autónomas con plenitud de derechos, que de acuerdo a su edad y a su madurez pueden decidir sobre su propia vida y asumir responsabilidades. La condición de debilidad o vulnerabilidad en la que los menores se encuentran, la cual van abandonando a medida que crecen, ya no se entiende como razón para restringir sus derechos y su capacidad para ejercerlos. Ahora es la razón por la cual se les considera “sujetos de protección especial” constitucional. Es decir, la condición en la que se encuentra un menor no es razón para limitar sus derechos sino para protegerlo. Pero esta protección tiene una finalidad liberadora del menor y promotora de su dignidad. Por eso, los derechos de los niños deben interpretarse a la luz del respeto y la defensa que demanda la Constitución de su autonomía y de su libertad (*pro libertatis*).

La Constitución Política, para proteger a los menores, reconoce a sus derechos categoría y valor especiales. Por una parte se considera que son fundamentales, lo cual afecta tanto el contenido del derecho como los mecanismos aceptados para reclamar su protección. Por otra parte se les otorga especial valor al indicar que “los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás” (art. 44, CP).

La jurisprudencia constitucional ha indicado que la protección reforzada de los derechos de los niños y de las niñas encuentra sustento en varias razones, entre las cuales se resaltan tres. La primera es que la situación de fragilidad en que están los menores frente al mundo, en mayor o menor grado dependiendo de su desarrollo personal, impone al Estado cargas superiores en la defensa de sus derechos frente a lo que debe hacer para defender los de otros grupos que no se encuentran en tal situación. La segunda es que es una manera de promover una sociedad democrática, cuyos miembros conozcan y compartan los principios de la libertad, la igualdad, la tolerancia y la solidaridad.⁶⁸

La tercera razón tiene que ver con la situación de los menores en los procesos democráticos. La protección especial otorgada por el constituyente a los menores es una forma corregir el déficit de representación política que soportan los niños y las niñas en nuestro sistema político, al no poder participar directamente en el debate parlamentario. Al respecto la Corte ha dicho,

“(…) del artículo 44 tantas veces citado se deriva claramente que, la Constitución, respetuosa del principio democrático, no permite, sin embargo, que la satisfacción de las necesidades básicas de los niños quede, integralmente, sometida a las mayorías políticas eventuales. Por esta razón, la mencionada norma dispone que los derechos allí consagrados son derechos fundamentales, vale decir, verdaderos poderes en cabeza de los menores, que pueden ser gestionados en su defensa por cualquier persona, contra las acciones u omisiones de las autoridades públicas y de los particulares. No obstante, la armonización de esta norma con el principio democrático —que dispone que los órganos políticos son los encargados de definir las políticas tributarias y presupuestales— exige que sólo la parte del derecho que tiende a la satisfacción de las necesidades básicas del menor —lo que se ha denominado su núcleo esencial—, pueda ser directamente aplicada por el juez, mientras que es el legislador quien debe definir su completo alcance. Se trata entonces de derechos que tienen un contenido esencial de aplicación inmediata que limita la discrecionalidad de los

órganos políticos y que cuenta con un mecanismo judicial reforzado para su protección: la acción de tutela.

(...) La anterior restricción constitucional al principio democrático, se justifica, entre otras razones, porque dicho principio no puede oponerse a la reclamación de pretensiones esenciales de un grupo de la población que no está en capacidad de participar del debate público y que, por lo tanto, no tiene voz propia en la adopción de las decisiones políticas que lo afectan. En este caso, alegar que el núcleo esencial de los derechos fundamentales prestacionales del artículo 44 no es de aplicación directa sino que, en todo caso, debe ser mediado por una decisión política —legislativa o administrativa—, significa someter la satisfacción de las necesidades básicas de los niños, en nombre de la participación, a un proceso del cual se encuentran completamente marginados.”⁶⁹

5.1.2. Según la Constitución (artículo 44) los niños tienen, entre otros, los derechos fundamentales (1) a la “vida”; (2) a “la integridad física”; (3) a “la salud y la seguridad social”; (4) a “la alimentación equilibrada” (5) a “su nombre y nacionalidad”; (6) “a tener una familia y no ser separado de ella”; (7) al “cuidado y amor”, (8) a “la educación”; (9) a “la libre expresión de su opinión.”.

5.1.3. La Constitución reconoce a los niños el derecho a ser “asistidos” y “protegidos”, estableciendo como responsables de esta obligación a “la familia, la sociedad y el estado”. La norma (art.44, CP) establece específicamente que los niños tienen el derecho fundamental a ser protegidos contra “toda forma de (11) abandono; (12) violencia física o moral, (13) secuestro, (14) venta, (15) abuso sexual, (16) explotación laboral o económica, y (17) trabajos riesgosos.”

5.1.4. El reconocimiento de los derechos de los niños que hace la Constitución no es taxativo (art. 44). Expresamente se advierte que los niños gozarán también “de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.” (art. 44, CP). De esta forma el constituyente de 1991 decidió hacer expresa, para el caso de los menores, la regla general según la cual “[l]a enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.” (art. 94, CP)

5.1.5. No obstante, no es aceptable que se le imponga a los menores cualquier tipo de medida de “asistencia” o de “protección”. La propia Carta establece la finalidad que con ellas se debe buscar, a saber, garantizar a los niños (i) su desarrollo armónico e integral y (ii) el ejercicio pleno de sus derechos.” El desarrollo de un menor es integral cuando se da en las diversas dimensiones de la persona (intelectual, afectiva, deportiva, social, cultural). El desarrollo de un menor es armónico cuando no se privilegia desproporcionadamente alguno de los diferentes aspectos de la formación del menor, ni cuando se excluye o minimiza en exceso alguno de ellos.

5.2. Reglas internacionales y nacionales sobre protección de menores y jurisprudencia constitucional relevante

5.2.1. Normas internacionales sobre protección de menores. Siguiendo el espíritu de la Declaración de los Derechos del Niño (1959),⁷⁰ el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (PDCP, 1966)⁷¹ incluye una disposición dedicada expresamente a los derechos de los niños (artículo 24). La norma establece, expresamente, que “[t]odo niño tiene derecho, sin discriminación alguna (...) a las medidas de protección que su condición de menor requiere” (acento fuera del texto original). Esta “protección” al igual que lo demanda la Constitución, debe darla tanto su familia como la sociedad y el Estado. En sentido similar, el Pacto de Derechos Sociales Económicos y Culturales (PDESC, 1966)⁷² contempla una serie de derechos de protección que conllevan actuaciones de carácter positivo por parte del Estado. En el caso de los niños y los adolescentes se contempla una cláusula de protección general, así como reglas específicas en trabajo, educación y salud.⁷³ La Convención Americana de Derechos Humanos (CADH, 1969)⁷⁴ también coincide con lo dispuesto en el PDCP, indicando que los niños tienen derechos de protección específicos.⁷⁵ Esta posición ha sido expuesta por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), intérprete autorizado de la Convención.⁷⁶

La Convención sobre los derechos del niño (CDN; 1989)⁷⁷ también reitera la posición fijada por las anteriores convenciones y señala que la protección de todo menor debe estar orientada a garantizar el ejercicio libre y autónomo de sus derechos, de acuerdo a su edad y madurez.⁷⁸ Como lo ha señalado el Comité sobre los Derechos del Niño,⁷⁹ el deber de asegurar el interés superior del niño que impone la Convención a todo Estado parte,⁸⁰ implica al Gobierno, al Congreso y a los Jueces adoptar medidas positivas en la defensa de

sus derechos. La Convención (CDN) establece varios derechos de protección a favor de los menores en diversos aspectos de su vida. Algunos, específicos, delimitan su ámbito de aplicación y las medidas concretas que deben tomarse para garantizarlos; otros, generales, señalan criterios amplios con base en los cuales los Estados deben coordinar sus acciones. Concretamente, deben adoptarse medidas para proteger el derechos a la salud⁸¹ —específicamente cuando éste puede verse afectado por prácticas tradicionales—;⁸² al mínimo vital;⁸³ a un desarrollo armónico e integral;⁸⁴ y a la educación,⁸⁵ el cual tiene gran importancia, si se pone presente que de éste depende en gran medida que el menor conozca los demás derechos, los ejerza, los defienda y los respete.⁸⁶ La Convención también protege los derechos de los menores en material laboral y penal, contemplando específicamente como medidas de protección “fijar legalmente la edad mínima para” poder trabajar (celebrar contratos laborales)⁸⁷ y para poder tener responsabilidad penal (tener responsabilidad penal).⁸⁸

5.2.2. Derechos del adolescente en la Constitución y normas internacionales. La Constitución es sensible a la evolución de las personas. Reconoce derechos a los menores en general, pero también a subgrupos de “niños” de acuerdo a su edad y madurez, como por ejemplo los “adolescentes” (art. 45, CP) y “los niños menores de un año” (art. 50, CP). Concretamente, la Carta Política reconoce al “adolescente” los derechos (i) “a la protección” y (ii) “a la formación integral” (art. 45, CP). La distinción señala la preocupación de la Carta Política por atender las necesidades propias de esta población, los nuevos riesgos que afronta y asegurarle un desarrollo personal íntegro que le permita ingresar libre y autónomamente a la sociedad. Cuando los constituyentes aprobaron este artículo, pensaban justamente en casos y problemas de la adolescencia como los que suscita la presente acción de inconstitucionalidad.⁸⁹

Los derechos y garantías reconocidas en convenios internacionales a los “niños” también son aplicables a los “adolescentes”.⁹⁰ La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), en especial el artículo 5°, establece que los adolescentes deben ser reconocidos como personas con plenos derechos, que tienen la capacidad de ser ciudadanos responsables con la guía y dirección adecuada. Dentro de las medidas administrativas, legislativas y de otra índole que Colombia debe adoptar para dar efectividad a los derechos reconocidos a los adolescentes, según el Comité sobre los Derechos del Niño,⁹¹ los estados deben asegurar que estas medidas sean adoptadas en la legislación nacional, incluyendo las edades mínimas para (i)

consentir tener relaciones sexuales, (ii) casarse y (iii) recibir un tratamiento médico sin el consentimiento de los padres. El Comité sobre los Derechos del Niño precisa que según el artículo 2° de la Convención estas “edades mínimas” deben ser iguales para los adolescentes y para las adolescentes, y deben ser fijadas de acuerdo a al desarrollo del niño según los criterios de edad y madurez.

5.2.3. Derechos legales de protección del menor (Código del Menor). Los derechos de los niños y las niñas se han incorporado legalmente de manera amplia y generosa en la legislación colombiana. El Código del Menor (Decreto 2737 de 1989) incluye expresamente los derechos constitucionales (art. 2), fija los tratados y convenios internacionales sobre la materia como parámetros de interpretación (art. 19), y contempla derechos específicos de protección.⁹² Además, adopta varias medidas de carácter normativo con el objeto de garantizar el goce efectivo de los derechos a los niños.⁹³ El Código otorga al juez la facultad de actuar en defensa del menor y garantizar su desarrollo libre, armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos.

5.2.4. Jurisprudencia relacionada con el derecho a la protección para garantizar un desarrollo libre, armónico e integral al menor. En varias oportunidades la jurisprudencia constitucional se ha referido a la protección a que tienen derecho los niños y las niñas, en aras de garantizarles un desarrollo libre, armónico e integral. Los derechos fundamentales son indivisibles, en especial los de los niños. En esta medida, la protección de todo menor es inescindible del goce efectivo del resto de sus derechos.⁹⁴ De acuerdo a los argumentos presentados en contra de la norma acusada, los derechos a la salud, la educación y la recreación adquieren importancia en el contexto del presente caso, pues podrían verse afectados en el caso de aquellas mujeres entre los 12 y los 14 años que contraigan matrimonio. Se trata de tres derechos fundamentales que aseguran, en gran medida, el desarrollo libre, armónico e integral del menor, por lo que se hará referencia a algunas de las consideraciones que sobre la materia ha hecho la jurisprudencia constitucional.

El desarrollo libre, armónico e integral del menor en una sociedad democrática, por ejemplo, depende en gran medida de recibir una educación adecuada. El Estado debe crear las condiciones para asegurar la posibilidad de que los menores puedan (i) acceder al sistema educativo y (ii) permanecer en él.⁹⁵ De forma similar, la jurisprudencia constitucional ha resaltado la importancia de la recreación, pues cuando a un niño se le priva de su derecho al

juego, no sólo se le está negando la recreación, se le está privando la posibilidad de desarrollarse libre, armónica e integralmente. El juego le permite al menor socializarse, interactuar con otros niños; trabajar en equipo o desarrollar su imaginación. El vacío emocional y afectivo de un menor cuando se le priva de su derecho de recreación tiene un impacto negativo en su formación y en su interacción con los demás niños de su edad.⁹⁶

Esta Corporación también ha tenido que pronunciarse acerca de la constitucionalidad de normas legales que establecen 'edades mínimas' a partir de las cuales los menores pueden realizar actividades que comprometan sus derechos y su desarrollo, como una medida de protección. Los casos han versado sobre el ejercicio de derechos sexuales y el ejercicio de derechos laborales.

5.2.4.1. La jurisprudencia declaró constitucional fijar una edad mínima legal para proteger la libertad, integridad y formación sexuales de los menores. En la sentencia C-146 de 1994 (MP José Gregorio Hernández Galindo) se resolvió declarar ajustados a la Constitución Política los delitos de 'acceso carnal abusivo con menor de catorce años'97 y 'corrupción'98 del Código Penal de 1980, en el entendido de "(...) que no se cometen los delitos plasmados en ellos cuando el acceso carnal o los actos sexuales diversos del mismo se tengan con mujer mayor de doce (12) años con la cual se haya contraído previamente matrimonio o se haya conformado con anterioridad una familia por vínculos naturales, según lo previsto en el artículo 42 de la Constitución." Para tomar esta decisión, que tenía por objeto únicamente las normas de carácter penal (no las de carácter civil), la Corte Constitucional ponderó los derechos de protección que se debe a los menores con la libertad de contraer matrimonio y fundar una familia. Consideró que los tipos penales acusados, en términos generales, no desconocían la libertad y autonomía de personas menores de 14 años, por cuanto se trata de conductas que "(...) atentan de modo directo y manifiesto contra la integridad moral y el desarrollo mental y social de los menores." Para la Corte los tipos penales en cuestión no desconocen los derechos de los niños, por el contrario, los aseguran y garantizan, a la vez que permiten al país cumplir las normas internacionales de protección a los niños, en especial la Convención sobre los derechos de los niños. Los delitos en cuestión impiden a personas mayores de edad abusar sexualmente a menores de 14 años.⁹⁹ Esta decisión fue reiterada por la sentencia C-1095 de 2003 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra) en la cual se resolvió declarar exequibles los artículos 208 (acceso carnal abusivo con menor de catorce años) y 209 (actos sexuales con menor de catorce años) del Código Penal -ley 599 de

2000-.100 En ninguna de las dos ocasiones (C-146 de 1994 y C-1095 de 2003) se sometió a consideración de la Corte los artículos 34 y 140, numeral segundo, del Código Civil, por lo que esta Corporación se limitó a armonizar lo dispuesto en las normas estudiadas, a la luz de la Constitución; en ninguno de los dos casos adoptó alguna posición acerca de su exequibilidad.

5.2.4.2. En cuanto al derecho al trabajo, la medida ha consistido en determinar a partir de qué momento y bajo qué condiciones un menor puede empezar a trabajar. Recientemente, la Corte estudió la constitucionalidad de la norma que consagra la edad mínima para ingresar al mercado laboral y consideró que ésta constituye una medida de protección dispuesta constitucionalmente;¹⁰¹ finalmente resolvió declarar la exequibilidad de la prohibición para trabajar a todo menor de 14 años.¹⁰² La Corte decidió que la ley no desconoce la Constitución al permitir “(...) ingresar al mundo laboral a las personas a partir de los catorce (14) años, de acuerdo a lo dispuesto en el Convenio No. 138 de la OIT, edad a la cual se acogió Colombia por ser un país cuya educación está insuficientemente desarrollada (...)”.

No obstante, la Corte advirtió que establecer la edad mínima para ingresar al mercado laboral en tan sólo 14 años es una medida de protección aceptable temporalmente.¹⁰³ En la sentencia se decidió que, “(...) en aras de respetar el precedente judicial y el compromiso asumido por el Estado Colombiano ante los organismos internacionales del trabajo, se puede concluir que la Constitución Política y los tratados internacionales establecen como edad mínima para acceder a la vida productiva, la edad en que cesa la obligación de garantizar la escolaridad mínima, es decir, los quince (15) años. Sin embargo, es posible ingresar al mundo laboral a partir de los catorce (14) años, siempre y cuando, además del cumplimiento de las condiciones generales de permisión del trabajo infantil previamente reseñadas, se acrediten las estrictas exigencias previstas en los artículos 2-4°, y 2-5°, del Convenio 138 de la OIT, en armonía con los artículos 44 y 67 del Texto Superior.” (véase: Fundamento No. 31 de la sentencia citada). Así pues, correspondió a la Corte en este caso ponderar dos medidas de protección constitucionales (mínimas) a favor de los niños. Por una parte los 14 años como edad mínima para ingresar al mercado laboral, y por otra, los 15 años como edad mínima para dejar de recibir, obligatoriamente, educación.

5.3. Conclusión sobre el contenido y alcance del mandato de protección del artículo 44 de la Constitución Política

El mandato de protección a los menores no es tan solo una garantía objetiva sino la expresión de un derecho subjetivo fundamental a recibir protección. Este derecho a la protección es correlativo al deber del Estado de adoptar normas jurídicas que protejan al menor, habida cuenta de su vulnerabilidad, de sus condiciones reales de vida a medida que evoluciona la sociedad y su entorno inmediato, y de su exposición a soportar las consecuencias de las decisiones que adopten los mayores sin considerar el interés superior del menor.

Constitucionalmente, el Legislador tiene la obligación de adecuar las normas existentes, de forma tal que (a) no desconozcan o violen los derechos fundamentales de los niños y (b) no dejen de contener las medidas adecuadas de protección que sean indispensables para garantizar su desarrollo libre, armónico e integral. Además, el Legislador debe incluir aquellas otras normas que sean necesarias para asegurar el goce efectivo de todos los derechos reconocidos tanto en la Constitución como en los convenios y tratados a los que se ha hecho referencia.

Si bien el legislador dispone de un margen de apreciación de las circunstancias y de configuración en el diseño de las normas de protección de los menores, los medios que escoja deben ser efectivamente conducentes para alcanzar los fines específicos de protección y no excluir las medidas necesarias e indispensables para lograr tales fines. La Constitución exige que en cualquier circunstancia el Estado adopte las normas que aseguren unos mínimos de protección.

A continuación pasa la Corte Constitucional a analizar el derecho a la igualdad, en especial, en lo referente a una igual protección entre los géneros.

6. La Constitución garantiza el derecho a la igualdad ante la ley, y el mismo trato y protección de las autoridades, en especial a las niñas y los niños

6.1. El derecho de igualdad en la Constitución Colombiana tiene varias modalidades. La importancia de la igual protección.

Una vez vistos los derechos de los menores a recibir protección especial, la Corte abordará el principio de igualdad, contemplado en el artículo 13 de la Constitución Política, con el objeto de estudiar la cuestión planteada.

6.1.1. La norma reconoce la igualdad ante la ley a todas las personas, consagra ante las autoridades los derechos a la igualdad de protección y a la igualdad de trato, y reconoce a toda persona el goce de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin discriminación con base en criterios de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

Ahora bien, ni la igualdad ante la ley ni la igualdad de trato garantizan que ésta proteja por igual a todas las personas. Una ley, que no imponga diferencias en el trato y se aplique por igual a todos, puede sin embargo proteger de forma diferente a las personas. La igualdad de protección consagrada en la Constitución de 1991 asegura, efectivamente, “gozar de los mismos derechos, libertades y oportunidades” (art. 13). Esta dimensión del principio de igualdad, por tanto, es sustantiva y positiva. Es sustantiva porque parte de la situación en que se encuentran los grupos a comparar para determinar si el tipo de protección que reciben y el grado en que se les otorga es desigual, cuando debería ser igual. Es positiva porque en caso de presentarse una desigualdad injustificada en razones objetivas relativas al goce efectivo de derechos, lo que procede es asegurar que el Estado adopte acciones para garantizar la igual protección. Para saber si esta dimensión del derecho a la igualdad ha sido violada es preciso constatar el grado efectivo de protección recibida a los derechos, libertades y oportunidades, y en caso de existir desigualdades, establecer si se han adoptado medidas para superar ese estado de cosas y cumplir así el mandato de la Carta Política. No basta con saber si el derecho se aplicó de forma diferente en dos casos en los que se ha debido aplicar igual o si el derecho en sí mismo establece diferencias no razonables, se requiere determinar si la protección brindada por las leyes es igual para quienes necesitan la misma protección.

La cuestión de determinar el tipo o el grado de protección que requieren grupos de personas comparables ha sido confiada al legislador democráticamente elegido. Por eso, al analizar si un grupo de personas está menos protegido que otro, no le corresponde al juez constitucional sustituir la apreciación del legislador ni imponer niveles de protección máximos o ideales. No obstante, sí le compete determinar (i) si el legislador no ha respetado los mínimos de protección constitucionalmente ordenados, (ii) si la desprotección de un grupo excede los márgenes constitucionalmente admisibles, o (iii) si la menor protección relativa de un grupo obedecen a una discriminación, lo cual estaría constitucionalmente prohibido.¹⁰⁵

6.1.2. Uno de los “fines esenciales del Estado” es “garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (art. 2º, CP). Así pues, el derecho fundamental a la igualdad de protección implica al Estado “adoptar las medidas necesarias” para asegurar materialmente el goce efectivo de los derechos. Esto es, acciones sustanciales y positivas orientadas a que toda persona reciba la misma protección de las “autoridades”, según el texto constitucional (art. 13), que no distingue entre autoridades públicas, civiles, militares, judiciales o de cualquier otra naturaleza, como la legislativa.

Una concepción material de la igualdad tiene por fin asegurar no sólo la igualdad ante la ley, sino también “la igualdad ante la vida”, como se sostuvo en la Asamblea Nacional Constituyente.¹⁰⁶ Por esto, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la fórmula política del estado social y democrático de Derecho se manifiesta en la promoción de la igualdad real y “(...) se manifiesta plenamente en el mandato de protección especial a los más débiles, en términos comparativos, en el manejo y el reparto de recursos escasos. (...)”¹⁰⁷

6.1.3. A los jueces de la República, en su calidad de “autoridades”, les corresponde adoptar las medidas adecuadas y necesarias para garantizar la igualdad de protección, que se distingue de la técnica de las acciones afirmativas, la cual también responde a una concepción sustantiva y positiva de la igualdad.¹⁰⁸ Además de las disposiciones constitucionales a las que se ha hecho referencia, interpretadas conforme a los tratados y convenios internacionales sobre la materia (art. 93 y 94, CP), son diversas las disposiciones legales que demandan del juez una acción decidida en defensa de cualquier persona, y en especial de aquellas personas que se encuentran en una situación de debilidad manifiesta.

6.1.4. El texto constitucional se ocupa especialmente de los niños, como se evidenció en el apartado anterior de esta sentencia. Además de ser personas que deben ser “protegidas especialmente” por el Estado por encontrarse en circunstancias de “debilidad manifiesta” (art. 3, CP), la Carta Política reconoce “iguales derechos y deberes” a los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él (art. 42, CP) y asegura a todo niño “el ejercicio pleno de sus derechos”.

Ahora bien, cuando se trata de niñas, debe tenerse en cuenta que la Constitución establece, de forma específica, la igualdad de derechos y la igualdad de oportunidades, entre hombres

y mujeres y de forma categórica advierte que la ‘mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación’.

6.1.5. La jurisprudencia constitucional ha adoptado las medidas apropiadas para garantizar efectivamente el derecho a la igualdad de protección de los menores en distintas ocasiones. Basta recordar algunos ejemplos en ámbitos diferentes; uno en salud y uno en derecho penitenciario.

La Corte Constitucional ha impedido que la protección del derecho a la salud de un menor, cuando se encuentra en riesgo su vida o su integridad, dependa de la situación económica de sus padres o responsables.¹⁰⁹ Esta decisión, reiterada por esta Corporación en otros casos,¹¹⁰ conllevó dar igual protección al derecho a la salud de los niños y las niñas sin importar cuál sea el régimen de salud del que son beneficiarios (el contributivo o el subsidiado).

De forma similar, la Corte ha permitido que se brinden derechos especiales a las madres cabeza de familia, respecto de los hombres cabeza de familia, sin que ello implique desconocer el principio de igualdad, siempre y cuando los niños y las niñas, en uno y otro caso, reciban igual protección a sus derechos.¹¹¹ En otras palabras, se consideró razonable, adoptar medidas de protección para las mujeres cabeza de familia que no fueran adoptadas para los hombres en situación semejante. No obstante, los efectos diferentes de dichas medidas en la protección de niños o adolescentes que se encuentran en uno u otro caso (con la madre o con el padre) no se consideró razonable constitucionalmente y por lo tanto para asegurar la igual protección de los menores hijos de padres o de madres cabeza de familia, la Corte ha adoptado decisiones que impiden que continúe la diversa e injustificada protección.¹¹²

6.2. Normas internacionales sobre igualdad de protección, en especial entre menores con relación al género

6.2.1. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966). Dentro del Pacto de Derechos Civiles y Políticos (PDCP) de Naciones Unidas se incluye una disposición (artículo 24) dedicada expresamente a los derechos de los niños. La norma establece, expresamente, que “todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna (...) a las medidas de protección que su condición de menor requiere”.¹¹³

En cuanto a la igualdad de género, el PDCP establece en los Estados Partes se “comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos” que el mismo Pacto reconoce. Recientemente el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas indicó al respecto que “en virtud de la obligación de garantizar a todas las personas los derechos reconocidos en el Pacto, establecida en los artículos 2 y 3, los Estados Partes deben ‘adoptar todas las medidas necesarias’ para hacer posible el goce de estos derechos y que disfruten de ellos.”¹¹⁴ El Comité observa que tales medidas comprenden (i) “eliminar los obstáculos que se interponen en el goce de esos derechos en condiciones de igualdad”, (ii) “dar instrucción a la población y a los funcionarios del Estado en materia de derechos humanos” y (iii) “ajustar la legislación interna a fin de dar efecto a las obligaciones enunciadas en el Pacto”, además de las “medidas positivas en todos los ámbitos a fin de dar poder a la mujer en forma efectiva e igualitaria.” El Comité recalca la necesidad de combatir de forma célere y efectiva las “tradiciones” que justifiquen violaciones a los derechos de la mujer, dice al respecto,

“La desigualdad que padecen las mujeres en el mundo en el disfrute de sus derechos está profundamente arraigada en la tradición, la historia y la cultura, incluso en las actitudes religiosas. (...) Los Estados Partes deben cerciorarse de que no se utilicen las actitudes tradicionales, históricas, religiosas o culturales como pretexto para justificar la vulneración del derecho de la mujer a la igualdad ante la ley y al disfrute en condiciones de igualdad de todos los derechos previstos en el Pacto. (...)”

El Comité, recordando que los Estados están obligados a reconocer “el mismo trato al hombre y a la mujer con respecto al matrimonio” (art. 19, PDCP), sostiene que ambos géneros “tienen el derecho de contraer matrimonio únicamente en virtud de su libre y pleno consentimiento y los Estados están obligados a proteger el disfrute de ese derecho en pie de igualdad. Hay muchos factores que pueden obstar para que la mujer pueda tomar libremente la decisión de casarse. Uno de ellos se refiere a la edad mínima para contraer matrimonio, que debería ser fijada por el Estado sobre la base de la igualdad de criterios para el hombre y la mujer. Esos criterios deben garantizar a la mujer la posibilidad de adoptar una decisión (1) informada y (2) exenta de coacción.”

6.2.2. La Convención Americana de Derechos Humanos (CADH, 1969) también reconoce expresamente que las personas “son iguales ante la ley” y, en consecuencia, “tienen

derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley” (art. 24, CADH). En Opinión Consultiva (OC-4/84) la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) consideró que no existe “(...) discriminación por razón de edad o condición social en los casos en que la ley limita el ejercicio de la capacidad civil a quienes, por ser menores o no gozar de salud mental, no están en condiciones de ejercerla sin riesgo de su propio patrimonio.”¹¹⁵ Esta posición fue reiterada posteriormente en una nueva consulta acerca de los derechos de los niños, en la cual se indicó,

6.2.3. El 18 de diciembre de 1979, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW),¹¹⁷ que entró en vigor como tratado internacional el 3 de septiembre de 1981 tras su ratificación por 20 países.¹¹⁸

El Estado colombiano adquirió, entre otros compromisos, el deber de (i) “[a]doptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer” (artículo 2°-f); (ii) “[m]odificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres” (artículo 5°-a); y (iii) “[g]arantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos.” (artículo 5°-b)

Al suscribir la CEDAW, Colombia también adquirió el compromiso de tomar “todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares”. En particular, se deberán asegurar “condiciones de igualdad entre hombres y mujeres”, entre otros asuntos, respecto a (1) el mismo derecho para contraer matrimonio; (2) el mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y su pleno consentimiento; (3) los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución; (4) los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y (5) a tener acceso la información,

la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos; (6) tener los mismos derechos personales como marido y mujer, entre ellos el derecho a elegir apellido, profesión y ocupación (art. 16-1, CEDAW). La Convención advierte que: “[n]o tendrán ningún efecto jurídico los esponsales y el matrimonio de niños y se adoptarán todas las medidas necesarias, incluso de carácter legislativo, para fijar una edad mínima para la celebración del matrimonio y hacer obligatoria la inscripción del matrimonio en un registro oficial.” (art. 16-2, CEDAW)

6.2.4. En resumen, las disposiciones internacionales fijan parámetros de protección que deben brindarse por igual a los menores de ambos géneros, sin embargo, debido a las diferencias que existen en ambos casos, en especial, a la mayor tradición de discriminación hacia la mujer, se contemplan medidas de protección específicas para las niñas y las adolescentes, encaminadas a propiciar una igualdad real.

6.3. Conclusión

6.3.1. El principio de igual protección es una manifestación sustancial, no formal, del derecho a la igualdad. Su contenido en el caso de los menores consiste en adoptar las medidas necesarias para garantizar su desarrollo libre, armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Se viola cuando no se adoptan medidas de protección a pesar de ser necesarias —salvo que se estén cumpliendo los tiempos razonables propios de las actuaciones de una administración diligente— y cuando se adoptan tales medidas pero éstas no son adecuadas para garantizar el desarrollo libre, armónico e integral del menor o el ejercicio pleno de sus derechos.

6.3.2. Cuál debe ser la manera como el juez constitucional analice si se ha violado la igualdad de protección en el caso concreto, es una cuestión cuya respuesta depende en gran medida del tipo de problema constitucional planteado. En el presente caso, hay un enfrentamiento de derechos. Por una parte se encuentran los derechos de protección del menor y el derecho a la igualdad de protección. De otra parte está la libertad de fundar una familia, también en cabeza del menor, el cual será analizado posteriormente.

Por tanto, para determinar si ha sido violada la igualdad de protección es necesario adelantar un análisis de ponderación, pero después de comprobar que se han respetado unos mínimos. La igual protección se logra mediante acciones fácticas y jurídicas del Estado, no mediante

abstenciones. Además la igual protección que está constitucionalmente ordenada, por su carácter material, varía a medida que evoluciona la realidad y, por lo tanto, su alcance cambia si los riesgos y las amenazas cambian así como cuando se modifican los fines de protección. Adicionalmente, la igual protección no se logra cuando la diferencia basada en un criterio sospechoso no parte del respeto a los parámetros mínimos ordenados por la Constitución.

7. Libertad de fundar una familia mediante el matrimonio

Una vez vistos los derechos de los menores ha ser protegidos especialmente, así como el derecho a la igualdad, en especial a la igual protección de los menores sin distinción por género, pasa la Corte a analizar el último de los derechos constitucionales involucrado, a saber, el derecho a fundar una familia.

7.1. Constitución Política

7.1.1. La Constitución determina que “el Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona” y “ampara a la familia como institución básica de la sociedad.” (art. 5) En su artículo 42 regula la familia de forma similar a como lo hacen los instrumentos internacionales, al contemplarla como “el núcleo fundamental de la sociedad” y afirmar que “el Estado y la Sociedad garantizarán [su] protección integral.” La norma constitucional reconoce de forma expresa que “las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes”.

La noción de familia que contempla la Constitución es amplia, pues además de las formas que eran ya tradicionales en Colombia protege otras. Reconoce aquellas familias que han sido creadas por la “voluntad responsable de conformarla” (art. 42),¹¹⁹ por una mujer cabeza de familia (art. 43) y garantiza todas aquellas formas de organización social propias de cada pueblo indígena. En cuanto al matrimonio, advierte que éste se genera por la “decisión libre de un hombre y una mujer” de contraerlo. No obstante, el constituyente decidió que el matrimonio se regiría por “la ley civil”, reconociendo así al poder legislativo la facultad de ser el órgano que establezca cuáles han de ser las formas de familia protegidas, de acuerdo a las realidades sociales y culturales de la Nación.¹²⁰

7.1.2. En su jurisprudencia la Corte Constitucional ha señalado que “la esencia del matrimonio es la unión jurídica producida por el consentimiento de los cónyuges”. En la medida que el ser humano “se autoposee” y se “autodoma”, y el matrimonio “(...) comporta una entrega personal a título de deuda para conformar una comunidad de vida y amor y una participación mutua en la sexualidad, no puede darse sino por la libre decisión de cada uno de los cónyuges. (...)” Para la Corte “(...) la libertad en el consentimiento, en un contrato de esta naturaleza, es tema que involucra los derechos humanos a la libertad, a la dignidad, a la intimidad, al libre desarrollo de la personalidad, a la personalidad jurídica (...) por ello debe garantizarse que ningún hecho, ningún acto distinto de la libre expresión del consentimiento, pueda llegar a producir un vínculo matrimonial.”¹²¹

De acuerdo a la Constitución y a los demás tratados y convenios de derechos humanos sobre la materia, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que “(...) la ley debe ser celosa en rodear al pacto conyugal de las circunstancias que aseguren un consentimiento verdaderamente libre, incondicional y vinculante, es decir capaz de crear el nexo jurídico a que se ha hecho referencia.” La expresión del consentimiento no es un mero acto ritual; las formalidades no son la esencia del matrimonio. Por esto, las exigencias relativas a la capacidad y madurez de los contrayentes que postulan las diversas legislaciones, les garantizan dar un consentimiento libre e incondicionado, y los protege del error en el que puedan incurrir.

7.1.3. La libertad de fundar una familia tiene dimensiones positivas y negativas. Contempla la libertad de constituirla por cualquiera de las formas que sean reconocidas constitucional y legalmente, así como el derecho a vivir con los demás miembros de la familia y la libertad de reproducirse o no hacerlo. Esta libertad también contempla el derecho a que no se interfiera el goce efectivo de su libertad cuando desee ejercerla. Así, se cuenta con la facultad de disolver la unión que ya existía y fundar una nueva (art. 42, CP), dejando a salvo, por supuesto, las obligaciones adquiridas y derivadas de la ley.¹²²

7.2. Reglas internacionales

7.2.1. La Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) establece en su artículo 16:

Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el

matrimonio.”¹²³ (acento fuera del texto original)

La Declaración Universal de Derechos Humanos representa un referente en el ámbito jurídico internacional relevante. En este caso, en especial, porque hace referencia a una edad a partir de la cual es posible casarse: la edad núbil. Se trata de un criterio que parece ser más preciso que los usados en los otros instrumentos, pues en ellos no se hace alusión a una edad específica o aproximada a partir de la cual poder casarse; tal edad debe inferirse de la exigencia de tener que otorgar un consentimiento “pleno y libre” para poder casarse.

7.2.2. Ahora bien, un análisis del concepto “núbil” muestra que éste, en realidad, no es un criterio preciso; no ofrece un parámetro certero para establecer una edad mínima para contraer matrimonio. Según el uso corriente de la expresión, “núbil”, ésta se emplea para referirse a una persona que “está en edad de contraer matrimonio”. Esta expresión, que según el diccionario de la Real Academia Española es un adjetivo que preferentemente se usa para referirse a la mujer, no al varón, es sinónima de las voces “casadero” y “casadera”, usadas también para referirse a “quien está por casarse”.

Podría alegarse que “núbil” no es una expresión tan ambigua como se la pretende hacer ver y que es posible resolver la cuestión si por “núbil” se entiende que se hace referencia a quien es “púber”. Esta aproximación no es aceptable por dos razones. La primera es que se trata de dos conceptos diferentes que no son intercambiables. “Pubertad” es una expresión que suele emplearse para hacer alusión a la primera fase de la adolescencia, al momento en el cual se producen las modificaciones propias del paso de la infancia a la edad adulta.¹²⁴ Es una expresión que se refiere a un momento evolutivo de la persona, a un estadio del desarrollo de los seres humanos. De otra parte, la edad núbil se refiere al momento en el cual se considera a la persona apta para consentir casarse. Por supuesto, un sistema jurídico puede considerar que el momento idóneo para consentir casarse es la “pubertad,” pero ello no hace sinónimas las expresiones. La primera da cuenta del momento en que se puede celebrar un matrimonio, mientras que la segunda anuncia el paso a la adolescencia y futura adultez.

La segunda razón para no definir “núbil” a partir de “púber” es que los órganos de las Naciones Unidas encargados de presentar observaciones generales acerca de los tratados y convenios, han interpretado las disposiciones conjunta y armónicamente, y han

recomendado inicialmente fijar en 15 años la edad mínima para contraer matrimonio y actualmente sugieren que se fije en 18.¹²⁵ La pubertad, en el caso de las mujeres, suele alcanzarse en promedio a los 12 años, y según las intervenciones allegadas por los médicos y los psicólogos, este proceso se ha ido acelerando y ahora la maduración sexual es más temprana. Así pues, es claro que de forma explícita y manifiesta los órganos internacionales competentes se han alejado de esta posición (igualar “núbil” a “pubertad”), recomiendan a los Estados Partes hacer lo mismo en su legislación interna, si no lo han hecho aún, y condenan decididamente a aquellos países que no adoptan las medidas adecuadas y necesarias para prohibir, de forma efectiva, prácticas como los matrimonios a temprana edad. La falta de precisión del concepto “núbil” permite a los Estado Partes moverse dentro del margen de configuración que tienen. Puede entonces preguntarse: ¿cuándo puede alguien casarse? Desde el momento en que es “núbil”, ha de responderse; no obstante, acto seguido puede formularse una nueva pregunta: ¿y cuándo una persona es “núbil”? Cuando tenga edad para casarse, según la legislación civil vigente, siempre que respete los derechos humanos y se ajuste a la Constitución de cada Estado, debe responderse.

7.2.3. El sistema europeo es ilustrativo en este sentido, pues la Convención Europea de Derechos Humanos reconoce el derecho a contraer matrimonio en los mismos términos. Dice el artículo 12 de la Convención,

CEDH, artículo 12.- Derecho a contraer matrimonio

A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho. (acento fuera del texto)¹²⁶

En el caso Khan v. UK (1986) la Comisión Europea estudió la situación de una persona condenada por haber tenido relaciones sexuales con una niña menor de 16 años. El peticionario alegó que se le estaba violando su derecho a fundar una familia puesto que según la ley islámica las mujeres pueden casarse desde los 12 años sin el consentimiento de sus padres y ellos habían contraído matrimonio por una ceremonia según sus creencias, cuando él tenía 21 y ella 14. El caso no llegó a la Corte Europea de Derechos Humanos pues la Comisión lo negó al considerar “manifiestamente infundado” el argumento del barón que defendía su derecho a casarse con una mujer menor de 16 años. Señaló que el derecho a

casarse está sujeto a las leyes internas de cada estado, las cuales gobiernan su ejercicio. Así pues, “núbil”, en el contexto del sistema europeo tampoco se entiende como la “pubertad” o un concepto similar, se entiende como la “edad casadera”, según la legislación interna de cada Estado.

7.2.4. En 1962 se adoptó la Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios. Esta Convención, de la cual no hace parte Colombia, defiende la autonomía personal para contraer matrimonio al exigir un “pleno y libre” consentimiento (art. 1º).¹²⁷ Además, impone el deber de fijar legislativamente una edad mínima para casarse, impidiendo que lo hagan aquellas personas que no la hayan cumplido, “salvo que la autoridad competente por causas justificadas y en interés de los contrayentes, dispense el requisito de la edad.”¹²⁸ Tres años después, en la Recomendación sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios (1965), la Asamblea General de Naciones Unidas reiteró que todo matrimonio requiere un “pleno y libre” consentimiento¹²⁹ y estableció en 15 años la edad mínima para contraer matrimonio.¹³⁰

7.2.4. En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), en su artículo 23, (1) reitera que la “familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado” y (2) “reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello.” Señala que (3) “el matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes” y (4) que los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo”, advirtiendo que en caso de disolución, “se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos.”

El Comité de Derechos Humanos, en sus Observaciones Generales N° 19 (1990), sostiene que para “dar de una manera eficaz la protección prevista en el artículo 23 del Pacto, es preciso que los Estados Partes adopten medidas de carácter legislativo, administrativo o de otro tipo.”¹³¹ Uno de los derechos de protección expresamente considerado es garantizar a los cónyuges que los Estados partes “tomarán medidas apropiadas” orientadas a “asegurar la igualdad de derechos de ambos”.

En sus Observaciones el Comité señala que si bien no se establece una edad mínima para poder contraer matrimonio, ésta “debe ser tal que pueda considerarse que los contrayentes han dado su libre y pleno consentimiento personal en las formas y condiciones prescritas por la ley”. Además, el Comité observa que las disposiciones legales nacionales sobre la materia “deben ser compatibles con el pleno ejercicio de los demás derechos garantizados por el Pacto.”¹³²

7.2.5. Según el artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos (1969), “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”, concordando así con la Constitución Política de 1991. La CADH (art. 17) reconoce “el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia” si tienen (1) “la edad” y (2) “las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.” Esta disposición reitera el margen de configuración que internacionalmente se reconoce a los legisladores de cada nación para establecer las formas y requisitos sustanciales que requiere cumplir una persona al momento de ejercer válidamente su derecho a contraer matrimonio. No obstante se establece expresamente como límite a esta facultad no afectar el principio de “no discriminación”, que también consagra la Constitución Política.¹³³

7.3. Jurisprudencia relevante

7.3.1. La Corte ha defendido el derecho a fundar a una familia, impidiendo que se impongan obstáculos a las personas por haber optado por un tipo de familia y no por otro.¹³⁴

7.3.2. La libertad de elegir la forma como se quiere conformar la familia contempla tanto la defensa de la decisión ya tomada, como la defensa de la posibilidad misma de tomar la decisión, es decir, defender el espacio de real autonomía que permita a las personas determinarse. Así, la jurisprudencia constitucional ha decidido, por ejemplo, que la convalidación del matrimonio viciado por fuerza no se opone a la protección de los derechos fundamentales a la libertad, la dignidad, la intimidad y el libre desarrollo de la personalidad ni, por ende, a la Constitución, siempre y cuando dé garantía de ausencia de nuevos vicios y se lleve a cabo en absoluta libertad.¹³⁵ En el mismo sentido, la jurisprudencia ha señalado que cuando la convalidación se dé por la “sola cohabitación de los consortes” ésta debe ser en

todo caso voluntaria y libre, dejando a salvo el derecho de demostrar, en todo tiempo, que no tuvo por objeto convalidar el matrimonio.¹³⁶

7.3.3. La Corte ha impedido que se afecte la libertad de fundar una familia, en el contexto de una institución castrense, cuando la institución presenta un reparo clasista sobre la persona con la cual se eligió fundarla.¹³⁷

7.3.4. La jurisprudencia se ha ocupado específicamente de establecer que los menores son titulares del derecho a fundar una familia, independientemente de cual sea la forma bajo la cual la quieran desarrollar. Al respecto, ha establecido que es posible tomar medidas para proteger a los menores, siempre y cuando estas sean adecuadas al momento de desarrollo en el cual se encuentra una persona y no sean ilegítimas.¹³⁸

7.3.5. La jurisprudencia, no obstante, ha determinado que el derecho a fundar una familia por parte de los menores no tiene el mismo ámbito de protección que en el caso de los adultos. Los derechos de protección que gozan los menores, imponen a su familia, al Estado y a la sociedad en general, el deber de garantizar su desarrollo libre, armónico e integral, así como el ejercicio pleno de sus derechos.

En la sentencia C-344 de 1993 (M.P. Jorge Arango Mejía) se consideró que la exigencia a los púberes de contar con el consentimiento de sus padres para contraer matrimonio, así como la posibilidad de que éstos los deshereden en caso de no haber observado esta regla, no implica violación o desconocimiento alguno de la libertad o autonomía de los menores.¹³⁹

Esta decisión se adoptó, entre otras consideraciones, porque se asumió que el requisito de contar con la autorización de los padres no limita los derechos del menor, sino que por el contrario los protege.¹⁴⁰ Para la Corte atentaría contra la institución de la familia, “(...) estimular (...) los matrimonios de adolescentes apenas llegados a la pubertad” (acento fuera del texto original). En esta ocasión, cabe resaltar, la Corte manifestó expresamente que las regulaciones civiles matrimoniales entre “púberes” (menor adulto) no son comparables a los menores que tienen relaciones sexuales, situación claramente diferente.¹⁴¹ No obstante la decisión adoptada por la sentencia C-344 de 1993 no fue unánime, los Magistrados Eduardo Cifuentes Muñoz y Alejandro Martínez Caballero salvaron su voto por considerar que las disposiciones acusadas sí desconocían la autonomía de los menores.¹⁴²

7.3.6. En la misma línea del anterior precedente, pero refiriéndose a los efectos en materia

económica del matrimonio de los menores, no a las reglas de capacidad, la Corte resolvió declarar exequible el primer inciso del artículo 125 del Código Civil, según el cual: ‘el ascendiente, sin cuyo necesario consentimiento se hubiere casado el descendiente, podrá revocar por esta causa las donaciones que antes del matrimonio le haya hecho’. Se consideró que “(...) el inciso primero del artículo 125 del Código Civil no quebranta los artículos 13, 14, 15, 16, 18 y 42 de la Constitución Política, sino que, por el contrario, los interpreta fielmente, por cuanto la ausencia de permiso para celebrar el matrimonio no afecta su validez ni mengua los efectos del contrato matrimonial, sino que dota a los padres de una herramienta eficaz, tanto para obligar a los menores a tomar una decisión reflexiva, como para que, en el evento de que el matrimonio se realice no obstante la falta de permiso, los padres o quienes en esta importante misión los sustituyen, mitiguen, al menos patrimonialmente, las consecuencias de la decisión” (C-1264 de 2000; M.P. Álvaro Tafur Galvis). En esta oportunidad dos Magistrados salvaron su voto, Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero.¹⁴³

7.4. Conclusión

El derecho a conformar libremente una familia es un derecho constitucional fundamental del cual también son titulares los menores de edad, sin perjuicio de que el legislador establezca condiciones para su ejercicio con el fin de proteger al menor y de que fije edades, incluso diferentes, para determinar la capacidad para contraer matrimonio, una de las formas de constituir familia.

Una vez analizado el contenido de los diferentes derechos constitucionales involucrados pasa la Corte a determinar el margen de configuración que confiere la Constitución Política al legislador en la regulación del matrimonio, para posteriormente juzgar la constitucionalidad de la regla acusada dentro de este proceso.

8. Margen de configuración del legislador

8.1. La Constitución Política de 1991 (art. 42) decidió que corresponde al legislador (a “la ley civil”, dice la norma) regir (i) “las formas del matrimonio”, (ii) “la edad y capacidad para contraerlo”, (iii) “los deberes y derechos de los cónyuges”, (iv) “su separación” y (v) “la disolución del vínculo” matrimonial. Se trata pues, de una decisión expresa de la Asamblea Nacional Constituyente de confiar al Congreso, foro de representación democrática por

excelencia, la competencia para regular la institución jurídica del matrimonio.

8.1.1. Reservar a la “ley” la regulación de los aspectos centrales del matrimonio es pues, un desarrollo de los principios fundamentales de un estado social y democrático de derecho, que tiene dentro de sus funciones esenciales “garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes” constitucionales y “facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan”. El derecho a “contraer matrimonio” es constitucional y es fundamental. Además, constituye una de las formas más importantes de ejercer la libertad de fundar una familia. La decisión constitucional de reservar a la ley la regulación del matrimonio conlleva la defensa de un espacio propio de decisión que corresponde al legislador, de tal suerte que se impida a otros poderes del Estado desconocerlo. Esto ocurriría, por ejemplo, si otra autoridad tratara de expedir una regulación sobre alguno de los temas específicamente objeto de la reserva legal (fijar las formas de matrimonio, los derechos y deberes de los cónyuges, etc.).

8.1.2. La reserva legal que fija la Constitución con relación al matrimonio, coincide con los convenios y tratados internacionales sobre la materia, en especial, con el sistema interamericano de derechos humanos. Como se dijo, la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) reconoce “el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia” (art. 17.2) siempre y cuando tengan la edad y las demás condiciones requeridas para ello “por las leyes internas”, y éstas no afecten el principio de no discriminación establecido en la Convención.

La CADH determina que las restricciones permitidas al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas por ella “no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas” (art. 30). En Opinión de la Corte Interamericana (CIDH)¹⁴⁴ la palabra “leyes”, a propósito de restricciones a los derechos,¹⁴⁵ significa (1) “norma jurídica de carácter general”, (2) “ceñida al bien común”,¹⁴⁶ (3) “emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos”, y (4) “elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes.” La Corte Interamericana consideró que dentro del constitucionalismo democrático la reserva de ley para todos los actos de intervención en la esfera de la libertad es un elemento esencial para que los derechos de las personas puedan estar jurídicamente protegidos y existir plenamente en la realidad. Sostuvo que

“(…) la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona, dentro de las cuales, acaso la más relevante tenga que ser que las limitaciones se establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo establecido por la Constitución.”¹⁴⁷

La decisión de reservar la regulación del matrimonio a la ley en el constitucionalismo contemporáneo tiene sustento en el principio democrático. Corresponde al foro de representación democrática y no a otros poderes o estamentos de la sociedad definir cuál es la regulación en materia de matrimonio y de familia, en general. Es un desarrollo concreto del principio de autogobierno que inspira a un estado social y democrático de derecho.

8.2. La decisión constitucional de confiar la regulación de la institución jurídica del matrimonio a la ley civil conlleva cargas y límites al Congreso de la República, el cual debe ejercer sus competencias respetando el orden constitucional vigente.

El margen de configuración le permite al Congreso elegir la política legislativa; los fines específicos que se quieran alcanzar y los medios adecuados para ello, sin desconocer los mínimos de protección ni adoptar medidas irrazonables o desproporcionadas. A propósito de los derechos del menor, por ejemplo, el legislador desconoce los mínimos de protección cuando el Estado no ha adoptado medidas necesarias para garantizar las condiciones básicas para un desarrollo libre, armónico e integral del menor y el ejercicio pleno de sus derechos.

A continuación la Corte presenta algunos de los límites que constitucionalmente se fijan al margen de configuración del legislador del derecho fundamental a contraer matrimonio, en especial, a la edad mínima a partir de la cual puede ser ejercido.

8.2.1. En la Observación General N°5 (2003), el Comité sobre los Derechos del Niño se refirió al artículo 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Indicó que en virtud de esta norma “[l]os Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención”.¹⁴⁸ Observó que cuando un Estado ratifica la Convención (CDN) adquiere la obligación de “implementarla”, entendiendo por “implementación” el proceso por el cual los Estados partes toman medidas para garantizar el goce efectivo de todos los derechos de la Convención para

todos los niños en su jurisdicción.¹⁴⁹

El Comité observó que los Estados tienen la obligación de revisar la totalidad de la legislación nacional y la reglamentación administrativa para asegurar su plena compatibilidad con la CDN.¹⁵⁰ Esta revisión (i) no puede llevarse a cabo una sola vez, debe ser continúa, (ii) debe ser integral, no artículo por artículo, y (iii) reconociendo la interdependencia y la indivisibilidad de los derechos humanos.¹⁵¹

8.2.2. Hay varias limitaciones específicas que el legislador debe respetar en relación con la familia, en general, y con relación al derecho a contraer matrimonio, en especial.

- Las relaciones familiares deben regularse, teniendo en cuenta que se basan en “la igualdad de derechos y deberes de la pareja” y en “el respeto recíproco” entre todos sus integrantes (art. 42-4, CP). Deberá tenerse en cuenta que la “honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables” (art. 42-3, CP) y que “cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad” y debe ser “sancionada por la ley” (art. 42-5, CP). También, que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás (art. 44, CP).

- La ley, según la Constitución, tiene por objeto “reglamentar la progeneración responsable” (art. 42-7, CP); regir “las formas de matrimonio”; “la edad y capacidad para contraerlo”; “los derechos y deberes de los cónyuges”; “su separación y disolución” (art. 42-9, CP); “los efectos civiles de los matrimonios religiosos” (art. 42-10, CP); y la cesación de éstos por divorcio, para “todo matrimonio” (art. 42-11, CP).¹⁵²

8.2.3. Con relación a la edad mínima para poder contraer matrimonio se establecen límites específicos. Las disposiciones constitucionalmente relevantes reconocen el margen de configuración al legislador, permitiendo al legislador determinar la edad siempre y cuando (1) ésta se tome teniendo en cuenta la edad y la madurez de la persona, y (2) se garantice, en todo caso, que todo matrimonio se funda en un consentimiento libre y pleno de ambas partes.¹⁵³

8.3. Ahora bien, la consecuencia jurídica en materia de control constitucional que tiene “reservar un tema a la ley” -exigiendo que su regulación se haga de acuerdo al principio democrático- es impedir al juez constitucional juzgar de forma amplia y detallada la política

legislativa aprobada en el Congreso. Como en cualquier otro caso, la Corte Constitucional no debe establecer si la política legislativa adoptada por el Congreso de la República es adecuada o conveniente, o si es la mejor que ha podido adoptarse. A la Corte Constitucional le corresponde establecer si la facultad legislativa fue ejercida observando los límites impuestos al margen de configuración del legislador. No puede ordenar una protección máxima, no puede escoger los medios que estime mejores, diseñar una institución jurídica o proponer una determinada política social. La Corte Constitucional, como se dijo, debe impedir que se desconozcan los mínimos de protección que efectivamente deben garantizarse a los menores o que se desconozcan libertades, so pretexto de imponer políticas “paternalistas”.

8.4. Una vez presentados los límites al margen de configuración del legislador, y una vez analizados los diferentes derechos involucrados en los argumentos presentados por la demanda que da lugar al presente proceso, reitera la Corte el problema jurídico a analizar: ¿desconoce una norma legal los derechos fundamentales de los niños (art. 44, CP) y el principio de igualdad (en especial la igualdad de protección y la prohibición de discriminación entre sexos —arts. 13 y 43, CP) al declarar “nulo y sin efecto” el matrimonio celebrado por una mujer adolescente menor de doce (12) años, mientras que en el caso de un varón adolescente igual sanción civil sólo se otorga a los matrimonios cuando el contrayente es menor de catorce (14) años?

No se trata entonces de establecer cuál es la edad adecuada para contraer matrimonio, el propósito es determinar si la regla legal existente, que permite a las mujeres contraer matrimonio dos años antes (desde los 12), es constitucional. Pasa la Corte a juzgar la constitucionalidad de la regla acusada.

9. Ponderación de los derechos y principios constitucionales enfrentados

9.1. Los derechos y principios constitucionales a ponderar en el presente caso

La Corte Constitucional debe entonces decidir si la regla acusada por la acción pública de constitucionalidad que dio origen al presente proceso desconoce la Carta Política, para lo cual ponderará los derechos y principios constitucionales en conflicto.

De una parte se encuentra (1) el derecho de las mujeres adolescentes (“niñas”

constitucionalmente) a que se garantice su desarrollo libre, armónico e integral, así como el pleno ejercicio de sus derechos (art. 44, CP); (2) su derecho a ser protegidas adoptando las medidas adecuadas y necesarias para garantizar tales derechos (art. 44, CP), y (3) el derecho a que esta protección sea igual, sin discriminación por razones de género (art. 13 y 43, CP). De otra parte se encuentra (4) la libertad de conformar una familia (art. 42, CP), (5) la autonomía de los menores (art. 44, CP), y (6) el amplio margen de configuración que la Constitución reconoce al legislador para regular el derecho fundamental a contraer matrimonio, en desarrollo del principio democrático (art. 42, CP).

Una vez identificados los derechos y principios constitucionales en tensión, la Corte pasa a ponderar los derechos e intereses constitucionales en conflicto. Con este propósito se señalará, en primer lugar, cuál es el peso relativo que tiene cada uno en el presente caso. Para ello, la Corte establecerá (1) cuál es el grado de desprotección que conlleva para las mujeres adolescentes permitirles consentir casarse a partir de los 12 años; (2) cuál es el grado de afectación del derecho a un desarrollo libre, armónico e integral y al pleno ejercicio de los derechos; y (3) si se incumple el mandato de protección igual y en qué medida; por una parte. Por otra, la Corte deberá establecer (4) el grado de afectación del derecho a conformar una familia y (5) el grado de afectación a la libertad y autonomía del menor, en caso de no permitir a las mujeres contraer matrimonio a partir de los 12 años. Para este análisis la Corte tendrá de presente los límites constitucionales al margen de configuración que tiene el Congreso de la República en este tema.

9.2. Juicio de ponderación

A continuación pasa la Corte a precisar esta afectación y, posteriormente, a ponderar cada uno de los derechos y principios constitucionales enfrentados, según los criterios antes mencionados [apartado (9.1.)]. La Corte tendrá en cuenta, entre otras cosas, los conceptos y opiniones de los órganos internacionales sobre la cuestión, así como los conceptos de los médicos y psicólogos aportados al proceso, para establecer cuál es el grado de desprotección y afectación real que representa para la mujer la posibilidad de contraer matrimonio a partir de los 12 años.

9.2.1. El derecho de las mujeres adolescentes (“niñas” constitucionalmente) a que se garantice su desarrollo libre, armónico e integral, así como el pleno ejercicio de sus derechos

(art. 44, CP) es afectado en un grado alto por la regla acusada

El derecho de las mujeres adolescentes a que se les garantice un desarrollo libre, armónico e integral y a gozar el pleno ejercicio de sus derechos es sometido a un grado de afectación alta cuando se casan precozmente, en especial en los casos en que además tienen lugar embarazos prematuros. En los matrimonios precoces la mujer adolescente suele asumir cargas y responsabilidades que transforman su vida radicalmente, no sólo en los meses y años siguientes al matrimonio, sino a lo largo de toda su existencia, especialmente si se tiene hijos a tan corta edad. Las niñas que se casan a edades tempranas truncan su desarrollo educativo, social y económico, deben encarar el mundo de la adultez antes de tiempo, con inexperiencia y con grave incidencia sobre su desarrollo individual. Además, los embarazos a temprana edad suelen tener lugar en los matrimonios precoces también pueden afectar su salud y la de sus futuros hijos.¹⁵⁴

9.2.1.1. Efecto en el derecho a la educación. El matrimonio precoz suele obligar a los menores a abandonar sus estudios; bien sea porque se asumen de manera individual o compartida labores domésticas y de cuidado de los hijos, bien sea porque se trabaja para poder sostener los gastos económicos de la familia.¹⁵⁵

La educación es un derecho y un deber. Es un derecho, por cuanto garantiza la posibilidad de acceder al conocimiento, a la ciencia, a la técnica y a los demás bienes y valores de la cultura. El ámbito de libertad y de desarrollo personal con que cuenta una persona depende, en gran medida, de su educación. Pero a la vez, es un deber. La Constitución encarga a la educación la misión de formar al colombiano en el respeto a los derechos humanos, a la paz y a la democracia; y en la práctica del trabajo y la recreación para el mejoramiento cultural, científico, tecnológico y para la protección del ambiente. En otras palabras, la Carta Política confía a la educación la labor de transmitir y difundir los valores democráticos que inspiran un estado social y democrático de derecho, es decir, formar ciudadanos para una sociedad democrática.¹⁵⁶

En efecto, el “matrimonio precoz de las niñas” es una de las violaciones a los derechos de la mujer que ha constatado el Relator Especial sobre la violencia contra la mujer.¹⁵⁷ En uno de sus informes,¹⁵⁸ ha advertido que el acceso de las mujeres a la educación es más bajo que el de los hombres, lo cual se busca abiertamente para favorecer la práctica del matrimonio

precoz. Con relación a este tipo de matrimonio, que “puede resultar nocivo para la salud física y mental de las jóvenes”, la Relator en su informe dice lo siguiente,

El matrimonio precoz tiene por objeto garantizar la virginidad de la mujer, librar a su familia de la carga de una boca que alimentar y garantizar un largo ciclo de fecundidad para engendrar varios hijos varones. Con todo, el matrimonio precoz en general conduce al embarazo prematuro en la niñez/adolescencia que, a su vez, como se afirmó en el Segundo Seminario de las Naciones Unidas relativo a las prácticas tradicionales que afectan a la salud de las mujeres y los niños, disminuye la esperanza de vida de las niñas, afecta negativamente su salud, nutrición, educación y oportunidades de empleo, y reduce su tasa de participación económica. (...)159

Según el artículo 67 de la Constitución la educación es “obligatoria entre los cinco y los quince años de edad”; propiciar entre los menores matrimonios prematuros para que se reproduzcan, si ello conlleva la deserción escolar, implica desatender este mandato. El cambio de vida que supone para los jóvenes el casarse, los conduce ineludiblemente a salir del mundo en que viven. Las actividades, las ocupaciones y las preocupaciones cambian; también las amistades y la cantidad de tiempo libre con que cuentan. Mientras que la mayoría de las niñas y los niños aprenden a asumir los roles de pareja mediante el juego, las niñas y los niños que se casan prematuramente deben aprender lo mismo jugando con su propia vida.

9.2.1.2. Efecto en el derecho a la salud. Al propiciar matrimonios prematuros, de niñas que apenas son púberes, estimulando su reproducción temprana, se pone en riesgo la salud, e inclusive, la vida misma de las niñas y de sus futuros hijos.

Una de las conclusiones que se sostiene en los informes técnicos solicitados por esta Corte a expertos en la materia, es que “(...) antes de que el desarrollo orgánico general tenga lugar, es decir, en el período de tiempo que transcurre entre la madurez sexual y el total desarrollo físico, los riesgos derivados de un embarazo precoz para la salud de la madre y del hijo, son muchísimo mayores en razón de que el cuerpo de la madre aún no está completamente desarrollado para la gestación ni para la lactancia, que los riesgos para las mujeres adultas y sus hijos.”160 Los 12 años que fija la norma acusada como edad mínima para que las mujeres puedan casarse responde a un promedio de ingreso a la pubertad. Lo que implica que en un número indeterminado de casos la niña podría ser todavía impúber y, sin

embargo, asumir una vida sexual activa, con las consecuencias negativas que para su desarrollo físico, emocional y su salud en general ello conlleva. Esta situación tiene también efectos negativos en los hijos de padres menores. Al no estar las madres totalmente desarrolladas para poder soportar un embarazo adecuadamente, se afecta el desarrollo físico del niño que está por nacer, así como su desarrollo libre, armónico e integral y sus oportunidades, después de nacido.¹⁶¹

En el mismo sentido se ha pronunciado la Organización Mundial de la Salud (OMS). La OMS considera que la reproducción precoz, crea graves problemas durante el embarazo y el parto, por lo que tiene profundos efectos en la salud y el desarrollo de los niños, en particular en el cuidado y la alimentación de éstos, con riesgos de raquitismo y anemia. Por tal razón insta a los Estados a “establecer políticas y programas nacionales para poner término efectivamente, y con el respaldo de la ley (...), a la procreación antes de la madurez biológica y social y a otras prácticas nocivas que afectan a la salud de las mujeres y los niños.”¹⁶²

Los embarazos prematuros son un problema público y social a resolver, no un objetivo constitucional por alcanzar.¹⁶³

9.2.1.3. Desconocimiento del interés superior del menor. A la luz de la Constitución, todos los órganos del Estado deben atender al interés superior del menor, y garantizar su desarrollo libre, armónico e integral así como el ejercicio pleno de sus derechos (art. 44; C.P.). Los niños y las niñas tienen el derecho constitucional a que las decisiones que tomen las autoridades públicas determinantes para ellos, se adopten en función de su “interés superior”. Ello no ocurre en el presente caso. Como se indicó al estudiar el origen de la regla, el numeral segundo del artículo 140 del Código Civil no se estableció en interés de los menores. Fue así en Roma en la antigüedad, en España durante la edad media y en Colombia a finales del siglo XIX. La norma acusada desconoce el derecho de los niños a que el Congreso de la República determine la edad mínima para contraer matrimonio en atención a su “interés superior”.

En un informe sobre los matrimonios prematuros elaborado por UNICEF, se aborda el problema, señalando su frecuencia, las causas y el contexto en el que se da, así como las consecuencias, tanto para la persona como para la sociedad. La cuestión se presenta así,

Las consecuencias de un matrimonio precoz, en especial si este se da a edades tempranas,

puede tener efectos altamente nocivos,

“El matrimonio precoz impide a niñas y niños la plena realización y el disfrute de prácticamente todos y cada uno de sus derechos. Con dicha práctica se impone un cónyuge a una persona que, por encontrarse todavía en la infancia o en la adolescencia, no está en modo alguno preparada para la vida matrimonial y que, a causa del matrimonio, se verá privada de su libertad, de oportunidades para su desarrollo personal y de otros derechos, como por ejemplo el derecho a la salud y al bienestar, a la educación y a la participación en la vida pública. (...)”¹⁶⁵

Ahora bien, aunque el problema afecta tanto a los niños como a las niñas, el informe advierte que el efecto en las primeras es peor. A las niñas se les perjudica por tener corta edad, al igual que a los niños, pero también por ser mujer. El informe señala que el problema es más grave para ellas por cuanto padecen de las consecuencias del matrimonio precoz un mayor número de veces y con una “intensidad incomparablemente superior.”¹⁶⁶

Atendiendo estas mismas preocupaciones, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas recomendó a los Estados Partes del PDESC que incorporen la perspectiva de género “en sus políticas, planificación, programas e investigaciones en materia de salud” con el propósito de promover mejor la salud de la mujer y el hombre, pues “un enfoque basado en la perspectiva de género reconoce que los factores biológicos y socioculturales ejercen una influencia importante en la salud del hombre y la mujer.” Observa el Comité que es “preciso adoptar medidas eficaces y apropiadas para dar al traste con las perniciosas prácticas tradicionales que afectan a la salud de los niños, en especial de las niñas, entre las que figuran el matrimonio precoz, las mutilaciones sexuales femeninas y la alimentación y el cuidado preferentes de los niños varones.”¹⁶⁷

Por último, cabe señalar que el Comité sobre los Derechos del Niño, en la Observación General N° 4 (2003) de la CDN, manifestó su preocupación por los matrimonios y embarazos prematuros, por ser factores que propician problemas de salud sexual y reproductiva. Los niños que se casan, en especial las niñas, son obligados a abandonar el sistema educativo y marginalizados de las actividades sociales. El Comité indicó que en muchos países la edad sigue siendo muy baja, especialmente para las niñas. El Comité sobre los Derechos del Niño,

al igual el Comité sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Recomendación General N° 21 [1994]) recomienda especialmente que la edad mínima para contraer matrimonio, con o sin el consentimiento de los padres, sea 18 años.¹⁶⁸

9.2.2. El derecho de las mujeres menores a la igualdad de protección, sin discriminación por razones de género es afectado en alto grado

El derecho a la igual protección también se afecta en alto grado. Como se ha sostenido a lo largo de la sentencia y se ha evidenciado a través de las opiniones e intervenciones allegadas al proceso, el efecto perverso de esta regla sobre las mujeres es mayor que sobre los hombres.

9.2.2.1. Para las niñas un matrimonio precoz conlleva en muchas ocasiones una restricción grande en el horizonte de posibles proyectos de vida. Las imágenes tradicionales que discriminan a la mujer, por ejemplo, confinándola necesariamente al ámbito doméstico, suelen imponérsele a la niña que es esposa, o tienden a propagarse y mantenerse cuando el rol de madre a temprana edad dificulta que la mujer identifique, construya y siga opciones de vida complementarias, alternativas o distintas. En atención a la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer,¹⁶⁹ es deber del Estado suprimir todas aquellas disposiciones que mantengan y reproduzcan estas discriminaciones culturales tradicionales a la mujer, que ya en el pasado han dado muestra de lograr enquistarse incluso en las mujeres mismas.¹⁷⁰

9.2.2.2. Cuando el legislador distingue entre hombres y mujeres, se encuentra ante una prohibición constitucional expresa de discriminar por razones de género. Por eso, las clasificaciones basadas en el género son, prima facie, inconstitucionales salvo que estén orientadas a definir el ámbito de acciones afirmativas en favor de la mujer. Pero esta presunción de inconstitucionalidad puede ser desvirtuada si se demuestra que hay fines legítimos y, además, imperiosos que sólo pueden alcanzarse acudiendo al sexo como criterio de clasificación, así como si la distinción es necesaria para alcanzar dicho fin, sin perjuicio de que también se analice si la distinción es proporcional en sentido estricto. En la sentencia C-112 de 2000 (MP Alejandro Martínez Caballero) se consideró que "(...) la idea misma de nociones sospechosas, o potencialmente discriminatorias, es que su uso por las autoridades se encuentra en principio prohibido (CP art. 13), por lo cual, las regulaciones fundadas en

esos criterios se presumen inconstitucionales. Las autoridades deben entonces, en principio, evitar emplear esas clasificaciones, incluso de manera inocente. Por ende, si una diferencia de trato se funda en una categoría potencialmente discriminatoria, tienen que concurrir claras razones que expliquen su empleo, pues de no existir esas justificaciones especiales, y en virtud de la presunción de inconstitucionalidad, el juez constitucional deberá retirar del ordenamiento esas regulaciones.” (acento fuera del texto original)

9.2.2.3. En el presente caso existe, además del mandato general, un deber específico de no establecer diferencias de trato entre el hombre y la mujer con relación al matrimonio. De hecho, como se mostró, los instrumentos internacionales hacen referencia concretamente a la edad mínima a partir de la cual se puede contraer matrimonio, como uno de esos aspectos en los que se debe propender por la paridad.

La norma acusada es notablemente insensible del derecho a la igualdad de protección de las mujeres adolescentes, si se tiene en cuenta que la ley otorga una protección mayor a los varones adolescentes (hasta los 14 años) que a las mujeres (hasta los 12 años), pese a que los matrimonios prematuros, dadas las condiciones sociales señaladas, afectan más a la niñas y, por tanto, demandan del Estado adoptar medidas adecuadas y necesarias para asegurar su desarrollo libre, armónico e integral y el pleno ejercicio de sus derechos, con más urgencia que para el caso de los hombres.

9.2.3. La incidencia sobre la libertad de las mujeres menores a conformar una familia es baja.

La Corte Constitucional considera que es posible alegar que actualmente, gracias a la regla acusada, las mujeres adolescentes entre los 12 y los 14 años gozan de mayor libertad para conformar una familia y que es deber de esta Corporación preservarla. Sin embargo, tal libertad no es plena, como suele serlo en el caso de los mayores de edad (18 años), está sometida a condiciones legales como contar con permiso previo de los padres o de quien sea responsable del menor, en los términos dispuestos por la ley civil, so pena de consecuencias tales como ser desheredado.¹⁷¹ Ahora bien, teniendo en cuenta que se trata de un ámbito de la libertad que debe ser ponderada con los demás derechos e intereses en conflicto, pasa la Corte a indicar por qué un eventual incremento de la edad a 14 años representa una incidencia menor en dicha libertad.

9.2.3.1. En primer lugar, debe resaltarse que la afectación a esta libertad, en el caso de igualar la edad mínima para contraer matrimonio, es menor, puesto que la mujer entre los 12 y los 14 años puede, de hecho, conformar una familia. Bajo la Constitución Política de 1991 el matrimonio no es la única forma de conformarla, puesto que cabe la voluntad de constituirla sin contraer matrimonio (art. 42, CP). Es decir, el derecho a conformar una familia no se vería anulado, solamente se limitaría una forma de ejercerlo, por ejemplo, por vía de matrimonio, hasta que alcance la edad para contraerlo.

9.2.3.2. Como se indicó, el derecho a fundar una familia también contempla la libertad de escoger la forma como se desea fundarla. Pero en este caso la afectación también es menor. En efecto, la restricción para consentir casarse es tan sólo de dos años, de los 12 a los 14. Una vez cumplida esta edad la mujer adolescente podrá decidir con su pareja sí contraen matrimonio, mientras el legislador no establezca otra edad superior.

9.2.3.3. Podría alegarse, sin embargo, que la norma garantiza a los menores que pudieran estar por nacer su “legitimidad”, al permitir que ocurra en el seno de un matrimonio. Este argumento no es de recibo en sede constitucional. La Corte ha declarado que la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos resulta discriminatoria.¹⁷² Para creer que se le hace un bien al futuro hijo de un matrimonio precoz, al garantizarle que será “hijo legítimo”, se requiere creer que es “malo” o que conlleva consecuencias jurídicas negativas el ser “ilegítimo”, lo cual no es constitucionalmente admisible. En el orden constitucional vigente no hay posibilidad de discriminar a las personas con base en su origen familiar. Todas las formas de familia tienen protección constitucional, y los niños y las niñas que nacen en el seno de cada una, tienen iguales derechos. En el pasado, la Corte recordó que una de las razones por las cuales históricamente se facilitaba el acceso al matrimonio era evitar que las personas se unieran libremente, lo cual era considerado “concubinato”, estaba prohibido y no era deseable por conllevar la “ilegitimidad” de los hijos.¹⁷³ La Corte reitera hoy, al igual que en aquella sentencia, que estas razones son incompatibles con el orden constitucional vigente.

9.2.3.4. Por último, podría pensarse que lo que busca la norma es proteger a los menores que nazcan de matrimonios prematuros, dándoles una familia estable y organizada. Si bien todas las formas de familia tienen protección, se alegaría, el matrimonio ofrece una mayor estabilidad real al menor, pues la esposa puede más fácilmente defender los intereses de su hijo o hija frente a un padre que no cumpla sus obligaciones. Podría objetarse que fijar la

edad mínima para que las mujeres puedan casarse a los 14 y no a los 12 años, no beneficia a la mujer sino que la perjudica. Se diría que al impedirle contraer matrimonio, se le pone en una situación de desventaja jurídica para poderle reclamar al padre de su futuro hijo el cabal cumplimiento de sus responsabilidades, en caso de estar embarazada. La Corte considera que no es de recibo esta objeción por varias razones.

La primera es que el menor tiene el derecho a que se le asegure una “progenitura responsable” (art. 42-7, CP). Según el desarrollo legislativo que el Congreso le ha dado a este derecho “todo menor tiene derecho a que se le defina su filiación”, precisando que a esta garantía “corresponde el deber del Estado de dar todas las oportunidades para asegurar una progenitura responsable.”¹⁷⁴ En esa medida, la Corte Constitucional considera que el incumplimiento de una obligación imperiosa no justifica desconocer una obligación de protección constitucional. Además, la Constitución (art. 43) ordena al Estado proteger y asistir especialmente a la mujer “durante el embarazo y después del parto” y darle subsidio alimentario, en caso de estar “desempleada o desamparada”, apoyando “de manera especial a la mujer cabeza de familia.” Se trata pues, de una protección constitucional reforzada.

En segundo lugar, no es suficiente invocar un riesgo de incumplimiento de obligaciones para defender que se prive a las niñas de la igual protección a la que tienen derecho, específicamente en la fijación legal de la edad mínima para contraer matrimonio, poniendo en riesgo su desarrollo libre, armónico e integral. Tal decisión no puede justificarse en el hecho de que jurídicamente, no se puede asegurar el cumplimiento de la progenitura responsable. En un estado social y democrático de derecho cuando a un niño se le viola o desconoce un derecho, la solución es defenderlo, no desconocerle otro derecho. Por último, el sistema jurídico sí ofrece medios de defensa judicial que garanticen la progenitura responsable en aquellos casos en que los hijos pertenezcan a una familia que no éste conformada por un matrimonio.¹⁷⁵ Además, de existir una afectación o una amenaza a los derechos fundamentales de un menor que no pueda ser enfrentada judicialmente por los procedimientos contemplados en la ley, podrá ser objeto de protección mediante una acción de tutela.¹⁷⁶

9.2.4. La incidencia sobre la autonomía de las mujeres adolescentes es menor

La afectación de la autonomía de las mujeres adolescentes en caso de no poder contraer

matrimonio antes de los 14 años también es menor. Las mujeres adolescentes gozan de amplia libertad y autonomía para determinar su vida. Pueden elegir entre múltiples proyectos de vida, libres de toda injerencia arbitraria o ilegítima.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reconocido dentro del ámbito de la autonomía y libertad de toda persona, la potestad de decidir sobre su propia sexualidad.¹⁷⁷ Esta libertad, también la tienen y gozan los menores, a los que se les ha protegido incluso en el ámbito escolar.¹⁷⁸ Además puede decidir libremente conformar una familia, como ya se dijo, y adoptar diferentes proyectos de vida. Claro está, es deber de la familia, la sociedad y el Estado, acompañar a los menores en el ejercicio de sus libertades, así como advertir los riesgos y responsabilidades que implican ciertas elecciones de vida.¹⁷⁹

Como se indicó, el margen de configuración del legislador en materia de familia, en especial, en relación a la regulación del derecho a contraer matrimonio no es absoluto. Tiene límites constitucionales que determinan el ámbito dentro del cual este puede fijar sus políticas públicas. En el presente caso, el juicio de ponderación busca establecer si fijar la edad mínima para que las mujeres contraigan matrimonio a los 12 años desconoce los derechos fundamentales de los niños, en especial los mínimos de protección que se debe a éstos y el derecho a la igualdad de protección de las mujeres y la garantía de no discriminación.

El mandato de protección a los menores, se dijo,¹⁸⁰ no es tan solo una garantía objetiva sino la expresión de un derecho subjetivo fundamental a recibir protección. Por tal razón, aunque el legislador dispone de un margen de apreciación de las circunstancias y de configuración en el diseño de las normas de protección de los menores, los medios que escoja deben ser efectivamente conducentes para alcanzar los fines específicos de protección y no puede omitir las medidas que aseguren unos mínimos de protección. De igual forma, también se dijo,¹⁸¹ la cuestión de determinar el tipo o el grado de protección que requieren grupos de personas comparables ha sido confiada al legislador democráticamente elegido. Por tanto, cuando el juez constitucional estudia si uno de los grupos está más protegido que otros, no puede desconocer o sustituir la apreciación del legislador, ni imponer niveles máximos o ideales de protección. En este casos el control constitucional se circunscribe a establecer (i) si el legislador no ha respetado los mínimos de protección constitucionalmente ordenados, (ii) si la desprotección de un grupo excede los márgenes constitucionalmente admisibles, o (iii) si la menor protección relativa de un grupo obedecen a una discriminación, lo cual

estaría constitucionalmente prohibido.

Así pues, teniendo en cuenta que el legislador debe considerar el interés superior del menor y que debe adoptar, por igual, medidas adecuadas y necesarias para garantizar el desarrollo libre, armónico e integral del menor y el pleno ejercicio de sus derechos –en especial aquellas que se requieran para superar las desigualdades que en materia de género existan–, la Corte considera que no desconoce el margen de configuración del legislador al impedir que la edad mínima de las mujeres para contraer matrimonio se fije en 12 años. Las medidas legislativas que afectan los derechos de los menores y los ponen en situación de desprotección, sobre todo con base en una distinción de género injustificada, no se encuentran dentro del margen de configuración del legislador pues, al desconocer los mínimos de protección constitucionalmente ordenados, desbordan dicho margen.

9.3. Conclusión

A la luz de la Constitución Política es inconstitucional fijar la edad mínima a los 12 años de edad para que las mujeres contraigan matrimonio, cuando ésta es de 14 años para los varones. La regla supone afectar en alto grado (1) el derecho al desarrollo libre armónico e integral de las menores y el pleno ejercicio de sus derechos, (2) el derecho a que el Estado adopte las medidas de protección adecuadas y necesarias para garantizar tales derechos, y (3) el derecho a la igualdad de protección de los niños y las niñas. Impedir el matrimonio de las mujeres a los 12 años afecta levemente, por el contrario, (4) el derecho a conformar una familia, y (5) el derecho a la autonomía, y (6) no desconoce el margen de configuración del legislador en materia de matrimonio. Por lo tanto, pesan mucho más los argumentos a favor de asegurar la igual protección de niñas y niños.

En conclusión, fijar en 12 años la edad mínima a partir de la cual las mujeres pueden contraer matrimonio desconoce los mínimos de protección a que tienen derecho, así como el principio de igualdad en la protección.

10. Resolución de la Corte Constitucional

Teniendo en cuenta las consideraciones precedentes, debe la Corte declarar inexecutable la regla en virtud de la cual la mujer adolescente puede contraer matrimonio a los 12 años, dos antes que el varón, contemplada en el artículo 140, numeral 2°, del Código Civil. Sin

embargo, debido a la forma en que la disposición está redactada, no es posible excluir una parte del texto y dejar el resto con un sentido adecuado. En efecto la norma quedaría así,

Artículo 140.- El matrimonio es nulo y sin efecto en los casos siguientes:

(...)

2. Cuando se ha contraído entre un varón menor de catorce años, y una mujer menor (de doce), o cuando cualquiera de los dos sea respectivamente menor de aquella edad.

Retirar del ordenamiento la expresión “de doce” es una medida adecuada para proteger a las mujeres entre los 12 y los 14 años, pero implica incertidumbre en el ejercicio del derecho a casarse, pues no se precisa una edad. La interpretación más plausible del texto resultante (carece siempre de validez todo matrimonio de una mujer menor de 18 años) implicaría fijar un máximo de protección a las menores, no un mínimo, así como dar un trato diferente a las mujeres impuesto por la Corte, caso en el cual se afectaría el principio democrático por ser una cuestión propia del margen de configuración del legislador, no de la competencia de esta Corte. El análisis de ponderación que se hizo, concluyó que la regla es inconstitucional por desconocer un mínimo de protección, no un máximo. En esta medida, debe ajustar la Corte su presente decisión de forma tal que se proteja, efectiva y únicamente, el mínimo de protección desatendido por la Ley, en especial a la luz del principio de igual protección.

10.1. Cuando la Corte Constitucional se enfrenta a una situación de vacío semejante, ha dicho su jurisprudencia, puede seguir dos caminos:¹⁸² proferir una sentencia de inconstitucionalidad diferida, concediendo un tiempo al legislador para que expida la nueva norma que estime conveniente dentro del respeto a la Constitución,¹⁸³ o proferir una sentencia integradora, llenando la propia Corte el vacío que deja la norma inconstitucional al salir del sistema jurídico.¹⁸⁴

10.2. En la sentencia C-112 de 2000 (MP Alejandro Martínez Caballero) se hizo explícito el problema que surge ante la disyuntiva que debe resolver la Corte Constitucional cuando cabe la posibilidad de seguir alguno de los dos caminos anteriores.¹⁸⁵ ¿Cuál es el criterio para decidir si se difieren los efectos del fallo o si se dicta una sentencia integradora? Dijo la Corte en esa ocasión,

“Una obvia pregunta surge del anterior análisis: si la disposición acusada es inconstitucional, pero no procede expulsarla inmediatamente del ordenamiento por cuanto se genera un vacío legal, que es traumático desde el punto de vista constitucional, ¿en qué casos debe el juez constitucional recurrir a una inconstitucionalidad diferida y en qué casos es procedente una modalidad de sentencia integradora?”

Aun cuando no existen reglas simples al respecto, la Corte considera que, como lo demuestra la práctica constitucional¹⁸⁶, el punto decisivo es el siguiente: si el mantenimiento de la disposición inconstitucional no es particularmente lesivo de los valores superiores, y el legislador goza de múltiples opciones de regulación de la materia, entonces es preferible otorgar un plazo prudencial al Congreso para que corrija la situación inconstitucional, ya que en tal evento, una sentencia integradora afecta desproporcionadamente el principio democrático (CP, art. 3º) pues el tribunal constitucional estaría limitando la libertad de configuración del Legislador. La extensión del plazo conferido al legislador dependerá, a su vez, de esas variables. Por ejemplo, entre más grave sea la afectación de los valores constitucionales, menor deberá ser el término conferido al Legislador, que es lo que explica que el plazo previsto por la sentencia C-221 de 1997 haya sido considerablemente más largo (5 años) que el señalado en la sentencia C-700 de 1999 (nueve meses). En efecto, la primera decisión se fundó en la falta de regalías sobre la explotación de la arena en los ríos, situación indudablemente menos delicada que la estudiada en la segunda ocasión, en donde la Corte constató una grave afectación del derecho a la vivienda digna, por ausencia de planes adecuados de financiación (CP art. 51).”

10.3. En el presente caso, la ausencia del texto que debe declararse inexecutable puede resultar más gravosa que su presencia, si no se precisa cuál es la edad mínima para la mujer a partir de la cual la mujer se puede casar. Por tanto, la Corte dictará un fallo integrador.

Teniendo en cuenta (i) que las reglas fijadas por el legislador en materia penal y en materia laboral fijan la edad de catorce (14) años como el momento a partir del cual se deja de brindar una protección reforzada al menor, mediante reglas de incapacidad; y (ii) la obligación constitucional de garantizar igualdad de derechos y obligaciones, así como la igualdad de trato y de protección entre hombres y mujeres, específicamente en lo que se refiere a la institución del “matrimonio”, la Corte Constitucional precisará que la edad mínima para las mujeres en esta materia será igual a la fijada por el propio legislador para los

hombres (es decir, 14 años), hasta tanto el propio Congreso de la República no decida reformar las normas relevantes.

El margen de configuración del legislador comprende decidir si se quiere implementar una política pública que eleve dicha edad o incluso establezca la mayoría de edad en ambos sexos para contraer matrimonio.

En consecuencia se declarará inexecutable la expresión “de doce” contenida en el texto del artículo 142, numeral 2, del Código Civil, mediante la cual se introduce la diferencia de trato entre hombres y mujeres en razón a la edad mínima para casarse, que desconoce la igualdad de protección, garantizada especialmente a niñas y mujeres adolescentes. El resto del aparte de la norma que fue objeto de la demanda (un varón menor de catorce años, y una mujer menor) será declarado executable, en el entendido de que la edad para la mujer es también de catorce años.

10.4. Por último, debe la Corte referirse al artículo 143 del Código Civil. Aunque este no fue demandado en el presente proceso, y por tanto no puede ser objeto de juicio de constitucionalidad, se encuentra estrechamente vinculado a la disposición acusada (art. 140, num. 2, CC). Dice la norma,

“La nulidad a que se contrae el número 2 del mismo artículo 140, puede ser intentada por el padre o tutor del menor o menores; o por éstos con asistencia de un curador para la litis; mas si se intenta cuando hayan pasado tres meses después de haber llegado los menores a la pubertad, o cuando la mujer, aunque sea impúber, haya concebido, no habrá lugar a la nulidad del matrimonio.”

Teniendo en cuenta que los fallos de constitucionalidad tienen efectos generales (erga omnes) y que las autoridades o personas encargadas de observarlos deben actuar de buena fe, atendiendo al “interés superior del menor”, en el caso de estar involucrados los derechos de las niñas o los niños, la Corte Constitucional manifiesta que en la parte del artículo 143 del Código Civil que hace referencia a “tres meses después de haber llegado los menores a la pubertad”, se ha de entender por pubertad, de acuerdo con la presente decisión, la misma edad en los dos casos; hombres y mujeres a los catorce (14) años, mientras el legislador decida regular la materia.

11. Competencias legislativas y administrativas

11.2. La Corte Constitucional no puede entrar a juzgar normas que no han sido demandadas. Tampoco puede juzgar normas que ya fueron objeto de control constitucional. Sin embargo, el Congreso de la República es el que tiene la competencia para adoptar los cambios legislativos adecuados y necesarios para garantizar la efectividad de los derechos de los menores, inspirados en el “interés superior del niño” que se debe garantizar en un estado social y democrático de derecho.

11.3. No es suficiente que a través del Congreso de la República se expida una política legislativa, si ésta no se desarrolla e implementa mediante políticas públicas que garanticen, efectivamente, el desarrollo libre armónico e integral del menor y el pleno ejercicio de sus derechos. La efectividad de los derechos fundamentales de los niños depende de una legislación adecuada, del recto ejercicio de la justicia, y de la acción decidida de la administración pública. Cabe recordar al respecto, que la Corte ha exaltado la importancia de las campañas educativas en relación con los derechos sexuales y reproductivos, los cuales son más eficaces si están dirigidos específicamente a los grupos poblacionales que comparten características comunes.¹⁸⁹ Concretamente, ha resaltado la importancia que tiene la educación actualmente para enfrentar “(...) fenómenos tales como la propagación de enfermedades infecto-contagiosas, el aumento de embarazos no deseados, el abuso sexual (particularmente el que se ejerce contra los niños), la indiscriminada y masiva difusión de mensajes sexuales a través de los medios de comunicación de impredecible impacto en los niños y jóvenes, en fin, la tendencia a reducir insensiblemente la esfera de la sexualidad y de la afectividad a una mera cosificación del mundo capitalista.”¹⁹⁰

11.4. Finalmente, en relación con el cargo dirigido contra el artículo 34 del Código Civil, como se indicó en las consideraciones, la Corte se inhibirá para pronunciarse por ineptitud sustancial de la demanda.

VIII. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- Inhibirse para pronunciarse respecto del artículo 34 del Código Civil, por ineptitud sustancial de la demanda.

Segundo.- Declarar inexequibles las expresiones “de doce” contenidas en el numeral 2 del artículo 140 del Código Civil.

Tercero.- Declarar exequibles las expresiones “un varón menor de catorce años y una mujer menor” contenidas en el numeral 2 del artículo 140 del Código Civil, siempre y cuando se entienda que la edad para la mujer es también de catorce años.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, cúmplase y archívese el expediente.

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Presidenta

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

JAIME ARAUJO RENTERÍA

Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO

Secretario General (E)

anexo

índice

I. antecedentes	1
II. norma demandada	1
III. la demanda	3
IV. pruebas solicitadas	8
V. intervenciones	15
1. Intervención del Ministerio del Interior y de Justicia	15
2. Intervención de la Defensoría del Pueblo	17
3. Intervenciones ciudadanas	22
VI. concepto del procurador general de la nación	29
VII. consideraciones	32

1. Competencia	32
2. Cuestión inicial: inhibición de la Corte Constitucional para resolver el cargo en contra del artículo 34 del Código Civil	32
3. Problema jurídico con relación a la capacidad de contraer matrimonio de los niños y de las niñas	34
4. Evolución normativa de la edad mínima a partir de la cual los menores pueden contraer matrimonio. La finalidad de la diferencia de edad no es proteger a la mujer, obedece a fines distintos	35
4.1. Origen histórico de la regla	36
4.2. Desarrollo legislativo de las reglas jurídicas sobre la capacidad de contraer matrimonio	38
4.3. Conclusión	45
5. Los derechos fundamentales de protección de los menores	46
5.1. La Constitución Política de 1991 garantiza el derecho a la protección del menor para su desarrollo libre, armónico e integral	46
5.2. Regla internacionales y nacionales sobre protección de menores y jurisprudencia constitucional relevante	49
5.3. Conclusión sobre el contenido y alcance del mandato de	

protección del artículo 44 de la Constitución Política	55
6. La Constitución garantiza el derecho a la igualdad ante la ley, y el mismo trato y protección de las autoridades, en especial a las niñas y los niños	56
6.1. El derecho de igualdad en la Constitución Colombiana tiene varias modalidades. La importancia de la igual protección	56
6.2. Normas internacionales sobre igualdad de protección, en especial entre menores con relación al género	60
6.3. Conclusión	63
7. Libertad de fundar una familia mediante el matrimonio	63
7.1. Constitución Política	64
7.2. Reglas internacionales	65
7.3. Jurisprudencia relevante	69
7.4. Conclusión	72
8. Margen de configuración del legislador	73
9. Ponderación de los derechos y los principios enfrentados	76
9.1. Los derechos y principios constitucionales a	

ponderar en el presente caso	76
9.2. Juicio de ponderación	77
9.3. Conclusión	88
11. Competencias legislativas y administrativas	92
VIII. Decisión	94
Anexo - índice	96

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ALFREDO BELTRÁN SIERRA, EN RELACIÓN CON LA SENTENCIA C-507 DE 25 DE MAYO DE 2004. (Expediente D-4866).

CONVENIO INTERNACIONAL RESPECTO DEL MATRIMONIO ENTRE HOMBRE Y MUJER MENORES DE EDAD-Libertad para contraerlo a partir de la edad núbil (Salvamento de voto)

MATRIMONIO ENTRE HOMBRE Y MUJER MENORES DE EDAD-Capacidad para contraerlo cuando se llega a la pubertad (Salvamento de voto)

MATRIMONIO ENTRE HOMBRE Y MUJER MENORES DE EDAD-Fijación por el Congreso de edad para contraerlo (Salvamento de voto)

CORTE CONSTITUCIONAL-Incompetencia sobre razones de conveniencia (Salvamento de voto)

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de la Corte Constitucional, salvo mi voto en relación con lo resuelto en la Sentencia C-507 de 25 de mayo de 2004, en la cual se decidió sobre la demanda de inexecutable de la expresión “un varón menor de catorce años, y una mujer menor de doce”, contenida en el artículo 140 numeral 2º del Código Civil, que establece que en ese caso el matrimonio es nulo y sin efectos.

Si bien es verdad que en la sentencia de la cual discrepo se trae como fundamento algunos conceptos que podrían conducir a la discusión sobre la conveniencia de darle validez o

negársela a los matrimonios celebrados por varones menores de catorce años y mujeres menores de doce, o cuando cualquiera de ellos no alcance dicha edad, esas razones por plausibles que fuesen, no traen como consecuencia la inconstitucionalidad de la disposición acusada.

Para el suscrito magistrado es claro que conforme a la declaración universal de los derechos humanos adoptada en la Carta de San Francisco en 1948, el artículo 16 de ella garantiza la libertad de los hombres y mujeres “a partir de la edad núbil”, sin ninguna restricción “a casarse y fundar una familia” y a disfrutar de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de su disolución, lo que implica que mediante el consentimiento libre, expreso y pleno de quienes han llegado a la pubertad, estos pueden contraer matrimonio.

De la misma manera el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, en su artículo 23 garantiza el derecho a contraer matrimonio en forma libre y a partir también, de la edad en que se considera que el desarrollo biológico permite tomar esa decisión.

La Convención Europea de Derechos Humanos, en su artículo 12, expresa que a partir de la edad núbil el hombre y la mujer tiene derecho a casarse y fundar una familia, norma que, aún cuando no es aplicable a Colombia, se encuentra en armonía con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, que sí obliga a Colombia.

Por otra parte, la Constitución en el artículo 42 señala de manera expresa que la familia se constituye, entre otras formas, “por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio”. De tal manera que, quien fija la edad para ese efecto, no puede ser nadie distinto al Congreso de la República.

Este, en ejercicio de su competencia adoptó como Código Civil de la República mediante la Ley 57 de 1887 el Código Civil de la Unión de 26 de mayo de 1873, con algunas modificaciones y, el texto actual del artículo 140 del Código vigente, en armonía con el sistema general del Código estima que cuando los varones y las mujeres llegan a la pubertad, tienen capacidad para contraer matrimonio y, por tal razón, señala como edad mínima para el efecto la de catorce años para aquellos y la de doce años para estas habida consideración de los fines de la institución matrimonial.

Tales edades, pueden a algunos parecerles demasiado tempranas. Pero ni frente a los Tratados Internacionales citados ni con respecto al artículo 42 de la Constitución aparece que quebranten la Carta Política Colombiana. Se trata de un asunto que define el legislador en armonía con los tratados y convenios internacionales aprobados por el Congreso, que no pueden desconocerse conforme al artículo 93 de la Constitución Política.

Puede haber opiniones discrepantes, pero ellas no pueden imponerse por encima de la Constitución. La Corte Constitucional, como guardiana de la supremacía e integridad de la Carta es la primera obligada a cumplirla y, en tal virtud, si como en este caso no existe quebranto de ninguna de sus normas, debería haberse declarado la constitucionalidad integral de la disposición acusada y, si ella se juzga inconveniente, lo procedente sería que quienes tienen competencia para el efecto propongan la modificación de esa causal de nulidad del matrimonio.

Resulta por lo menos incongruente la argumentación expuesta en la Sentencia con la conclusión a que se llega, pues a lo largo de ella se sostiene que un adolescente no tiene madurez ni capacidad para decidir sobre acto tan trascendental como el del matrimonio y, de manera súbita, se les convierte en plenamente capaces si la edad de la mujer, como la del varón, alcanza a catorce años, que, como la evidencia lo demuestra, se encuentra en la plenitud de la adolescencia.

Esa incongruencia se explica, porque el proyecto inicial pretendía que a los hombres y mujeres se les exigiera para contraer matrimonio ser mayores de edad, lo que finalmente no fue aceptado por la Sala Plena. Ahora, sin ton ni son, se declara la inconstitucionalidad parcial del artículo 140 numeral 2º del Código Civil y se le enmienda la plana al legislador, así como a la Constitución Política, al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, por simples razones de conveniencia, que no de constitucionalidad.

Por ello salvo el voto.

Fecha ut supra.

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

Salvamento de voto a la Sentencia C-507/04

MATRIMONIO-Regulación legislativa de edad y capacidad para contraerlo (Salvamento de voto)

SENTENCIA EN PROCESO DE CONSTITUCIONALIDAD-Tema no debatido ni considerado por la Corporación (Salvamento de voto)

MATRIMONIO-Requisito de edad para contraerlo requiere de marco legal coherente (Salvamento de voto)

Referencia: Expediente D-4866

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 34 y 140 parciales del Código Civil

Actor: Jesús Sanabria Ardila

Magistrado Ponente:

Manuel José Cepeda Espinosa

Con el habitual respeto manifiesto las razones de mi desacuerdo parcial con la decisión mayoritaria que resolvió i) inhibirse para pronunciarse sobre el artículo 34 del Código Civil por ineptitud sustancial de la demanda; ii) declarar inexecutable la expresión “de doce” contenida en el numeral 2° del artículo 140 del Código Civil; y iii) declarar executable las expresiones “un varón menor de catorce años y una mujer menor”, contenidas en el numeral 2° del artículo 140 del Código Civil, en el entendido “que la edad para la mujer es también de catorce años”.

Acompaño a la Corte en lo atinente a la inhibición, como también en la inexecutable, pero me aparto del numeral tercero del fallo, en cuanto la sentencia tenía que limitarse a excluir del ordenamiento la expresión contraria a la Carta sin modificar la causal de nulidad del matrimonio, prevista en la disposición demandada, en consideración a que es al legislador a

quien compete regular las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo.

Debo también aclarar que no comparto el punto 10.4 de las consideraciones, dado que la sentencia avanza sobre el entendimiento constitucional del vocablo “pubertad”, contenido en el artículo 143 del Código Civil, indicando que “se ha de entender por pubertad, de acuerdo con la presente decisión la misma edad en los dos casos; hombre y mujeres a los catorce años”; asunto que no fue debatido, como tampoco sometido a consideración de la Corte.

Al respecto es de notar que la norma a la que se hace mención y alude el fallo, señala que no habrá lugar a la nulidad del matrimonio, si la acción “se intenta cuando hayan pasados tres meses después de haber llegado los menores a la pubertad o cuando la mujer aunque sea impúber haya concebido”, lo que demuestra que el requisito de la edad para contraer matrimonio requiere contar con un marco legal coherente que conjugue los intereses superiores de los niños y el derecho de los adolescentes a su protección y formación integral, con el carácter constitucional de la familia y de los derechos y obligaciones de los padres y de los hijos.

Fecha ut supra

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

Aclaración de voto a la Sentencia C-507/04

LEY CIVIL RESPECTO DE LA CONSTITUCION POLITICA-Armonización para superar discriminaciones contra la mujer (Aclaración de voto)

DERECHO A LA IGUALDAD DE PROTECCION Y AL PRINCIPIO DEMOCRATICO-Respeto (Aclaración de voto)

MATRIMONIO DE MUJER MENOR DE EDAD-Origen de la regla de poder contraerlo dos años antes que el hombre (Aclaración de voto)

LIBERTAD DE LA MUJER Y DERECHOS POLITICOS-Protección ante discriminación (Aclaración

de voto)

MATRIMONIO DE MUJER MENOR DE EDAD-Consecuencias que presenta el poder contraerlo a partir de los doce años (Aclaración de voto)

DERECHOS POLITICOS DE LA MUJER-Reconocimiento para la construcción de una sociedad democrática (Aclaración de voto)

Referencia: expediente D-4866

Normas acusadas

Código Civil, artículos 34 y 140, parciales

Demandante

Jesús Sanabria Ardila

Magistrado Ponente

Manuel José Cepeda Espinosa

Mediante la sentencia C-504 de 2004, la Sala Plena de la Corte Constitucional busca armonizar las leyes civiles cuya vigencia se remonta al siglo XIX con los mandatos de la Constitución de 1991. Por eso, representa un avance significativo en el camino de superar las discriminaciones en contra de las mujeres, que aún se reflejan en las normas del código civil que no han sido reformadas para responder a los movimientos por la igualdad de derechos de las mujeres y a favor de los derechos de los niños.

1. En el proyecto de sentencia originalmente presentado, se propuso a la Sala Plena de la Corte Constitucional una variante de la solución que fue adoptada finalmente por la sentencia C-514 de 2004, y la cual, cabe enfatizar, comparto.¹⁹¹

El proyecto de sentencia proponía declarar inexequibles las expresiones “de catorce años, (...) de doce” del numeral 2° del artículo 140 del Código Civil, para acabar así con el trato

diferente que la ley da a ambos sexos en torno a este tema. Esta propuesta de resolución del caso se fundó en dos razones. La primera era la salvaguarda del derecho a la igual protección de las niñas y de los niños, en especial, los derechos de aquéllas. La segunda era el respeto a la competencia explícita que concede la Constitución Política de 1991 al Congreso de la República para definir la materia (art. 42, CP), de acuerdo al principio democrático. Ahora bien, teniendo en cuenta que de acuerdo con esta decisión ningún hombre o mujer menor de edad (menor de 18 años) podría contraer matrimonio, pues el texto del numeral 2° del artículo 140 en adelante diría que es nulo y sin efecto el matrimonio “cuando se ha contraído entre un varón menor y una mujer menor”, también se propuso a la Sala Plena diferir los efectos de la decisión hasta el 20 de junio de 2006, para que el Congreso de la República tuviese tiempo para definir legislativamente la cuestión. Así se propuso garantizar efectivamente el respeto al derecho a la igual protección y al principio democrático, con lo que la Corte habría ido un paso más lejos en proteger aquello que, en todo caso, garantizó en el presente fallo, el cual, se repite, comparto.

2. La decisión de permitir a las mujeres contraer matrimonio con el consentimiento de sus padres, no libremente, a partir de los 12 años —es decir, dos años antes que a los hombres— no ha sido adoptada por legisladores en el marco de sociedades abiertas, democráticas y pluralistas, respetuosas de la libertad de la mujer y de sus derechos políticos. Es una regla que proviene de una época (hace dos mil años, en los tiempos romanos) durante la cual la mujer estaba jurídicamente sometida al hombre dentro del matrimonio, carecía de derechos que sí se le reconocían al varón y soportaba toda clase de discriminaciones. Durante el siglo XIX en Colombia, y aún bien avanzado el siglo XX, se seguía viendo como “natural” que la mujer asumiera el rol de madre y esposa desde los doce años, sin reconocerle iguales derechos a los del varón. Después de esta sentencia de la Corte, cuando un menor de edad, hombre o mujer, se case antes de haber cumplido los 14 años, se aplicará lo dispuesto en el artículo 143 del Código Civil sobre la posibilidad de solicitar la nulidad del matrimonio.

Se trataba de una regla que provenía de sociedades patriarcales. Sociedades en las que los textos legales concedían poder sobre la familia al ‘padre’ de forma exclusiva y las decisiones judiciales impedían que ese poder fuera desconocido o cuestionado, so pretexto de la defensa de otros principios y derechos considerados menos importantes en la época, como, por ejemplo, ‘el bienestar de los niños y las niñas’ o el legítimo interés de una madre en la defensa de sus hijos. La historia judicial de Colombia guarda el sello indeleble de aquellas

épocas.¹⁹² Que las mujeres se casen desde los 12 años, no es reflejo de un sistema jurídico que les pretende ampliar y garantizar a ellas su libertad. Como se mostró a lo largo del proceso, incluso juristas de diferentes vertientes y corrientes teóricas, que desarrollaron sus trabajos a principios del siglo XX, tanto en el contexto normativo nacional como en el de otros países, arribaron a la misma conclusión por diferentes motivos.

Así pues, mantener la edad de los 12 años como parámetro para que la mujer pueda contraer matrimonio, si cuenta con el permiso de sus padres, es legitimar el estereotipo según el cual la función social de la mujer es dedicarse al hogar y a su esposo. Estereotipo inspirado en que el principal fin del matrimonio es procrear, para lo cual las mujeres serían “útiles” desde la pubertad, según una visión marcada por relaciones de dominación de los hombres sobre las mujeres.

3. Aceptar que desde los doce años la mujer tiene vocación de contraer matrimonio para procrear y dedicarse a la maternidad, pese a los riesgos tempranos para su vida, la afectación grave de sus posibilidades de desarrollo integral y de educarse para tener mayores oportunidades y opciones a lo largo de su existencia que le permitan ser plenamente libre, sería perpetuar condiciones de vida “machistas”.

La existencia de normas legales que discriminan a las mujeres, se explica en gran medida por su exclusión de los escenarios políticos y en general de los espacios de debate público en los que éstas fueron adoptadas. Desde el momento en que se reconocieron los derechos políticos a las mujeres, Colombia ha avanzado con firmeza hacia la construcción de una sociedad democrática, que trate a ambos sexos de acuerdo con el principio de igualdad, no formal, sino real, material, sustancial.

Todo ello siguiendo el camino iniciado por mujeres pioneras como Olympe de Gouges¹⁹³ en Francia, en el ámbito de las declaraciones de derechos, y María Rojas Tejada¹⁹⁴ en Colombia, en el ámbito de la educación, y en aplicación de la Constitución Política de 1991¹⁹⁵ y de los convenios y tratados internacionales sobre la materia.¹⁹⁶

Fecha ut supra,

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO JAIME ARAUJO RENTERIA A LA SENTENCIA C-507/04

MATRIMONIO ENTRE HOMBRE Y MUJER MENORES DE EDAD-Fijación por el Congreso de edad para contraerlo (Salvamento de voto)

MATRIMONIO ENTRE HOMBRE Y MUJER MENORES DE EDAD-Fijación de edad mínima para contraerlo según el género (Salvamento de voto)

DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO-Instrumentos internacionales que lo consagran (Salvamento de voto)

DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO EN EL ESTADO DE DERECHO-Alcance (Salvamento de voto)

REF.: EXPEDIENTE D- 4866

Magistrado Sustanciador :

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de esta Corporación, me permito salvar el voto por las razones que expreso a continuación:

Es el Legislador por mandato del artículo 42 de la Constitución Política, previa evaluación, el que fija la edad para contraer matrimonio y por ende regula el estado civil de las personas, como lo establece la Constitución, por lo que las disposiciones acusadas resultan exequibles.

Los tratados internacionales también consagran el derecho al matrimonio y cada estado fija su regulación. Ello se contempla en el artículo 16, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, el artículo 23 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1996 y otros convenios internacionales que ha suscrito Colombia. El Legislador Interno está facultado para establecer la edad para contraer matrimonio. ¿Se está en este caso ante una norma protectora de los menores? No participo del argumento de la

protección, atendiendo que bajo el pretexto de la capacidad jurídica se ha sujetado históricamente a las personas y a los pueblos a una dominación. Si se está ante un matrimonio de tipo monogámico como es el nuestro, la reproducción es un fin del mismo, por lo cual la regla que se contempla (pubertad) en la norma acusada ha sido fruto de la experiencia, que parte de un criterio de racionalidad que no es absurdo, si bien no ha de ser el único criterio.

El supuesto fundamental del Estado de Derecho es que las personas disponen de una libertad ilimitada, incluida la libertad de contraer matrimonio. La única manera de restringir la libertad de las personas es por medio de la Ley, pero esa ley no puede ser arbitraria, ya que está sometida a límites como lo es que sea racional y proporcional. En este caso las disposiciones resultan razonadas y proporcionales por cuanto permiten el matrimonio a determinadas edades (12 y 14 años respectivamente), que es cuando las dos personas se han convertido en adultos por haber llegado a la pubertad, la cual permite cumplir con uno de los fines del matrimonio como lo es la procreación, que no resulta contrario a la Constitución Política.

La distinción en la edad no es irracional, por cuanto el criterio de distinción es cuando se llega a la pubertad que es un referente uniforme para hombres y mujeres por lo que no existe una desigualdad.

¿Cuál es el criterio para que esta Corporación fije la edad en 14 años? Bajo el argumento de la protección en realidad se está discriminando a la mujer al llegar a la pubertad. Se limita la capacidad de la mujer y se le quita parte de la libertad que antes tenían, específicamente se le quitan dos años de su libertad, por lo que bajo este argumento de la protección se tiene es una decisión contra la mujer o machista.

Fecha ut supra,

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

1 A partir de la Ley 27 de 1977 la mayoría de edad se adquiere a los dieciocho años, no a los

veintiuno.

2 A partir de la reducción de la mayoría de edad de los 21 a los 18 años la figura de la habilitación quedó derogada.

3 Spota Valencia, Alma L. La igualdad jurídica y social de los sexos. Editorial Porrúa S.A. México, D.F., 1967.

4 Dice el concepto de la Facultad del Rosario que "(...) juzgar acerca de la eventualidad de 'contraer matrimonio' conlleva aspectos muy diversos entre los cuales sin duda alguna los más importantes son los intelectuales, valorativos, psicológicos y sociales, que no son de nuestro dominio." Sin embargo, consideran que "(...) [a]l ligar en la pregunta 'razones fisiológicas' a 'contraer matrimonio' entendemos que la respuesta debe tocar diferentes aspectos relativos a las capacidades individuales para tener relaciones sexuales y procrear y por eso nuestra opinión se enfoca a aquel que nos atañe directamente en nuestra condición de profesores de fisiología y morfología humana, cuyo campo de estudio es la estructura y funcionamiento del organismo en individuos sanos, es decir nos referimos a lo que a nuestro entender serían las condiciones fisiológicas del aparato reproductor necesarias para mantener relaciones sexuales y para la procreación y si ellas son diferentes en su edad de aparición en los dos sexos."

5 Dice el concepto de la Facultad de Medicina de la Nacional: "La variabilidad biológica es muy grande y por eso no se pueden establecer iguales patrones ni medidas absolutas para todas las personas, ni se pueden hacer generalizaciones que resulten aplicables de manera idéntica a todos los individuos de la población."

6 Dice el concepto de la Facultad de Medicina de la Nacional: "(...) la medicina y las ciencias fisiológicas disponen del parámetro de "normalidad" que se ha establecido con métodos estadísticos en grandes grupos de población. Por lo tanto, puedo contestar a su pregunta diciendo que sí hay diferencias en la edad en la cual aparecen los caracteres propios del desarrollo sexual, y en general estos signos de desarrollo sexual secundario aparecen en las mujeres entre uno y dos años antes en que en los hombres."

7 Dice el concepto de la Facultad del Rosario al respecto: "El significado que tiene la cifra de la edad promedio de la menarquía es exclusivamente estadístico; (...) hay niñas sanas en las

que la aparición de la primera menstruación puede ocurrir desde los 8 años.”

8 Dice el concepto de la Facultad del Rosario al respecto: “Un rango tan extenso de aparición de la menarquía pone en evidencia una gran variabilidad biológica. En efecto, esta edad puede variar bajo muy diversas influencias; genéticas (hay un programa genético intrínseco que impulsa los cambios que aparecen en la pubertad) raciales, nutricionales; relativas al peso corporal y especialmente a la proporción de grasa, a la intensidad del ejercicio físico, y para algunos también el tamaño del grupo familiar y hasta los niveles de estrógenos existentes en el medio ambiente.”

9 Dice el concepto de la Facultad del Rosario al respecto: “No existe, por lo menos en la literatura que se alcanzó a revisar, información suficiente que permita fijar con seguridad en que momento el varón adquiere la capacidad de mantener relaciones sexuales y de procreación. Como ya se expuso anteriormente Tanner describió los estadios genitales en el desarrollo puberal de los niños, basándose en el incremento del volumen testicular, la longitud del pene y la aprobación y distribución del vello púbico, sugiriéndose que la plena capacidad reproductiva se alcanzaría en el estadio 3 en el cual los testículos alcanzan un volumen entre 6 y 12 centímetros cúbicos, el pene ha aumentado su longitud y hay vello púbico en cantidad moderada. || Un detallado estudio mostró que la edad cronológica correspondiente al inicio del desarrollo genital estaba en promedio entre 10,1 años para niños blancos, 9,5 años los de raza negra y 10, 4 para los de origen hispano; mientras que la maduración sexual se alcanzó en promedio a los 13,9 años en niños blancos, 14,9 para niños norteamericanos de raza negra y apenas a los 15,7 años en los de origen hispano. La aparición de espermatozoides en orina corresponde a una edad aproximada de 13,4 años. Cabe anotar que en las últimas décadas se ha presentado una tendencia a que estos cambios se presenten a una edad más temprana.”

10 El concepto se fundó en la siguiente bibliografía: (i) Escobar J. A. Medicina adolescente en Correa J. A., Gómez J. F. Y Posada R., Eds. Fundamentos de pedriática CIB en Medellín 2000. Cap. IV, Tomo I; (ii) Needlman R., Adolescencia, en Behrman R et al, Tratado de Pediatría. Mc Graw Hill Interamericana Ed. 2000; (iii) Ojeda S.R. en Pombo-Arias M ed. Tratado de Endocrinología Pediátrica Ed. Díaz de Santos, Madrid, 1997; (iv) Alejo Riveros M. Sexualidad en niños y adolescentes. Bogotá, 2003; (v) Herman-Giddens M., et al., Secondary sexual characteristics and menses in young girls seen in office preactice: a study from the pedriatic

research in office settings network. *Pediatrics* 1997 99 (4) 505-512; (vi) Kaplowitz P. B., Oberfield S. E., Reexaminations of the age limit for defining when puberty is precocious in girls in USA, implications for evaluation and treatment. *Pediatrics* 1999 104 (4) 455-462; (vii) Midyett L. K, Moore W, Jacobson J. Are pubertal changes in girls before age 8 benign? *Pediatrics* 2003 111 (1); (viii) Monterrosa Castro A., Arias M. Partos vaginales y operación cesárea en adolescentes (fuente: www.encolombia.com); (ix) Freyre-Román E. La salud adolescente *Diagnóstico*, 40 (2) 2001; (x) Mansilla C., Canelas A. Maduración biológica en la adolescencia. Sociedad Bolivariana de pediatría (fuente: www.bago.com.bo/sbp/revista.ped.); (xi) Mericq V. Criterios diagnósticos de pubertad precoz. *Revista Médica, Clínica de las Condes Santiago de Chile* 13 (4) 2002; (xii) Ojeda G., Ordóñez M., Ochoa L. Salud sexual y reproductiva en Colombia. Encuesta nacional de Demografía y Salud. Profamilia, 2000; (xiii) Wheeler M., Physical changes on puberty *Endocrinology and metabolism clinics of North America* 20 (1) 1991. (xiv) De la Rochebrochard E. Les âges de la puberté des filles et des garçons en France *Population* 1999, 6 937-961; (xv) Herman-Giddens M., Wang L., Kogh E. Secondary sexual characteristics in boys *Arch. Pediatr. Adolesc. Med.* 2001, 155 1022-1028; (xvi) Kletter C., Kelch R., Disorders of puberty in Boys *Endocrinology and Metabolism Clinics of North America* 1993 22 (3) 455-462; (xvii) Brunner H., Otten B., Precocious puberty in boys (Editorial) *The New England Journal of Medicine* 1999; 341 (23) 1763-1765; (xviii) Orr D., Ingersoll G., The contribution of Level of Cognitive Complexity And Pubertal Timing to Behavioral Risk in Young Adolescents. *Pediatrics* 4-4-1995 Vol. 95.

11 Escobar J. A. *Medicina adolescente*, Op. Cit; Orr D., Ingersoll G., The contribution of Level of (...), Op. Cit.

12 Ingersoll G., The contribution of Level of Cognitive (...) Op. Cit.

13 El concepto tiene por fuente la siguiente bibliografía: (i) Hyde, J. S. y Linn, M. C. (1988). Gender differences in mental ability: a meta-analysis. *Psychological Bulletin*, 104, 53-69; (ii) Willingham, W. W. & Cole, N. S. (1997). Gender and fair assessment. Mahwah: NJ: Earlbaum (ERIC Abstract); (iii) Chen, H. Y. (2000). Gender differences in cognitive abilities: Trends from age 6 to age 16 based on WISC-III Standardization data for Taiwan. *Proceedings of Natural Science, Counc. ROC*, 10, 201-216; (iv) Eccles, J. S., Adler, T. F., Mece, J. L. (1984). Sex differences in achievement: A test of alternate theories. *Journal of Personality and Social Psychology*, 46: 26-43; (v) Berthoud, R. & Robson, K. (2001). The outcomes of teenage

motherhood in Europe. Innocenti Paper, N° 86, UNICEF, Innocenti Research Centre, Florence, Italy.

14 Señala al respecto el concepto de los profesores de la Universidad Javeriana: “Es importante resaltar que sí existen consensos respecto de los hitos en el desarrollo psicológico de una persona, así como respecto de su desarrollo biológico y social, y que existen indicadores o marcadores del desarrollo ontogenético establecidos científicamente y con base en los cuales se ha llegado a acuerdos internacionales utilizados para la evaluación y valoración del desarrollo, cruciales a la hora de definir políticas mundiales al respecto.”

15 Por eso concluyen señalando “La frase de Jorge Eliécer Gaitán: ‘igualdad ante la ley y ante la vida’ a la cual el demandante acude, no puede significar que los seres humanos somos iguales en todo, sino que, respetadas nuestras diferencias, las de género o de cualquier otra naturaleza, tenemos derechos y deberes en proporciones simétricas.”

16 El concepto comienza por contextualizar la cuestión. Señala que “(...) la adolescencia (del latín *adolecer* o sentir dolor) se define precisamente como el período de la vida en la cual la maduración sexual posee un ritmo más rápido que la maduración orgánica general, la cual a su vez se da mucho antes que la maduración psicológica y social. Es decir, la asincronía o falta de correspondencia temporal entre la madurez sexual temprana, la madurez orgánica general y la madurez psicológica y social tardía, es la esencia misma de la adolescencia, como fase caracterizada por grandes conflictos y contradicciones.”

17 Concepto de la Universidad Javeriana.

18 Dice el concepto presentado por los profesores de la Javeriana: “(...) las tendencias demográficas muestran que la madurez psicológica, establecida por medio de marcadores o indicadores tales como la construcción de la identidad personal y de un proyecto de vida realista, el establecimiento de relaciones afectivas recíprocas y estables, la consolidación de las operaciones intelectuales abstractas, el equilibrio comportamental, la autonomía moral, la utilización de la voluntad como órgano de la libertad, etc., hoy en día se logran de manera cada vez más tardía, entre los 20 y los 30 años, de la mano con marcadores de madurez social, tales como la conformación de las relaciones de pareja, la llegada de los hijos, el establecimiento en el mundo del trabajo, la realización vocacional, la independencia económica de los padres.”

19 FNUAP (1998) Estado de la Población Mundial, Capítulo 4.

20 Mejía y cols., (2000), Dinámicas, ritmos y significados de la sexualidad juvenil. Programa La Casa, Universidad de Los Andes.

21 Marlene Hinshelwood (2002†) era Coordinadora del Foro sobre Matrimonio y Derechos de Mujeres y Niñas.

22 El concepto de los profesores de la Universidad Nacional de Colombia también señala que en muchos países la edad legal para el matrimonio es igual para ambos sexos y existe una tendencia a aumentar hasta los 18 años. El concepto señala algunos casos. En Australia la edad legal para contraer matrimonio es 18 años para ambos sexos, entre 16 y 18 años pueden hacerlo con autorización explícita de sus padres; en Corea también es 18 años para ambos sexos; en Turquía pasó de 15 años para mujeres y 17 años para hombres a 18 años para ambos sexos; en Filipinas, se requiere consentimiento de los padres entre 18 y 21 años, consejo parental entre 21 y 25 años, y nunca se permite antes de los 18 años; en Etiopía, la edad de matrimonio se incrementó de 15 años a 18 recientemente y como parte de las reivindicaciones de la Asociación de Mujeres de Tigray (WAT); en algunos estados de los Estados Unidos de Norteamérica (Carolina del Norte, Delaware, Florida, Maryland, Washington, DC, entre otros) la edad legal para contraer matrimonio es de 18 años para ambos sexos, pero con consentimiento parental se pueden casar personas desde los 16 años.

23 Véase, entre otras, las sentencias C-098/96 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), C-595/96 (M.P. Jorge Arango Mejía) y C-533/00 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa)

24 Valencia Zea, siguiendo la obra de Savigny Sistema del derecho romano actual, afirma que “(...) estos tres períodos fueron distinguidos en Roma, y las razones que hubo para ello no han cambiado sustancialmente en el derecho moderno.” (Valencia Zea, Arturo. Derecho Civil. Parte General y personas. Tomo I. Editorial Temis. Colombia, 1989. p.400)

25 La jurisprudencia de ha reiterado, en diversas ocasiones, que la efectividad del derecho político de interponer acciones públicas de inconstitucionalidad se funda en que las razones presentadas por el actor sean claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes, de lo contrario, la Corte terminará inhibiéndose. Ver la sentencia de la Corte Constitucional C-1052

de 2001 (MP Manuel José Cepeda Espinosa) [Pueden consultarse, entre varios, los Autos de Sala Plena 244 de 2001 (MP Jaime Córdoba Triviño); 178 de 2003 (Eduardo Montealegre Lynett); y 049 de 1994 (MP Álvaro Tafur Galvis); en dichas oportunidades, fundándose en la sentencia C-1052 de 2001 entre otros precedentes, la Corte resolvió rechazar los recursos de súplica presentados por los actores en cada uno de los procesos contra los autos en que los Magistrados habían inadmitido las acciones públicas de inconstitucionalidad presentadas por no presentar razones “específicas, claras, pertinentes y suficientes”.]

26 Artículo 1504.—Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y sordomudos, que no pueden darse a entender por escrito. || Sus actos no producen ni aun obligaciones naturales, y no admiten caución. || Inciso 3º—(Modificado por el Decreto 2820 de 1974, artículo 60). Son también incapaces los menores adultos que no han obtenido habilitación de edad y los disipadores que se hallen bajo interdicción. Pero la incapacidad de estas personas no es absoluta y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes. || Además de estas incapacidades hay otras particulares que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos. (El texto resaltado fue declarado inexecutable mediante sentencia C-983 de 2002)

27 Para la ley civil: “La sanción legal no es sólo la pena sino también la recompensa: es el bien o el mal que se deriva como consecuencia del cumplimiento de sus mandatos o de la transgresión de sus prohibiciones” (Código Civil, artículo 6º, inciso primero) La legislación civil se ocupa, entre otras sanciones, de la inexistencia, la nulidad —absoluta o relativa—, la ineficacia y la inoponibilidad.

28 Niña para efectos constitucionales; Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), artículo 1º.

30 La Constitución reconoce que una de las formas de constituir una familia es por “la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio” (art. 42, CP). El Código Civil por su parte establece que “el matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente” (art. 113, CC), entendiendo por contrato solemne “un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa” (art. 1495, CC), el cual está “sujeto a la

observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil” (art. 1500, CC) [acento fuera de los textos originales]

31 Código Civil, artículo 140, numeral 2°.

32 Por pubertad suele hacerse referencia a la “primera fase de la adolescencia, en la cual se producen las modificaciones propias del paso de la infancia a la edad adulta.” (Diccionario de la Lengua Española; Real Academia)

33 La breve presentación que aquí se hace acerca del tema no tiene en cuenta las enormes diferencias que existían entre los distintos tipos de matrimonios que hubo a lo largo de la historia de los sistemas jurídicos a los que se denomina “Derecho Romano”; se limita a analizar brevemente la regla empleada para determinar la llegada a la pubertad de las personas.

34 Schulz, Fritz. Derecho Romano Clásico. Editorial Bosch. Barcelona, 1960. p.157.

35 Schulz sostiene que en Roma resultó peligroso que “(...) el movimiento humanístico condujese a la limitación de la natalidad preconizando las “familias de uno o dos hijos”. Y luego afirma: “Aún hoy, la población se halla amenazada por este sistema (...) El número de 2,2 hijos por matrimonio es insuficiente para cumplir la función supletoria demográfica. ” Schulz, F. Op. Cit., 1960. p.102

36 Continúa Iglesias: “(...) Justiniano hace suya, por razones de pudicitia, la opinión de los proculeyanos, a tenor de la cual hombres y mujeres alcanzan la pubertad, respectivamente, con el cumplimiento de los catorce y de los doce años. (...)” (Iglesias, Juan. Derecho Romano. Editorial Ariel. Barcelona, 1993)

37 Sobre la recepción del derecho romano ver: Stein, Peter. Roman Law in European History. Cambridge University Press. UK, 2002.

38 Luego de la Independencia nacional, las fuentes jurídicas de la nueva República fueron fijadas por el artículo 1° de la ley de 13 de mayo de 1825, que decía: “El orden en que deben observarse las leyes en todos los tribunales de la República, civiles eclesiásticas y militares así en materias civiles como criminales, es el siguiente: (1°) las decretadas o que en lo sucesivo se decreten por el poder legislativo; (2°) las pragmáticas, cédulas, órdenes,

decretos y ordenanzas del gobierno español sancionadas hasta el 18 de marzo de 1808, que estaban en observancia, bajo el mismo gobierno en el territorio que forma la República; (3°) las leyes de la Recopilación de Indias; (4°) las de la Nueva Recopilación de Castilla; y (5°) las de las Siete Partidas.” El artículo 15 de la Ley 153 de 1887 finalmente resolvió: “Todas las leyes españolas están abolidas.”

39 Arturo Valencia Zea, uno de los doctrinantes que sostiene esta posición, dice en su tratado de derecho civil: “En dos períodos puede dividirse la historia del derecho civil colombiano: el primero arranca desde el descubrimiento de América y va hasta la expedición del actual Código Civil de 1873; el segundo comprende la historia del actual Código Civil de 1873.” Valencia Zea, Arturo. Derecho Civil. Parte General y personas. Tomo I. Editorial Temis. Colombia, 1989. Para entonces, habían fracasado los proyectos de dos próceres por elaborar un Código Civil, siguiendo la tradición europea, el de Francisco de Paula Santander (1822) y el de Simón Bolívar (1829).

40 Andrés Bello, jurista venezolano cuya vida pública se desarrolló principalmente en Chile, elaboró un proyecto de Código Civil en 1852 que fue adoptado como ley nacional por Chile en 1855. Bello remitió a Colombia cuatro copias del Código por intermedio de Manuel Ancizar. Manuel Murillo Toro, como Presidente del Estado soberano de Santander, fue el primero que lo adoptó, mediante ley de 12 de octubre de 1858. Posteriormente fue adoptado por otros miembros de la Unión (los Estados soberanos de Cundinamarca y Cauca en 1859, el de Panamá en 1860 y los de Antioquia y Boyacá en 1864). En 1873, cuando el Código fue adoptado a nivel nacional, Manuel Murillo Toro era el Presidente de los Estados Unidos de Colombia.

41 Para Valencia Zea las fuentes de Andrés Bello fueron: el derecho romano puro (Corpus Iuris Civilis), el derecho germano, el viejo derecho español y el derecho francés. Luego de indicar qué tomó de cada una concluye: “Las anteriores observaciones nos permiten corregir varios errores sobre el Código Civil de Bello, y formar un juicio certero sobre él. Dos afirmaciones grotescas debemos repudiar. La primera creer que el Código de Napoleón es el padre espiritual del Código de Bello. Y la segunda (más ridícula aún), pensar que aquellas instituciones que no coinciden con el Código de Napoleón, fueron inventadas por Andrés Bello (para lo cual le atribuyen especiales dotes de jurista y de genio). Bello no merece tanta deshonra ni tanto honor. || La obra de Bello representa simplemente la expresa recepción

del derecho civil vigente en Europa en el siglo XIX.” (Valencia Zea, Op. Cit., 1989, p.37)

42 En todo caso, a través del derecho francés y del derecho alemán la influencia del derecho romano también era notoria. En Francia, por ejemplo, el Código Civil Napoleónico sigue el mismo plan de las Institutas de Gayo (personas; bienes; obligaciones; sucesiones por causa de muerte), en Alemania, basta nombrar la influyente obra del romanista Federico de Savigny.

43 “Artículo 1º- Regirán en la República noventa días después de la publicación de esta ley, con las adiciones y reformas de que ella trata, los Códigos siguientes: || El Civil de la Nación, sancionado el 26 de Mayo de 1873; (...)”

44 Antes de la Constitución de 1886 no existía una regla general que definiera si las mujeres casadas religiosamente tenían o no capacidad para ejercer sus derechos. El asunto era resuelto autónomamente por cada uno de los Estados Soberanos de Colombia. Así, por ejemplo, las mujeres en el Estado de Cundinamarca tenían capacidad jurídica y se representaban así mismas, así estuvieran casadas religiosamente [ver al respecto la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 29 de julio de 1898 (G), T13, N674, p.393]], lo contrario ocurría en el Estado de Antioquia, donde el marido era el representante legal [ver al respecto la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 2 de noviembre de 1888 (G), T.2, N.99, p.369)].

45 Código Civil, decía el artículo 116: ‘El varón mayor de veintiún años y la mujer mayor de diez y ocho pueden contraer matrimonio libremente.’ [modificado por el Decreto 2820 de 1974]

46 Código Civil, decía el artículo 117: ‘Los menores de la edad expresada no pueden contraer matrimonio sin el permiso expreso, por escrito, de sus padres legítimos o ilegítimos. Si alguno de ellos hubiere muerto, o se hallare impedido para conocer este permiso, bastará el consentimiento del otro; y estando discordes prevalecerá, en todo caso, la voluntad del padre.’ [modificado posteriormente por el Decreto 2820 de 1974]

47 Código Civil, decía el artículo 143: ‘La nulidad a que se contrae el número 2 del mismo artículo 140, puede ser intentada por el padre o tutor del menor o menores; o por éstos con asistencia de un curador para la litis; mas si se intenta cuando hayan pasado tres meses

después de haber llegado los menores a la pubertad, o cuando la mujer, aunque sea impúber, haya concebido, no habrá lugar a la nulidad del matrimonio.’

48 Código Civil, decía el artículo 62: ‘Son representantes legales de una persona, el padre o marido bajo cuya potestad vive, su tutor o curador, y lo son de las personas jurídicas los designados en el artículo 639.’ [modificado por el Decreto 2820 de 1974 y Decreto 772 de 1975 y revisado en la sentencia C-983 de 2002 (MP Jaime Córdoba Triviño) En este caso la Corte resolvió declarar exequible palabra “sordomudo” contenida en los artículos 62, 432 y 1504 del Código Civil, e inexequible la expresión “por escrito” contenida en los artículos 62, 432, 560 y 1504 del mismo Código.]

49 Código Civil, decía el artículo 119: ‘Se entenderá faltar asimismo el padre que ha sido privado de la patria potestad y la madre que por su mala conducta ha sido inhabilitada para intervenir en la educación de sus hijos.’ [modificado posteriormente por el Decreto 2820 de 1974]

50 Código Civil, artículo 288.- (artículo 33, Ley 153 de 1887) La patria potestad es el conjunto de derechos que la ley reconoce al padre legítimo sobre los hijos no emancipados. || Muerto el padre ejercerá estos derechos la madre legítima mientras guarde buenas costumbres y no pase a otras nupcias. || (...)” [modificado por posteriormente por la Ley 75 de 1968]

51 Código Civil, decía el artículo 176: ‘Los cónyuges están obligados a guardarse fe, a socorrerse y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida. || El marido debe protección a la mujer, y la mujer obediencia al marido.’ [modificado posteriormente por el Decreto 2820 de 1974]

52 Código Civil, decía el artículo 177: ‘La potestad marital es el conjunto de derechos que las leyes conceden al marido sobre la persona y bienes de la mujer,’ [modificado posteriormente por el Decreto 2820 de 1974]

53 Código Civil, decía el artículo 178: ‘El marido tiene derecho para obligar a su mujer a vivir con él y seguirlo a dondequiera que traslade su residencia. || Cesa este derecho cuando su ejecución acarrea peligro inminente a la vida de la mujer. || La mujer, por su parte, tiene derecho a que su marido la reciba en su casa.’ [modificado posteriormente por el Decreto

2820 de 1974]

54 Código Civil, decía el artículo 193: 'El marido menor de dieciocho años necesita de curador para la administración de la sociedad conyugal.' [derogado por la Ley 28 de 1932]

55 Código Civil, decía el artículo 195: 'Si la mujer casada ejerce públicamente una profesión o industria cualquiera (como la de directora de colegio, maestra de escuela, actriz, obstetrix, posadera, nodriza), se presume la autorización general del marido para todos los actos y contratos concernientes a su profesión o industria, mientras no intervenga reclamación o protesta de su marido, notificada de antemano al público, o especialmente al que contratare con la mujer.' [derogado por la Ley 28 de 1932]

56 Es nulo y sin efectos el matrimonio contraído por mujer menor de doce (12) años y el matrimonio contraído por hombre menor de catorce (14) años (art. 140, num. 2°, CC).

57 En 1898, a los pocos años de adoptarse el Código Civil de 1873 con sus nuevas modificaciones, el jurista Eduardo Rodríguez Piñeres analizó las normas acusadas en una conferencia sobre la Condición Civil de la Mujer en Colombia, presentada ante la Academia Colombiana de Jurisprudencia. Rodríguez Piñeres sostenía: "(...) si se busca apoyo en las enseñanzas científicas que dicen, de un lado, que la mujer tiene las mismas facultades intelectuales que el hombre, y del otro, que en ella adquieren más pronto desarrollo, la disposición legal que establece la referida diferencia, se justifica plenamente." Rodríguez Piñeres, , Eduardo. Por el reinado del derecho. Imprenta de La Luz. Bogotá, 1927. p.243. En su conferencia Rodríguez Piñeres alega que en el derecho romano no se ponía a la mujer en situación de inferioridad por considerarla "incapaz"; por el contrario, fue por considerar que la mujer sí era capaz de hecho y podía llegar a actuar de forma tal que pusiera en riesgo los intereses de los agnados (parientes por vía paterna), a favor de los cognados (parientes por vía materna), que se restringió su capacidad jurídica.

58 Dijo Rodríguez Piñeres: "(...) el legislador considera, de acuerdo con la ciencia, que la pubertad llega primero en la mujer que en el hombre (C.C., art.34). (...). || A mi modo de ver, ha habido un error de parte del legislador en permitir el matrimonio entre personas que apenas han llegado a la pubertad, porque, si bien es cierto que al llegar a esa edad se adquieren generales condiciones necesarias para la procreación, también lo es, por una parte, que, según la misma definición de matrimonio dada por la ley, él no tiene por único fin el de

procrear, y, por otra, que no basta a la sociedad el acto de la reproducción de la especie, sino que a ella le importa que las nuevas generaciones sean sanas y vigorosas, porque, como dice Portalis al justificar la solución dada por el Código Civil francés a este asunto, 'es impolítico permitir a seres apenas emancipados de la esterilidad de la infancia perpetuar en generaciones imperfectas su propia debilidad'." Rodríguez Piñeres recurre a argumentos de tipo histórico para sustentar su postura así: "A este respecto, conveniente es recordar que en algunos pueblos antiguos no se permitía el matrimonio sino entre personas que hubieren llegado a una edad superior a la de la plenitud de desarrollo, como en Esparta, en donde se exigían 30 años para el hombre y 24 para la mujer, y en Atenas, 35 para el primero y 25 para la segunda. En el Derecho Romano se estableció el sistema que ha seguido nuestro Código; en Francia se han aceptado las edades respectivamente de 18 y 13 años (C.C., art.144), y el Código Civil alemán prohíbe el matrimonio de varones menores de 21 años y de mujeres menores de 16." Rodríguez Piñeres, Eduardo. Por el reinado del derecho. Imprenta de La Luz. Bogotá, 1927. p.242

59 En su obra Derecho Civil Colombiano (1926), el jurista Fernando Vélez comentó el artículo (140, numeral 2°, CC), haciendo explícito el hecho de que la menor edad exigida a la mujer es debido a su desarrollo fisiológico. Abogaba porque el artículo 116 del Código Civil fuera modificado para igualar las edades de ambos géneros, pues no encontraba adecuado que los hombres pudieran casarse libremente sólo hasta los 21 años, mientras que las mujeres lo podían hacer desde los 18 años. Sostenía al respecto: "El Sr. Bello, en sus notas, da como razón para que no se haga diferencia entre la edad en que el hombre y la mujer pueden casarse libremente, la de que 'no hay motivos para hacer una diferencia en favor de las mujeres, cuando no se trata del desarrollo físico, sino de la prudencia y juicio, que en la mujer son, de ordinario más flacos, más fácil de engañar y sorprender. No tienen, pues, de qué quejarse las mujeres si se les iguala bajo este respecto a los varones. Tampoco hay razón para rebajar un año a los veinticinco que generalmente constituyen la edad mayor.' [El Código Civil de Chile, artículo 106, fijaba la edad de 25 años como requisito para que cualquier persona se casara libremente.] || Aceptando las ideas del Sr. Bello, juzgamos que el artículo 116 no debía permitir el matrimonio libremente sino al varón y a la mujer que hayan cumplido 21 años, que es la edad en que la ley los declara mayores." (Vélez, Fernando. Derecho Civil Colombiano. Imprenta París América. Paris, 1926. p.104)

60 Dos ejemplos, Louis Josserand (Francia) y Luis Claro Solar (Chile). Dice Josserand al

respecto: “Constituye un obstáculo al matrimonio; bajo otra forma, la pubertad, es decir la aptitud para la procreación se requiere para la validez del matrimonio. || El legislador tiene que resolver la cuestión con una medida de autoridad; es decir con ayuda de una presunción irrefragable: la edad elegida ha variado mucho en el curso de los siglos; en Roma, era de 12 y 14 años, según el sexo: en nuestra antigua jurisprudencia se había conservado este régimen, instituido sin embargo, para clima y raza diferentes; la ley de 20 de septiembre de 1792 elevó el límite hasta los 13 y los 15 años; el Código civil señaló la edad de 15 años para las mujeres, y 18 para los hombres. Esta edad puede parecer todavía precoz, desde todos los puntos de vista; la eugenesia enseña que en interés de la raza, convendría mostrarse más exigente, como lo han hecho muchos países extranjeros: en Alemania, 16 y 21 años (C. civ. Alemán, art. 1303); en Suiza, 18 y 20 años (C. civ. Suizo, art. 96); y hasta el Código de la familia de la Rusia Soviética es un poco menos liberal que el nuestro, pues a pesar de haber hecho del matrimonio una unión poco menos que libre, establece la edad de 16 y 18 años.” [Josserand, Louis. Derecho Civil. Tomo I, Volumen II. La Familia. (1938) Ediciones Jurídicas Europa - América, Bosch y Cia. Buenos Aires, 1993. p.23] Por su parte, el jurista chileno Luis Claro Solar cuestionaba a principios del siglo XX la regla en cuestión así: “[I]a ley permite a los menores contraer matrimonio desde que han llegado a la pubertad seguramente persiguiendo un interés de moralidad; pero aunque la ley declare que el matrimonio puede celebrarse a la edad de doce y catorce años respectivamente, no es menos cierto que los jóvenes de esta edad son incapaces de comprender la gravedad de los compromisos que el matrimonio les impone.” Claro Solar, Luis. Explicaciones de Derecho Civil Chileno y comparado. Editora Nacional Gabriela Mistral Ltda. Chile, 1978. p.335 (Reimpresión de la segunda edición)

61 Dos ejemplos, Arturo Valencia Zea y Roberto Suárez Franco. Valencia Zea se pronuncia a favor de la modificación de la norma para aumentar la edad mínima para casarse en los siguientes términos: “La mayoría de edad con respecto al matrimonio es de 18 años (C.C., art. 116 ...); no obstante se permite a los varones mayores de 14 años y a las mujeres mayores de 12 contraer matrimonio con autorización de los padres o del respectivo curador (C.C, arts. 117 y ss.). Pero si contraen sin dicha autorización, el matrimonio es, no obstante, válido. Al respecto, se impone modificar el Código en el sentido de que todo matrimonio de menores sea nulo.” (Valencia Zea, Op. Cit., 1989, p.402). Roberto Suárez Franco, por su parte considera que “(...) el criterio sexualista seguido por nuestro legislador civil es a todas luces absurdo e inconveniente, pues sólo cuenta la aptitud sexual. (...)”. Cuando hace referencia

al matrimonio civil, Suárez Franco explícitamente señala que la razón por la cual se fija la edad es establecer a partir de qué momento pueden los hombres y las mujeres reproducirse, para lo cual se determina la edad promedio. El trato diferente que otorga la ley se justifica entonces, en el hecho de que cada sexo tiene, en promedio, una edad de inicio de la pubertad diferente. Luego de hacer una breve alusión a la norma, a su origen en el Derecho Romano y a su recepción vía España, aboga porque se aumente la edad mínima para casarse y hace referencia a los proyectos legislativos que se han propuesto en tal sentido: “(...) no es acertado nuestro legislador al tolerar matrimonios entre púberes sin exigir una edad siquiera de los 16 años, como si el aspecto sexual fuese el único trascendente en el matrimonio. Realmente, el complemento mutuo de los cónyuges, la crianza y la educación de los hijos, el manejo de los bienes propios y sociales, exigen madurez y experiencia, lo cual no es presumible que se haya adquirido a la edad de la pubertad. || La comisión revisora del régimen de familia, consciente de la importancia del matrimonio, ha propuesto elevar a 16 años la edad para contraer válidamente el matrimonio, y esto constituye un acierto.” (Suárez Franco, Roberto. Derecho de Familia. Editorial Temis. Bogotá, 1994. p.117).

62 La Ley 8ª de 1922 reconoció en su artículo 1º a la mujer casada la administración y uso libre de los bienes (1) “determinados en las capitulaciones matrimoniales” y (2) “los de su exclusivo uso personal, como sus vestidos, ajuares, joyas e instrumentos de su profesión u oficio. De estos bienes no podrá disponer en ningún caso por sí solo uno de los cónyuges, cualquiera que sea su valor.” La Ley reconoce a las mujeres, a la par con los hombres, la posibilidad de ser testigos en los actos de la vida civil. [Ley 8ª de 1922, artículo 4º- Con los mismos requisitos y excepciones de los hombres, las mujeres pueden ser testigos en todos los actos de la vida civil.]

63 Ley 28 de 1932, artículo 1º- Durante el matrimonio cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición tanto de los bienes que le pertenezcan al momento de contraerse el matrimonio o que hubiere aportado a él, como de los demás que por cualquier causa hubiere adquirido o adquiriera; pero a la disolución del matrimonio o en cualquier otro evento en que conforme al Código Civil deba liquidarse la sociedad conyugal se considerará que los cónyuges han tenido esta sociedad desde la celebración del matrimonio, y en consecuencia se procederá a su liquidación. || artículo 5º- La mujer casada, mayor de edad, como tal puede comparecer libremente en juicio, y para la administración y disposición de sus bienes no necesita autorización marital ni licencia del juez, ni tampoco el marido será su

representante legal. (La Ley 68 de 1946 limitó los efectos de la ley a las sociedades conyugales posteriores al 1° de enero de 1933).

64 Algunas de las modificaciones fueron las siguientes: (1) La edad a partir de la cual se puede contraer matrimonio, libremente, se igualó, es decir, se mantuvo la misma para la mujer y se redujo en tres años para el hombre, de 21 a 18. Para entonces, la mayoría de edad se alcanzaba aún a los 21 años. (2) Se igualaron los deberes conyugales, suprimiendo las diferencias manifiestas que existían entre el hombre (deber de protección) y la mujer (deber de obediencia), y se estableció la dirección conjunta del hogar. En este sentido se reconoció la paridad en el manejo de los hijos, tanto en la dirección de su educación como en su corrección y crianza en general. (3) Se otorgó la patria potestad y la representación legal de los hijos menores de edad (menores de 21 años) por igual, al padre y a la madre; antes sólo lo hacía ésta en ausencia de aquél. La tutela y la curatela de menores de 21 se daban en ausencia de toda patria potestad. A este respecto, ahora se entendía que la madre “faltaba” en el mismo supuesto que se consideraba que faltaba el padre, a saber, en el evento de haber sido privada de su patria potestad. (4) Se indicó que “para efectos” de las dos primeras causas de divorcio contempladas en el artículo 154 del Código Civil, se deberían tener en cuenta las relaciones sexuales extramatrimoniales de cualquiera de los cónyuges, y (5) se derogó la expresión “y estando discordes prevalecerá en todo caso la voluntad del padre” del artículo 117 del Código Civil, según el cual las niñas mayores de 12 y los niños mayores de 14 requieren permiso expreso de sus padres para poder contraer matrimonio. Ahora la mujer, en igualdad de condiciones a su marido, participa en la decisión.

65 Ley 27 de 1977, artículo 1º— Para todos los efectos legales, llámase mayor de edad, o simplemente mayor a quien ha cumplido diez y ocho (18) años. || artículo 2º— En todos los casos en que la ley señale los 21 años como aptitud legal para ejecutar determinados actos jurídicos, o como condición para obtener la capacidad de ejercicio de los derechos civiles, se entenderá que se refiere a los mayores de 18 años.

66 Es nulo y sin efectos el matrimonio contraído por varón menor de catorce, y mujer menor de doce, (art. 140, num. 2º, CC).

67 Declarado exequible en la sentencia C-344 de 1993 (MP Jorge Arango Mejía; SV M. Eduardo Cifuentes Muñoz y M. Alejandro Martínez Caballero)

68 En la sentencia SU-225 de 1998 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz; SV José Gregorio Hernández Galindo, Carlos Gaviria y Antonio Barrera Carbonell) la Corte dijo: “(...) la protección especial de los derechos fundamentales del menor no se explica exclusivamente por la fragilidad en la que se encuentra frente a un mundo que no conoce y que no está en capacidad de afrontar por sí solo. La Carta pretende promover un orden basado en los valores que orientan cualquier Estado civilizado: la libertad, la igualdad, la tolerancia y la solidaridad. No obstante, un orden tal de valores sólo es verdaderamente efectivo si los sujetos a quienes se orienta lo conocen y lo comparten. En este sentido, el constituyente quiso que las personas, desde la infancia, tuvieran acceso a este código axiológico, mediante un compromiso real y efectivo de la sociedad para garantizar las condiciones que les permitieran crecer en igualdad y en libertad, con justicia y respeto por las opiniones y creencias ajenas. En estas circunstancias, es razonable suponer que el menor accederá a la mayoría de edad, como una persona libre y autónoma, que conoce los valores de igualdad y justicia que informan la Carta y que, por lo tanto, se encuentra en capacidad de defenderlos y promoverlos.” [En este caso la Corte decidió que “(...) el juez constitucional es competente para aplicar directamente, en ausencia de prescripción legislativa, el núcleo esencial de aquellos derechos prestacionales de que trata el artículo 44 de la Carta. En estos casos, debe ordenar a los sujetos directamente obligados el cumplimiento de sus respectivas responsabilidades, a fin de asegurar la satisfacción de las necesidades básicas del menor.”]

69 Corte Constitucional, sentencia SU-225 de 1998 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz; SV José Gregorio Hernández Galindo, Carlos Gaviria y Antonio Barrera Carbonell) Esta posición ha sido reiterada en varias ocasiones. En la sentencia T-939 de 2001 (MP Eduardo Montealegre Lynett, SV -parcial- M Clara Inés Vargas Hernández), por ejemplo, la Corte sostuvo que “(...) si bien corresponde al Estado diseñar las políticas para satisfacer las necesidades de la sociedad, su actividad encuentra límites constitucionales, como aquellos derivados del ejercicio de los derechos fundamentales de los niños, quienes no están en capacidad directa de participar en el debate político.

70 La declaración estableció, entre otros, el siguiente principio: “[e]l niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios (...) para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad” (2º principio de la Declaración).

71 Aprobado por el Congreso de la República mediante la Ley 74 de 1968.

72 Aprobado por el Congreso de la República mediante la Ley 74 de 1968.

73 El PDESC reconoce “el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”. (art. 12-1) El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales consideró en su Observación General sobre el derecho al disfrute del más alto nivel de salud (2000) que el derecho a la salud reconocido por el PDESC contempla obligaciones de respetar, de proteger y de cumplir. Observa el Comité que las obligaciones de proteger incluyen, entre otras, (1) “la obligación de velar por que las prácticas sociales o tradicionales nocivas no afecten al acceso a la atención anterior y posterior al parto ni a la planificación de la familia” y (2) la obligación de “impedir que terceros induzcan a la mujer a someterse a prácticas tradicionales (...)”. El Comité observa que un Estado viola la obligación de proteger cuando no adopta “todas las medidas necesarias para proteger, dentro de su jurisdicción, a las personas contra las violaciones del derecho a la salud por terceros,” indicando que figuran en esta categoría omisiones tales como (...) el no disuadir la observancia continua de prácticas médicas o culturales tradicionales perjudiciales (...). Dentro de estas prácticas el Comité incluye los matrimonios precoces, en virtud de los pronunciamientos que han hecho órganos competentes como la Organización Mundial de la Salud (OMS) al respecto.

74 Aprobada por el Congreso de la República mediante la Ley 16 de 1972.

75 El artículo 19 de la CADH señala que “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.”

76 La posición de la Corte se funda, entre otras, en las consideraciones del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas formuladas en la Observación General N°17 (1989). La CIDH, en respuesta a una consulta, opinó que “el respeto del derecho a la vida, en relación con los niños, abarca no sólo las prohibiciones, (...) sino que comprende también la obligación de adoptar las medidas necesarias para que la existencia de los niños se desarrolle en condiciones dignas.” [CIDH, Condición jurídica y derecho humanos del niño. Opinión Consultiva de 28 de agosto de 2002]

78 La CDN indica que los “Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la

comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.” (art. 5, CDN) [acento fuera del texto original] También señala que se ha de garantizar “al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.” (art. 12-1, CDN)

79 Observación General N°5 (2003) del Comité sobre los Derechos del Niño.

80 Los Estados partes se comprometen a que “[e]n todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.” (art. 3-1, CDN). De igual forma se “comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.” (art. 3-2, CDN)

81 Artículo 24, CDN.

82 El artículo 24 de la Convención (CDN) impone a los Estados Partes “adoptar todas las medidas (1) eficaces y (2) apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños”, regla acorde con la defensa del interés superior del niño.

83 En virtud de la CDN, los “Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.” (art. 27, CDN).

84 El artículo 6 de la CDN establece que “todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida” y que “[l]os Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.” Recientemente el Comité sobre los Derechos del Niño consideró que los Estados partes deben interpretar la expresión “desarrollo” en su sentido más amplio e integral, incluyendo el desarrollo físico, mental espiritual, moral, psicológico y social, y que

deben implementar medidas para lograr el desarrollo óptimo de todo niño o niña. Observación General N°5 (2003) del Comité sobre los Derechos del Niño.

85 El artículo 29 de la CDN establece fines que deben ser perseguidos por la educación.

86 La Observación General N° 1 (2001), dedicada a las “finalidades del derecho de educación” (en especial el art. 29-1, CDN), señala que el proceso educativo debe dotar al menor de las herramientas necesarias para afrontar la vida y ejercer a plenitud sus derechos. Según la Observación la educación no se puede limitar a una mera alfabetización o transmisión de conocimientos. La educación debe preparar al menor, por ejemplo, para que aprenda a tomar decisiones adecuadas y ponderadas.

87 En el ámbito laboral la Convención consagra “el derecho del niño a estar protegido” contra “la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso, entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social.” Los Estados tienen el deber de adoptar “medidas legislativas, sociales y educacionales” para garantizar este derecho, en particular deberán (1) fijar una edad o edades mínimas para trabajar, (2) disponer la reglamentación apropiada de los horarios y condiciones de trabajo y (3) estipular las penalidades u otras sanciones apropiadas para asegurar la aplicación efectiva de los derechos contemplados. (art. 32, CDN)

88 En el ámbito del derecho penal, la Convención reconoce “el derecho de todo niño (...) a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad” (art. 40-1, CDN) Con este propósito los Estado Partes deberán tomar “todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes”. En particular deberán (a) establecer “una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales”; (b) adoptar, siempre que sea apropiado y deseable, “medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el

entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales.” (art. 40, CDN)

89 En la Ponencia para primer debate en Plenaria de este artículo, en la Asamblea Nacional Constituyente, se dijo: “Derechos de los jóvenes. (...) La adolescencia es una fase de transición entre la niñez y la vida adulta independiente. Ella es el centro donde confluyen las alegrías y traumas de la infancia y el despertar de conciencia e inicio del camino hacia la vida adulta (...). || En Colombia la crisis normal en que entra el adolescente se ve en muchos casos acrecentada por la situación de inestabilidad en el hogar. Para los jóvenes que han tenido que soportar los conflictos entre sus padres, el paso de la infancia a la adolescencia ha significado tener que truncar sus estudios para asumir responsabilidades en la manutención de la familia. De la misma manera, la falta de una adecuada infraestructura educativa lo lleva a la vinculación laboral temprana o al ocio con todas sus secuelas. (...) || Por tanto, el adolescente requiere un tratamiento especial y un lugar en la Constitución como máximo ordenamiento jurídico del país para que de ahí se desprendan políticas de desarrollo que lleven paulatinamente a la madurez. || Por esta razón, dentro del articulado se propone que el Estado y la sociedad le garanticen al joven un desarrollo integral que contemple los aspectos relativos a la formación física, social, intelectual y sexual. (...)”(acento fuera del texto original) [Gaceta Constitucional N° 85, p.7]

90 Según la acerca del “desarrollo y salud adolescente en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño”, en la medida que toda persona menor de 18 años es considerada “niño” se entiende que los “adolescentes” se encuentran incluidos en este grupo.

91 Observación General N°4 (2003) del Comité sobre los Derechos del Niño.

92 Entre otros los siguientes: derecho a la protección, al cuidado y a la asistencia necesaria para lograr un adecuado desarrollo físico, mental, moral y social (art.3); derecho intrínseco a la vida y a que se le garantice su supervivencia y desarrollo (art. 4); derecho a crecer en el seno de una familia (art. 6); derecho a recibir la educación necesaria para su formación integral (art. 7).

93 Por ejemplo: (1) fija reglas de lectura de las normas aplicables a las autoridades competentes, para asegurar que siempre lo hagan a favor del menor (pro infans) [“la interpretación de las normas contenidas en el presente código deberá hacerse teniendo en

cuenta que su finalidad es la protección del menor.” (art. 22, Código del Menor)]; (2) acentúa la obligatoriedad de las reglas cuyo objeto es proteger a los menores [las normas del Código del Menor son de orden público (art. 18)]; (3) da jerarquía a los principios carácter de “irrenunciables”, hasta ordenar que se apliquen con preferencia a las ‘disposiciones contenidas en otras leyes’(art. 18).

94 Como lo ha señalado la Corte “(...) el Estado lejos de asumir una actitud pasiva, insensible o indiferente frente a la protección de los niños, en las que sus derechos fundamentales se dispongan como meras prestaciones de contenido simbólico y programáticas; debe adoptar una posición activa orientada a la promoción y efectiva realización de sus derechos. De ahí que el legislador al momento de regular cualquier institución o figura jurídica que de alguna manera afecte el núcleo esencial de dichos derechos o implique una regulación completa o integral de sus facultades o de sus mecanismos de defensa, debe ser excesivamente celoso no sólo con las limitaciones que puedan hacer nugatorio sus alcances y efectos, sino también con las atribuciones que excluyan la protección especial ordenada por la Constitución y, en ese orden de ideas, incumplan la obligación positiva que se le impone al Estado por el Constituyente (C.P. art. 44).” Corte Constitucional, sentencia C-170 de 2004 (MP Rodrigo Escobar Gil) En este caso la Corte Constitucional estudió la constitucionalidad de la edad mínima a partir de la cual toda persona puede ingresar al mercado laboral. Posteriormente se hará referencia a lo decidido y lo resuelto en este caso.

95 Como lo ha señalado la jurisprudencia de esta Corporación, “(...) en la medida en que la persona tenga igualdad de posibilidades educativas, tendrá igualdad de oportunidades en la vida para efectos de su realización como persona”. Corte Constitucional, sentencia T-02 de 1992 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

96 La Corte ha considerado desde su inicio que “(...) el conflicto entre el derecho a la recreación y el derecho a la tranquilidad de la comunidad debe ser resuelto, en principio, mediante alternativas concretas que permitan la coexistencia y efectividad de ambos derechos. Con todo, cuando el conflicto sea insoluble y los titulares del derecho a la recreación sean los niños, éste habrá de prevalecer sobre la tranquilidad, siempre que su ejercicio no esté acompañado de abusos objetivamente intolerables, según los usos y costumbres lugareños en materia de relaciones de vecindad.” En este caso la Corte confirmó la decisión de no tutelar el derecho a la paz y la tranquilidad de un grupo de vecinos de una

cancha de fútbol. Se resolvió teniendo en cuenta, entre otras cosas, que los usuarios del campo deportivo eran en su gran mayoría niños de una escuela con muy limitadas posibilidades de ejercer su derecho a la recreación y al deporte, en lugar distinto a dicho campo. Las facilidades alternativas son prácticamente inexistentes y, además, lo vienen haciendo en forma que no supera los límites de tolerancia impuestos por la convivencia cotidiana en 'El Porvenir', jurisdicción del municipio de Buga (...)" Corte Constitucional, sentencia T-466 de 1992 (M.P. Ciro Angarita Barón).

97 Decreto 100 de 1980, artículo 303.- Acceso carnal abusivo con menor de catorce años. El que acceda carnalmente a persona menor de catorce años, incurrirá en prisión de uno (1) a seis (6) años".

98 Decreto 100 de 1980, artículo 303.- Corrupción. El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, estará sujeto a la pena de uno (1) a cuatro (4) años de prisión.

99 En este caso (C-146 de 1994), la Corte consideró "(...) que existe incongruencia entre las normas legales acusadas, que plasman los delitos de acceso carnal abusivo con menores de catorce años y corrupción, y las pertinentes disposiciones del Código Civil en relación con la edad para contraer matrimonio." Por tanto, con el fin de armonizar las disposiciones enfrentadas, decidió lo siguiente: "(...) [en razón a la] capacidad para contraer matrimonio y de la consagración constitucional de la unión responsable sin matrimonio como forma de constituir una familia, puede darse el caso -no contemplado por las normas impugnadas- de relaciones sexuales consistentes en acceso carnal o diversas de él con mujer menor de catorce años y mayor de doce, con la cual se haya contraído matrimonio previamente o se haya establecido una familia por vínculos naturales. En esos eventos es claro que no se habría cometido el delito pues existiría una clara justificación del hecho, así no lo haya previsto el legislador de manera explícita."

100 La Corte consideró que "(...) el contenido material de las disposiciones acusadas y las declaradas exequibles por la Corte [en la sentencia C-146 de 1994] es el mismo, y visto que la protección al menor no ha variado, antes se ha incrementado", decidió estarse a lo resuelto en la sentencia C-146 de 1994, con algunos matices que no es del caso resaltar. La nueva redacción del Código Penal es: (Ley 599 de 200) artículo 208.- Acceso carnal abusivo

con menor de catorce años. El que acceda carnalmente a persona menor de catorce (14) años, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años. || artículo 209.- Actos sexuales con menor de catorce años. El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión de tres (3) a cinco (5) años.

101 Corte Constitucional, sentencia C-170 de 2004 (MP Rodrigo Escobar Gil)

102 En la sentencia C-170 de 2004 (MP Rodrigo Escobar Gil) la Corte Constitucional resolvió, entre otras cosas, declarar exequible la expresión: “Prohíbese el trabajo de los menores de catorce (14) años y es obligación de sus padres disponer que acudan a los centros de enseñanza”, contenida en el inciso 2° del artículo 238 del Decreto-Ley 2737 de 1989, siempre y cuando se entienda que la prestación subordinada de servicios por parte de menores de quince (15) años y mayores de catorce (14), se encuentra sujeta a las condiciones previstas en los Convenios Nos. 138 “sobre la Edad Mínima de Admisión al Empleo” y 182 “sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil” de la OIT. Además, la Corte (i) se inhibió para pronunciarse sobre el artículo 30 del Código Sustantivo del Trabajo, en su redacción original, por la derogatoria de su contenido a partir de la vigencia del artículo 238 del Decreto-Ley 2737 de 1989 (Código del Menor); (ii) declaró inexecutable la expresión: “con las limitaciones previstas en el presente código”, prevista en el inciso 2° del artículo 238 del Decreto-Ley 2737 de 1989 (Código del Menor); y (iii) declaró executable la expresión: “Excepcionalmente y en atención a circunstancias especiales calificadas por el defensor de familia, los mayores de doce años (12) podrán ser autorizados para trabajar por las autoridades señaladas en este artículo”, en el entendido que los mayores de 12 años podrán trabajar, siempre y cuando se le de estricto cumplimiento a las edades mínimas y a los requisitos contenidos en el Convenio No. 138 de la OIT, declarado executable por la sentencia C-325 de 2000 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), y que no podrán hacerlo en las actividades a que se refiere el Convenio 183 de la OIT, declarado executable por la sentencia C-535 de 2002 M.P. Jaime Araujo Rentería). Además, resolvió expresamente la Corte que la constitucionalidad de la norma reseñada, se sujeta a que Colombia continúe acogéndose a la edad de 14 años.

103 Dijo la Corte al respecto: “Es pertinente destacar que el señalamiento de la citada edad de los catorce (14) años, como edad mínima para acceder al mundo laboral, es una regla de

excepción y, por lo mismo, de alcance e interpretación restrictiva. Su origen se remonta a la posibilidad prevista para que los países en vía de desarrollo puedan introducir excepciones que se apliquen en función de las circunstancias sociales y económicas cambiantes de cada territorio. De suerte que, como lo dispone el artículo 2, num. 4, del Convenio No. 138 de la OIT, dicha excepción solamente es aplicable, en aquellas circunstancias en las cuales: (i) la situación económica y (ii) los medios de educación estén insuficientemente desarrollados, previa consulta a las organizaciones de empleadores y de trabajadores interesados. || Pero, nótese como, no se trata de una regla con vocación permanente e indefinida, sino que, por el contrario, es una medida que tiene carácter excepcional y se sujeta al control de la autoridad competente de las condiciones previamente expuestas, es decir, del Inspector del Trabajo, o en su defecto, de la primera autoridad local. En estos términos, si en una determinada entidad territorial del país, verbi gracia, en un municipio, distrito, etc., se garantiza cabalmente el acceso gratuito a la educación a todos los menores de edad, por ningún motivo, una autoridad administrativa de control podría autorizar la realización de actividades laborales a un menor de quince (15) años.” Corte Constitucional, sentencia C-170 de 2004 (MP Rodrigo Escobar Gil).

104 Al respecto ver, entre otras, la sentencia C-673 de 2001 (MP Manuel José Cepeda Espinosa)

105 Al respecto, ver: Alexy, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1991 [Capítulo noveno; sección segunda (II)]

106 A propósito de la orientación con la que debía ser consagrado el derecho a la igualdad, el delegatario Horacio Serpa Uribe dijo lo siguiente en el debate del 16 de abril de 1991 en la Comisión Primera de la Asamblea Nacional Constituyente: “(...) el tema que se discute le hace a uno recordar la famosa sentencia de Jorge Eliécer Gaitán, la de que ‘el pueblo no demanda la igualdad retórica ante la ley sino la igualdad real ante la vida’; a mí me parece que el sentido de la igualdad sin duda debe preservar la oportunidad o la facilidad para que el Estado empiece a propiciar situaciones de igualdad en el seno de la sociedad colombiana.”

107 Corte Constitucional, sentencia C-1064 de 2001 (MP Manuel José Cepeda Espinosa y Jaime Córdoba Triviño; SV M. Jaime Araujo Rentería, M. Alfredo Beltrán Sierra, M. Rodrigo

Escobar Gil y M. Clara Inés Vargas Hernández). En este caso la Corte decidió que “el artículo 53 protege la movilidad salarial tanto de los servidores públicos que ganan uno o dos salarios mínimos, como de los que están ubicados en escalas salariales superiores, (...), aunque [ésta] no tiene que hacerse en el mismo porcentaje para todos.” La Corte resolvió declarar exequible el artículo 2° de la Ley 628 de 2000, en los términos del condicionamiento precisado en el numeral 6.2 de los fundamentos y consideraciones sentencia C-1064 de 2001.

108 El Congreso de la República de Colombia, mediante la Ley Estatutaria 581 de 2000, reglamentó la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de las diferentes ramas y órganos del poder público, de conformidad con los artículos 13, 40 y 43 de la Constitución Política. En el artículo 4°, sobre la participación efectiva de la mujer establece la Ley lo siguiente: “La participación adecuada de la mujer en los niveles del poder público definidos en los artículos 2o. y 3o. de la presente ley, se hará efectiva aplicando por parte de las autoridades nominadoras las siguientes reglas: (a) Mínimo el treinta por ciento (30%) de los cargos de máximo nivel decisorio, de que trata el artículo 2o., serán desempeñados por mujeres; (b) Mínimo el treinta por ciento (30%) de los cargos de otros niveles decisorios, de que trata el artículo 3o., serán desempeñados por mujeres.” De acuerdo con la Constitución (art. 153), la Ley Estatutaria había sido objeto de revisión por parte de la Corte Constitucional, antes de su sanción, en calidad de proyecto de ley. Al revisarla la Corte consideró que establecer por ley estatutaria una cuota en virtud de la cual, por lo menos un 30% de mujeres se desempeñen en los empleos de “máximo nivel decisorio” y de “otros niveles decisorios” es una medida adecuada y necesaria, que no sacrifica derechos y principios que tengan un mayor peso que los que se pretende satisfacer mediante dicho trato. C-371 de 2000 (MP Carlos Gaviria Díaz; SV-parciales- M. Eduardo Cifuentes Muñoz, M. Carlos Gaviria Díaz, M. Alejandro Martínez Caballero, M. Álvaro Tafur Galvis) En este caso la Corte revisó el proyecto de ley estatutaria N°62/98 Senado y 158/98 Cámara, “por la cual se reglamenta la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de las diferentes ramas y órganos del poder público, de conformidad con los artículos 13, 40 y 43 de la Constitución Nacional y se dictan otras disposiciones.” La Corte resolvió declarar exequibles algunas normas, exequibles condicionadas otras e inexecutable otras.

109 En la sentencia T-972 de 2001 (MP Manuel José Cepeda Espinosa) la Corte decidió que

cuando un menor afiliado al Régimen Subsidiado de Salud, que cumpla todos los requisitos para exigir una protección, padezca una grave patología para la cual se necesite, en forma oportuna, un tratamiento no contemplado en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado (POS-S), ordenado por los médicos tratantes, tiene derecho a que la entidad prestadora de salud a la cual está afiliado le preste el tratamiento requerido, quedando dicha entidad facultada para repetir en contra del Fosyga. En este caso la Sala ordenó a la entidad encargada de prestarle el servicio de salud a una niña vinculada al régimen subsidiado, que le practicara el transplante de hígado que ella requería, pese a ser un procedimiento excluido del P.O.S.S.

110 Este precedente ha sido reiterado por la sentencia T-1087 de 2001 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), por la sentencia T-280 de 2002 (MP Eduardo Montealegre Lynett), entre otras.

111 En efecto, la Corte decidió que “(...) el legislador puede conceder el derecho de prisión domiciliaria a las mujeres cabeza de familia, sin que ello implique una violación al principio de igualdad por no reconocer el mismo derecho a los hombres, que de hecho, se encuentren en la misma situación puesto que las medidas de apoyo especial a las mujeres no son extendibles a los hombres con base en el derecho a la igualdad de trato. (...)”; no obstante, “(...) en virtud de los derechos fundamentales de los niños, que prevalecen sobre los demás (artículo 44, C.P.), el legislador no puede proteger exclusivamente los derechos al cuidado y amor de los niños y niñas, dada su estrecha relación con sus derechos a la salud y con su desarrollo integral, cuando éstos se ven expuestos a riesgos y cargas desproporcionadas por la ausencia de la madre -puesto que dependen de ella por ser la cabeza de la familia- y desentenderse completamente de los derechos de los menores cuando dependen del padre.” Corte Constitucional, sentencia C-184 de 2003 (MP Manuel José Cepeda Espinosa) En este caso resolvió declarar exequibles los apartes acusados del artículo 1° de la Ley 750 de 2002, en el entendido de que, cuando se cumplan los requisitos establecidos en la ley, el derecho podrá ser concedido por el juez a los hombres que, de hecho, se encuentren en la misma situación que una mujer cabeza de familia, para proteger, en las circunstancias específicas del caso, el interés superior del hijo menor o del hijo impedido.

112 En la sentencia C-964 de 2003 (MP Álvaro Tafur Galvis) la Corte consideró que de acuerdo a lo decidido en la sentencia C-184 de 2003 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), “(...) cuando se trata del derecho de los niños no es posible establecer una diferencia entre los

hijos que dependen de la mujer cabeza de familia frente a los que dependen del hombre que se encuentra en la misma situación y que el análisis de las medidas referidos a ellos en estas circunstancias deben tener en cuenta la especial protección y el carácter preferente que tienen frente a los derechos de los demás (art 44 C.P.)". Reiterando esta posición la Corte decidió que no existe "(...) fundamento para establecer una diferencia de trato entre los niños menores y los hijos impedidos que dependen de la mujer cabeza de familia, frente a los que dependen del hombre que se encuentra en la misma situación a que alude el artículo 2 de la Ley 82 de 1993. En uno y otro caso se trata de personas respecto de los cuales el Estado tiene una obligación de protección especialísima (arts. 13 y 44 C.P) y a los cuales no puede discriminar en función del sexo de la persona de la cual dependan." En esta caso la Corte resolvió declarar exequibles, por los cargos formulados, las expresiones "mujer" y "mujeres" contenidas en los artículos 2, 3, 8, 10, 11, 13, 15, 16, 17, 20 y 21 de la Ley 82 de 1993 "por la cual se expiden normas para apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia "; y declarar exequibles, por los cargos formulados, las expresiones "mujer" y "mujeres" contenidas en los artículos 4, 5, 6, 7, 9, 12, 14, 18, y 19 de la Ley 82 de 1993 "por la cual se expiden normas para apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia ", en el entendido, que los beneficios establecidos en dichos artículos a favor de las personas dependientes de la mujer cabeza de familia se harán extensivos a los hijos menores y a los hijos impedidos dependientes del hombre que, de hecho, se encuentre en la misma situación que una mujer cabeza de familia, en los términos y bajo el requerimiento del artículo 2 de la misma Ley.

113 Según la Observación 17 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas "[l]a aplicación de esta disposición entraña (...) la adopción de medidas especiales para proteger a los niños, además de las medidas que los Estados deben adoptar en virtud del artículo 2, para garantizar a todas las personas el disfrute de los derechos previstos en el Pacto." Es decir, de acuerdo "(...) con el Pacto, debe otorgarse protección a los niños sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento. El Comité observa a este respecto que, mientras que la no discriminación en el disfrute de los derechos previstos en el Pacto se deriva también, para los niños, del artículo 2 y su igualdad ante la ley, del artículo 26, la cláusula no discriminatoria del artículo 24 se refiere de manera concreta a las medidas de protección previstas en esta disposición."

114 Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 28 La igualdad de derechos entre hombres y mujeres (2000)

115 CIDH, Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984.

116 CIDH, Condición jurídica y derecho humanos del niño. Opinión Consultiva de 28 de agosto de 2002. La Corte opinó, entre otras cosas que: “el principio de igualdad recogido en el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no impide la adopción de reglas y medidas específicas en relación con los niños, los cuales requieren un trato diferente en función de sus condiciones especiales. Este trato debe orientarse a la protección de los derechos e intereses de los niños.”

117 Aprobada por el Congreso de la República mediante la Ley 51 de 1981 (Para efectos de esta convención, por mujer se entiende también “niña” y “adolescente”).

118 Los Estados partes, aprobaron la Convención preocupados, entre otras razones, por “(...) el hecho de que en situaciones de pobreza la mujer tiene un acceso mínimo a la alimentación, la salud, la enseñanza, la capacitación y las oportunidades de empleo, así como a la satisfacción de otras necesidades”. Por ello, al adoptarla, reconocieron “[q]ue para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer es necesario modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia.”

119 Aquí se incluyen figuras como la unión marital de hecho (unión libre estable) o el “amaño” (unión libre temporal, con futura promesa de matrimonio), dos formas de organización familiar cuyo número ha aumentado durante las últimas décadas. Al respecto, ver los estudios de las científicas sociales Virginia Gutiérrez de Pineda y Ligia Echeverri de Ferrufino, entre otros.

120 Esta visión amplia de la familia coincide con la Observación General N° 19 (1990) del Comité de Derechos Humanos al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que indica que el concepto de familia puede diferir en algunos aspectos de un Estado a otro, y “aun entre regiones de un mismo Estado, de manera que no es posible dar una definición uniforme del concepto.” Observa el Comité que “cuando la legislación y la práctica de un Estado consideren a un grupo de personas como una familia, éste debe ser objeto de la

protección prevista” en la Convención. Colombia, en su condición de estado pluriétnico y multicultural, es buen ejemplo de la imposibilidad de homogenizar legislativamente el concepto de familia.

121 Corte Constitucional, sentencia C-533 de 2000 (MP Vladimiro Naranjo Mesa)

122 La Corte Europea de Derechos Humanos ha señalado que el derecho a casarse, tal como se reconoce en la Convención Europea de los Derechos Humanos (art. 12) contempla el derecho a fundar una familia, pero no a disolverla y crear una nueva (Johnston et al v. Ireland, 18, dic, 1987); no obstante cuando la legislación nacional permite el divorcio se debe garantizar el derecho a casarse nuevamente, libre de restricciones no razonables (F v. Switzerland 25, 27, nov, 1987).

123 Concluye el artículo: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.”

124 Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española.

125 En la Recomendación sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios (1965), Principio II, la Asamblea General de Naciones Unidas se refiere a 15 años. Recientemente, el Comité sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer [Recomendación General N° 21 (1994)] y el Comité sobre los Derechos del Niño [Observación General N° 4 (2003)] recomiendan que la edad mínima para contraer matrimonio, con o sin el consentimiento de los padres, sea 18 años.

126 ECHR, article 12.- Right to marry. Men and women of marriageable age have the right to marry and to found a family, according to the national laws governing the exercise of this right. (Se advierte que núbil fue traducido en sentido distinto a pubertad)

127 Dice el artículo 1° de la Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios: 1. No podrá contraerse legalmente matrimonio sin el pleno y libre consentimiento de ambos contrayentes, expresado por éstos en persona, después de la debida publicidad, ante la autoridad competente para formalizar el matrimonio y testigos, de acuerdo con la ley. || 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 supra, no será necesario que una de las partes esté

presente cuando la autoridad competente esté convencida de que las circunstancias son excepcionales y de que tal parte, ante una autoridad competente y del modo prescrito por la ley, ha expresado su consentimiento, sin haberlo retirado posteriormente.

129 Principio I || (a) No podrá contraerse legalmente matrimonio sin el pleno y libre consentimiento de ambos contrayentes, expresado por éstos en persona, después de la debida publicidad, ante la autoridad competente para formalizar el matrimonio, y testigos, de acuerdo con la ley. || (b) Sólo se permitirá el matrimonio por poder cuando las autoridades competentes estén convencidas de que cada una de las partes ha expresado su pleno y libre consentimiento ante una autoridad competente, en presencia de testigos y del modo prescrito por la ley, sin haberlo retirado posteriormente. [Recomendación sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios (1965)]

130 Principio II - Los Estados Miembros adoptarán las medidas legislativas necesarias para determinar la edad mínima para contraer matrimonio, la cual en ningún caso podrá ser inferior a los quince años; no podrán contraer legalmente matrimonio las personas que no hayan cumplido esa edad, salvo que (i) la autoridad competente, (ii) por causas justificadas y (iii) en interés de los contrayentes, dispense del requisito de la edad. (acento fuera del texto original)

131 Continúa la observación: “Los Estados Partes deberían suministrar información detallada sobre el carácter de esas medidas y sobre los medios utilizados para asegurar su aplicación efectiva. Por otra parte, como el Pacto reconoce también a la familia el derecho de ser protegida por la sociedad, los informes de los Estados Partes deberían indicar de qué manera el Estado y otras instituciones sociales conceden la protección necesaria a la familia, en qué medida el Estado fomenta la actividad de estas últimas, por medios financieros o de otra índole, y cómo vela porque estas actividades sean compatibles con el Pacto.”

132 Comité de Derechos Humanos, Observaciones Generales N° 19 (1990)

133 El artículo 17 de la CADH establece también que “el matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes” y que “los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso

de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.” Finalmente indica que “la ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.”

134 En la sentencia T-012 de 1995 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa) se decidió que se desconocen la autonomía y la libertad personal para conformar una familia cuando una organización pretende desvincular a una persona (en el caso era la Fuerza Aérea Colombiana) porque ha optado conformar una familia diferente a la tradicionalmente aceptada (por ejemplo, ser madre soltera, vivir en unión libre, etc.). En el fallo se consideró que “(...) la Constitución Política protege a la familia al darle el mismo valor tanto a la constituida a través de ceremonias religiosas o civiles, como a las que tienen origen en unión de hecho, buscando siempre el que las personas se desarrollen en un entorno familiar, núcleo fundamental de la sociedad.” En el caso concreto la Corte no tuteló los derechos de los accionantes porque la Fuerza Aérea Colombiana decidió cerrar el expediente que se había abierto en contra de la pareja que había sido discriminada.

135 En la sentencia C-533 de 2000 (MP Vladimiro Naranjo Mesa) se estudió la constitucionalidad de la convalidación de matrimonio cuando este se ha celebrado por fuerza, miedo u obligación, con ocasión de una demanda contra los artículos 140 y 145 del Código Civil. El problema jurídico que se planteó la Corte al respecto fue si “(...) el legislador al establecer que la ‘fuerza’ como vicio de consentimiento en el matrimonio origina una nulidad saneable y no una absoluta, desconoce o no la Constitución.” Para la Corte la respuesta a esta cuestión es negativa porque en virtud de la protección legal a la libertad de quien contrajo matrimonio por fuerza, se debe permitir la alternativa de convalidar o no convalidar el matrimonio, alternativa “(...) que la nulidad absoluta o insubsanable no le otorgaría, pues ella excluye la posibilidad de consentir nuevamente en el matrimonio y haría nulo irremediablemente el acto (...)”

136 De esta manera la Corte dio respuesta a la segunda cuestión que se planteó en la sentencia C-533 de 2000 (MP Vladimiro Naranjo Mesa), a saber: ¿desconoce el derecho a la libertad el que un matrimonio celebrado por fuerza o miedo se convalide por la “sola cohabitación de los consortes”? La Corte consideró que si los cónyuges no tienen el derecho de demostrar que su cohabitación no conlleva convalidación, “(...) sería factible una situación

en la cual el cónyuge o los dos cónyuges violentados, una vez disipada la fuerza, quisieran mantenerse en unión libre y no en matrimonio, no obstante lo cual, ante la imposibilidad de demostrar que su cohabitación no tiene el significado de haber ellos consentido en el matrimonio, se verían ‘casados’ por fuerza de los hechos, sin oportunidad de probar que lo que realmente quieren es simplemente ser compañeros permanentes, o más allá de ello, que simplemente no quieren tener nada en común el uno con el otro.” Se resolvió declarar exequible la expresión “La fuerza o miedo no será causa de nulidad del matrimonio, si después de disipada la fuerza, se ratifica el matrimonio con palabras expresas, o por la sola cohabitación de los consorte”, contenida en el numeral 5° del artículo 140 del Código Civil, y el segundo inciso del artículo 145 del mismo Código, “bajo el entendido de que la cohabitación a que se refieren sea en todo caso (i) voluntaria y (ii) libre, y dejando a salvo el derecho de demostrar, en todo tiempo, que ella no tuvo por objeto convalidar el matrimonio”. El primer inciso del artículo 145 del Código Civil también fue declarado exequible.

137 En la sentencia T-816 de 2002 (M.P. Jaime Córdoba Triviño) la Corte consideró que se violan los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la dignidad de la persona, a la igualdad y al buen nombre, cuando se expulsa a una persona de una organización en razón a las decisiones que tome de conformar una familia, máxime cuando estas son “clasistas”. En este caso, la Fuerza Aérea de Colombia había desconocido los derechos fundamentales de la accionante -una oficial de la institución-, al retirarla del servicio por haber contraído un matrimonio que no era del agrado de sus superiores (con un suboficial de la institución). La Corte revocó el fallo de instancia, tuteló los derechos de la accionante, ordenó que fuera reincorporada al servicio y previno a los Mandos de la Fuerza Aérea Colombiana para que se abstengan de incurrir en recriminaciones o prácticas discriminatorias contra la accionante por haber interpuesto una acción de tutela.

138 En la sentencia T-377 de 1995 (M.P. Jorge Arango Mejía, SV Vladimiro Naranjo Mesa) la Corte revisó la acción tutela de una estudiante en contra de su colegio, por considerar que le estaban desconociendo sus derechos constitucionales a constituir una familia, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a la educación. Las directivas no le permitieron seguir estudiando debido a que ella “decidió constituir de hecho su propia familia”. Se consideró que en el caso “(...) no sólo se repudió a la actora por su decisión, la cual se consideró inmoral, sino que se condicionó su permanencia en el colegio al cumplimiento de ‘un convenio’, casarse o volver con sus padres, que desde cualquier punto de vista desconoce el

debido respeto a la dignidad, como principio fundante del Estado, y viola sus derechos a la intimidad, entendida como un estadio de la conciencia ajeno por completo al ámbito jurídico, y al libre desarrollo de la personalidad, la cual, según lo expresado por esta misma Corte, se entiende como ‘la libertad general de hacer o no hacer lo que se considere conveniente’.” La Corte reconoció que el colegio tiene la facultad de aconsejar y guiar a sus alumnos en la toma de decisiones, como por ejemplo, en la de conformar una familia. Sin embargo esta guía no puede dar pie o convertirse en una oportunidad para presionar, coartar, obligar o imponer una decisión en algún sentido. El derecho a la libertad de fundar una familia y la obligación de protegerla, conlleva la garantía de no ser molestado o perturbado por la manera como ésta haya sido ejercida.

139 La Corte Constitucional resolvió declarar exequibles los artículos 117, 124, y 1266, ordinal 4o., del Código Civil. Sentencia C-344 de 1993 (MP Jorge Arango Mejía; salvamento de voto de los Magistrados Eduardo Cifuentes Muñoz y Alejandro Martínez Caballero) Con relación al desheredamiento, la Corte tuvo en cuenta la complejidad del procedimiento judicial que hay que adelantar para lograr tal efecto, las limitaciones que dicho acto, en todo caso, debe observar (p.ej. siempre se deben alimentos), y que si la decisión del hijo es justificable o la actitud del padre irrazonable no hay lugar al desheredamiento.

140 Dijo la Corte: “Es claro que las consecuencias del matrimonio, que hacen de él el más importante de los contratos, han llevado al legislador a tratar de impedir que los menores, por su inexperiencia, incurran en errores que podían arruinar sus vidas.”

141 La Corte consideró “(...) que si la ley establece la posibilidad de desheredar al menor que se casa sin permiso de su ascendiente habiendo debido obtenerlo, y no da igual tratamiento al caso de quien sólo tiene relaciones sexuales sin casarse, ello es perfectamente lógico y ajustado a la realidad (...) || Aun en los tiempos antiguos en que las relaciones sexuales extramatrimoniales eran vituperables, sobre todo en las mujeres, las consecuencias del matrimonio eran más graves. Hoy día, cuando han sobrevenido cambios notables en la moral general, es claro que sería ridículo asimilar las dos situaciones: la del menor que se casa sin permiso de sus padres y la del que se limita a las relaciones sexuales.”

142 En el salvamento conjunto los Magistrados consideraron que la sentencia “no defiende la

posición del menor en el seno de la familia” pues “[c]onstruir el entero edificio de la familia sobre la autoridad (...) significa ignorar el nuevo equilibrio que la Constitución y la ley han establecido dentro de esta formación social”. En cuanto al permiso, los magistrados consideraron que “[t]ratándose de adolescentes no solamente la decisión de contraer nupcias responde a su libre y autónoma decisión personal, sino que, además, el ordenamiento jurídico reconoce la validez de sus actos y de ellos se hacen derivar derechos y deberes. El permiso de los padres no adiciona ni suple la capacidad de los menores adolescentes que, para estos efectos, son considerados por la ley plenamente capaces.” Con relación al desheredamiento señalaron que “[n]o es razonable ni proporcional que la sanción originada en la no obtención del permiso para contraer el vínculo matrimonial –cuya ausencia no agrega ni sustrae validez al matrimonio–, pueda ser el desheredamiento del menor reacio a seguir la directriz paterna. La anotada naturaleza extorsiva de la añeja institución del desheredamiento no es compatible con el principio de “respeto recíproco” que deben observar entre sí todos los integrantes de la familia (CP art. 42) y que se desatiende cuando, en lugar de aceptar las diferencias y las legítimas aspiraciones naturales y psíquicas del menor adolescente, se lo constriñe con la amenaza económica y el abandono.”

143 Los Magistrados Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero salvaron su voto. El primero de ellos, quien participó en la decisión de la sentencia C-344 de 1993 con su voto favorable, hizo explícito su cambio de posición, la justificó y señaló por qué considera que en este caso, como en el anterior, las disposiciones civiles desconocen la autonomía del menor y son por tanto inconstitucionales. Dice el salvamento: “Dí mi voto favorable a la sentencia C-344/93 que declaró exequible el artículo 124 del Código Civil, que autoriza a los padres o demás ascendientes para desheredar al hijo menor que contrae matrimonio sin el consentimiento de ellos. || Es evidente que, manteniendo la línea argumentativa que sirvió de fundamento a ese fallo, también éste debería merecer mi apoyo. No obstante, he reflexionado de nuevo sobre el punto, y mi opinión ahora es diferente (...) || Cuanto más he reflexionado acerca de la disposición ahora analizada por la Corte, más me he persuadido de que lo que en ella se consagra es una sanción contra el hijo que no ha tomado en cuenta la voluntad del padre, para realizar un acto tan importante como casarse. Y, al margen de las consideraciones que podrían hacerse sobre el libre desarrollo de la personalidad del adolescente, sanciones como ésta tienen que repudiarse a la luz de una filosofía autonomista como la que profeso cada vez con mayor convicción, y que juzgo es la que informa nuestra Constitución. || Lo que sí vale la pena señalar, a propósito del tema que ahora nos ocupa, es

la paradoja mayúscula de nuestra legislación civil que exige una edad mínima de 18 años para celebrar válidamente un negocio jurídico cualquiera y, no obstante, legitima uniones matrimoniales de adolescentes, cuya potencia genésica no coincide necesariamente con un consentimiento maduro.” El Magistrado Alejandro Martínez Caballero reiteró la posición expuesta en su salvamento a la sentencia C-344 de 1993.”

144 CIDH, Opinión Consultiva OC-6/86. Mayo 9 de 1986. La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

145 La CIDH opinó que “(...) los criterios del artículo 30 sí resultan aplicables a todos aquellos casos en que la expresión ley o locuciones equivalentes son empleadas por la Convención a propósito de las restricciones que ella misma autoriza respecto de cada uno de los derechos protegidos.” CIDH, Opinión Consultiva OC-6/86

146 Para la CIDH “bien común” y “orden público” en la Convención (CADH) “(...) son términos que deben interpretarse dentro del sistema de la misma, que tiene una concepción propia según la cual los Estados americanos ‘requieren la organización política de los mismos sobre la base del ejercicio efectivo de la democracia representativa’ (Carta de la OEA, art. 3.d); y los derechos del hombre, que ‘tienen como fundamento los atributos de la persona humana’, deben ser objeto de protección internacional (Declaración Americana, Considerandos, párr. 2; Convención Americana, Preámbulo, párr. 2)” CIDH, Opinión Consultiva OC-6/86

147 CIDH, Opinión Consultiva OC-6/86

148 Continúa el artículo 6 de la CDN: “En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.”

149 [Implementation is the process whereby States parties take action to ensure the realization of all rights in the Convention for all children in their jurisdiction.] Observación General N°5 (2003) del Comité sobre los Derechos del Niño.

150 Observación General N°5 (2003) del Comité sobre los Derechos del Niño. Luego de revisar varios de los informes presentados por los Estados Partes acerca del cumplimiento de

esta obligación el Comité observó que la labor de revisión de la normatividad nacional vigente de los Estados debe ser más rigurosa en la mayoría de los casos.

151 Observación General N°5 (2003) del Comité sobre los Derechos del Niño.

152 El legislador debe tomar “medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges” (1) “en cuanto al matrimonio” (2) “durante el matrimonio” y (3) “en la disolución del matrimonio”. (art. 17-4, CADH)

153 El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha indicado, por ejemplo, que si bien el Pacto no establece una edad específica, ésta “debe ser tal que pueda considerarse que los contrayentes han dado su libre y pleno consentimiento personal”, de acuerdo con las formas y condiciones legales. Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Observación General N° 19 (1990)

154 Al respecto puede consultarse, entre otros textos: Hinshelwood, Marlene. Early Marriage, Sexual Exploitation and the Human Rights of Girls. Forum on Marriage and the Rights of Women and Girls. November, 2001. [www.ippf.org/resource/early_marriage/pdf/EarlyMarriageSexExploitation.pdf] También se puede ver: Otoo-Oyortey, Naana; Pobi, Sonita. Early Marriage and Poverty Exploring links for policy and programme development. Forum on Marriage and the Rights of Women and Girls. London, 2003. [www.ippf.org/resource/early_marriage_poverty/]

155 Al carecer de la educación adecuada, es probable que la madre adolescente no posea las habilidades que necesita para conseguir un trabajo y conservarlo. Es común que dependa económicamente de su familia o del sistema de asistencia social. Comparadas con las madres que tienen sus hijos en una etapa posterior de la vida, también es más probable que las madres adolescentes tiendan a la pobreza. También es posible que las adolescentes no hayan desarrollado todavía las habilidades para una buena maternidad o que carezcan de sistemas sociales de respaldo que las ayuden a manejar el estrés de criar un hijo. [Ver: Misión March of Dimes, El centro de la enseñanza del embarazo. (http://www.nacersano.org/centro/9388_9919.asp) y Teenage pregnancy. Medline Plus (<http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/teenagepregnancy.html>) hay versión en español de la página.] Al respecto de la educación y otros derechos también puede consultarse: UNFPA. Estado de la población mundial 2003

(<http://www.unfpa.org/swp/2003/espanol/ch2/index.htm>)

156 La educación tiene un papel central en la formación de una sociedad democrática. Así lo ha sostenido la jurisprudencia constitucional desde un inicio: "(...) "En su iluminada imaginación, para el poeta los niños son el modo de suspirar la aurora. Para esta Corte, los niños de Colombia son también, en horabuena, titulares de derechos fundamentales constitucionales y prevalentes, tales como el de la educación; espejos fieles del respeto a la dignidad humana de los débiles y el aporte más valioso de nuestra sociedad a la causa universal de prolongar, cualitativamente enriquecidas, la vida y la cultura de la especie." Corte Constitucional, sentencia T-429 de 1992 (M.P. Ciro Angarita Barón)

157 "En los últimos años, la Comisión de Derechos Humanos se ha comprometido a incluir los derechos humanos de la mujer en su labor, contribuyendo así a poner fin a la marginalización de esos derechos en el sistema general. En 1994, la Comisión nombró una Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, la Sra. Radhika Coomaraswamy, que es el primero y, por el momento, el único procedimiento de investigación que concierne específicamente a la mujer. La Relatora Especial ha recibido el mandato de reunir y analizar datos completos y de recomendar medidas encaminadas a eliminar la violencia contra la mujer a nivel nacional, regional e internacional." (Carpeta de información básica Nº 2 - 10 de noviembre de 1997)

158 Ulterior promoción y fomento de los derechos humanos y las libertades fundamentales, en particular la cuestión del programa y los métodos de trabajo de la Comisión. Informe preliminar presentado por el Relator Especial sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias, Sra. Radhika Coomaraswamy, de conformidad con la resolución 1994/45 de la Comisión de Derechos Humanos. 22 de noviembre de 1994

159 El informe advierte que la edad para el matrimonio es un factor que contribuye a la violación de los derechos humanos de la mujer. Como ejemplo, indica que la OMS ha informado que "más del 50% de las primíparas en muchos países en desarrollo tienen menos de 19 años de edad." El informe de la Relator Especial sobre la violencia contra la mujer sostiene que se "debería prohibir el matrimonio precoz de la hija. No se debería fomentar el matrimonio de las hijas menores de 18 años de edad y los Estados deberían adaptar sus leyes en consecuencia."

160 Concepto de la Facultad de Psicología de la Pontificia Universidad Javeriana [ver sección

IV (pruebas), apartado 2 (conceptos psicológicos), de la presente sentencia]

161 La salud de la madre afecta al bebé: “Las adolescentes suelen tener malos hábitos de alimentación, descuidan su dosis diaria de multivitaminas, a menudo fuman, beben alcohol y consumen drogas, con lo cual aumentan considerablemente los riesgos de que sus bebés tengan problemas de salud. Los estudios también demuestran que, comparadas con las mujeres adultas, es menos probable que las adolescentes aumenten de peso (...). Este aumento de peso insuficiente aumenta el riesgo de que tengan un bebé de bajo peso al nacer. || Entre las madres de todas las edades, las adolescentes componen el grupo en el que hay menos probabilidades de que reciban atención médica prenatal a comienzos de la gestación y de manera regular. || La madre adolescente corre mayor riesgo que las mujeres de más de 20 años de tener complicaciones durante el embarazo, como parto prematuro, anemia y alta presión arterial. Estos riesgos son todavía mayores cuando tienen menos de 15 años.” [Misión March of Dimes, Op. Cit.] Posibles daños en la salud del bebé: “(...). El riesgo es mayor para las adolescentes más jóvenes: el 10,3 por ciento de las madres de entre 15 y 17 años tuvo bebés de bajo peso. || Los órganos de los bebés de bajo peso al nacer pueden no estar totalmente desarrollados. Esto puede derivar en problemas pulmonares, como el síndrome de dificultad respiratoria, o en hemorragias cerebrales, pérdida de la vista y problemas intestinales graves. || Los bebés de bajo peso al nacer tienen 20 veces más probabilidades de morir durante su primer año de vida que los bebés nacidos con peso normal.” [Ibidem]

162 OMS, 47ª Asamblea Mundial de la Salud. Resolución (WHA47.10) Salud de la madre y el niño y planificación de la familia: prácticas tradicionales nocivas para la salud de las mujeres y los niños (1994)

163 Según la Encuesta Nacional de Demografía y Salud de Profamilia (2000) “(...) [l]a conducta reproductiva de las adolescentes (15-19) es un tópico de reconocida importancia, no sólo en lo concerniente en embarazos no deseados y abortos, sino también en relación con las consecuencias sociales, económicas y de salud.” Más adelante se indica: “El 15% de las adolescentes (15 a 19 años) ya han sido madres y 4 % están embarazadas de su primer hijo, para un total de 19% que han estado embarazadas o ya han tenido partos, en comparación con 17 por ciento en la encuesta de 1995, lo cual estaría demostrando un ligero aumento de la fecundidad adolescentes.” (p.48)

164 UNICEF. Matrimonios prematuros. Digest Innocenti. N°7, marzo 2001. p.3

165 UNICEF. Ibid. 2001. p.20

167 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General sobre el derecho al disfrute del más alto nivel de salud (2000)

168 El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de Naciones Unidas "(...) considera que la edad mínima para contraer matrimonio debe ser de 18 años tanto para el hombre como para la mujer. Al casarse, ambos asumen importantes obligaciones. En consecuencia, no debería permitirse el matrimonio antes de que hayan alcanzado la madurez y la capacidad de obrar plenas. Según la Organización Mundial de la Salud, cuando los menores de edad, especialmente las niñas se casan y tienen hijos, su salud puede verse afectada desfavorablemente y se entorpece su educación. Como resultado se restringe su autonomía económica." Recomendación General N° 21 (1994) La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares.

169 Ver CEDAW, artículos 2-f y 5-a.

170 Durante el trámite de la Ley 28 de 1932, que le dio a la mujer derechos patrimoniales dentro del matrimonio, varios grupos de damas enviaron cartas al Congreso. Las Damas de Manizales en su carta apoyaron el proyecto de ley así "No tratamos de obtener posiciones políticas que ni apetece ni consideramos oportunas en el momento social en que vivimos: no queremos abandonar nuestra misión de paz y de dulzura para intervenir en las asperezas de las luchas partidistas; el hogar y las instituciones sociales de mejoramiento individual y colectivo seguirán siendo nuestros predilectos campos de acción. Tampoco anhelamos que los vínculos y obligaciones conyugales y familiares que surgen del matrimonio como sacramento y como contrato solemne, tales como hoy los definen las legislaciones canónica y civil, sean modificados. Nuestra aspiración se limita a que se reforme el régimen patrimonial que hoy mantiene a la mujer en una posición de inferioridad con respecto al hombre, en la vida civil. Queremos que la norma jurídica que regule las relaciones privadas, sea una misma para el hombre y para la mujer, que la ley no merme la capacidad de la mujer por razón de su estado civil, de la misma manera que no merma la del hombre por el hecho de casarse. || (...) || Aquello (el régimen patrimonial) no es sino un rezago de la tradición romana sobre el matrimonio, cuando por obra de éste la mujer, con su persona y bienes,

pasaba a ser propiedad del marido, considerándola como una cosa, no como ser humano. Basta esta sola consideración para que se vea lo anacrónico e irritante de nuestra legislación sobre la persona y bienes de la mujer casada. De entonces a hoy han corrido dos mil años de civilización cristiana, en el transcurso de los cuales se han revaluado y rectificado los conceptos degradantes, que imperaban sobre la mujer; se ha consagrado la cooperación y se ha reconocido la influencia de ella en el progreso material e intelectual y moral de la humanidad, y sin embargo, nuestra legislación desconoce estos hechos.” Memorial de la Damas de Manizales, 27 de julio de 1932, Manizales. [Latorre, Luis F., Régimen patrimonial en el matrimonio. Proceso de la Ley 28 de 1932 y comentarios. Imprenta Nacional. Bogotá, 1932. p.117]

171 Código Civil, artículos 117 a 125.

172 En la sentencia C-105 de 1994 (M.P. Jorge Arango Mejía) se decidió que “[s]on contrarias a la Constitución todas las normas que establezcan diferencias en cuanto a los derechos y obligaciones entre los descendientes legítimos, extramatrimoniales o adoptivos, pues al igual que los hijos tienen iguales derechos y obligaciones.” En consecuencia, se resolvió declarar “(...) inexecutable aquellas normas demandadas que establecen trato discriminatorio en contra de alguna clase de descendientes o ascendientes.” La sentencia modificó explícitamente 18 normas del Código Civil.

173 Dijo la Corte: “En la Iglesia Católica, por el contrario, prevaleció la tesis de permitir el matrimonio de los hijos sin el consentimiento de los padres, por dos motivos: el primero, que por ser el matrimonio un sacramento, su acceso debía ser libre; el segundo, que era preferible el matrimonio, porque la negativa de los padres podría llevar a los hijos al concubinato.” Sentencia C-344 de 1993 sobre el artículo 177 del Código Civil (M.P. Jorge Arango Mejía; salvamento de voto de los Magistrados Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero)

174 Código del Menor, artículo 5°

175 El padre o la madre que no cumpla sus deberes para con sus hijos enfrenta es responsable, incluso penalmente. Código Penal; artículo 233.— Inasistencia alimentaria. El que se sustraiga sin justa causa a la prestación de alimentos legalmente debidos a sus ascendientes, descendientes, adoptante o adoptivo o cónyuge, incurrirá en prisión de uno (1)

a tres (3) años y multa de diez (10) a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes. || La pena será de prisión de dos (2) a cuatro (4) años y multa de quince (15) a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes cuando la inasistencia alimentaria se cometa contra un menor. [La Corte Constitucional se pronunciado sobre la constitucionalidad del artículo 233 del Código Penal en la sentencias C-984 de 2002 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra); C-016 de 2004 (MP Álvaro Tafur Galvis) y C-247 de 2004 (MP Álvaro Tafur Galvis)]. Artículo 234.— Circunstancias de agravación punitiva. La pena señalada en el artículo anterior se aumentará hasta en una tercera parte si el obligado, con el propósito de sustraerse a la prestación alimentaria, fraudulentamente oculta, disminuye o grava su renta o patrimonio. Artículo. 235.—Reiteración. La sentencia condenatoria ejecutoriada no impide la iniciación de otro proceso si el responsable incurre nuevamente en inasistencia alimentaria.

176 En el ámbito internacional, como recordó el Comité sobre los Derechos del Niño dijo en la Observación General N° 4 (2003), las madres y los padres adolescentes, tienen derecho a recibir ayuda y guía para su bienestar y el de sus hijos, de acuerdo con los artículo 24 (f) y 27 (2,3) de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN).El artículo 24 (f) de la CDN señala: “1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. (...) 2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: (...) (f) Desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia.” El artículo 27 (2,3) de la CDN señala: “2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño. || 3. Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.”

177 En la sentencia C-098 de 1996 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) la Corte se pronunció acerca de los ámbitos de autonomía de las personas, a propósito de la sexualidad y el matrimonio, especialmente. Dijo la Corte: “La protección constitucional de la persona en su

plenitud, bajo la forma del derecho a la personalidad y a su libre desarrollo (C.P., arts. 14 y 16), comprende en su núcleo esencial el proceso de autónoma asunción y decisión sobre la propia sexualidad. Carecería de sentido que la autodeterminación sexual quedara por fuera de los linderos de los derechos al reconocimiento de la personalidad y a su libre desarrollo, si la identidad y la conducta sexuales, ocupan en el desarrollo del ser y en el despliegue de su libertad y autonomía, un lugar tan destacado y decisivo. Admitir que el Estado pueda interferir y dirigir el proceso humano libre de adquisición e interiorización de una determinada identidad sexual, conduciría a aceptar como válido el extrañamiento y la negación de las personas respecto de ellas mismas por razones asociadas a una política estatal contingente. El ser no puede sacrificarse por una razón de Estado, en un campo que no incumbe a éste y que no causa daño a terceros. La protección de las autoridades a todas las personas y residentes en Colombia (C.P., art. 2) tiene forzosamente que concretarse, en esta materia, en el respeto a la libre opción sexual.”

178 En cuanto al libre desarrollo de la personalidad de los menores en el ámbito afectivo y sexual, en el contexto educativo, la Corte se pronunció en la sentencia T-225 de 1997 (M.P. Antonio Barrera Carbonell) en el siguiente sentido: “El aparte (...) del Reglamento de Convivencia del Colegio demandado merece un serio reparo, en virtud de que al sancionar ‘cualquier manifestación amorosa’, como lo señala dicha regulación, desconoce irrazonablemente el derecho a la intimidad de los estudiantes y afecta, igualmente, los derechos a la libertad y al libre desarrollo de su personalidad. En efecto, no toda forma de relación o manifestación amorosa puede ser censurable, de manera que al consagrarse como una prohibición absoluta, tal como se ha señalado, se niega toda viabilidad a las relaciones sentimentales, aún de aquéllas que se puedan calificar de discretas y que no tienen la virtud de afectar el rendimiento académico ni la disciplina adecuada para asegurar el cumplimiento de las diferentes actividades docentes y las complementarias a éstas que inciden en una buena formación y educación en los aspectos físico, síquico y cultural. Es decir, las relaciones amorosas entre estudiantes de por sí no pueden ser censurables desde el punto de vista disciplinario, sino en cuanto a que las manifestaciones externas de éstas puedan afectar de algún modo el rendimiento académico o la disciplina que se requiere para el cumplimiento de las actividades docentes. Prohibir dichas relaciones de modo absoluto, sería tanto como autorizar que los establecimientos educativos penetren indebidamente en un ámbito de los derechos fundamentales de los educandos que afectaría su núcleo esencial y obviamente en aspectos que conciernen con su condición de seres humanos, por naturaleza sociables y

necesitados de relaciones afectivas.” En el caso, una estudiante de décimo grado había presentado acción de tutela contra su colegio por considerar que la decisión de expulsarla en razón a tener una relación afectiva con un compañero de clase desconocía su derecho al libre desarrollo de la personalidad. Se confirmó la decisión de instancia de no conceder la tutela, pues el colegio había tomado su decisión con base en otras razones.

179 De este ámbito de relaciones sexuales, por supuesto, se excluyen aquellas que se encuentran contempladas por el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años (artículo 208, Código Penal). Dice la norma: “El que acceda carnalmente a persona menor de catorce (14) años, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años.”

180 Apartado 5 de las consideraciones de la presente sentencia.

181 Apartado 6 de las consideraciones de la presente sentencia.

182 Dijo la Corte en la sentencia C-112 de 2000 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) “(...) es doctrina reiterada de esta Corte que el juez constitucional no está atrapada en la disyuntiva de mantener en forma permanente una norma en el ordenamiento (declaración de constitucionalidad) o retirarla en su integridad (sentencia de inexecutable), puesto que la Carta simplemente ha establecido que a la Corte compete “decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes” (CP 241 ord 4º). Por consiguiente, al decidir sobre estas demandas, la Corte debe adoptar la modalidad de sentencia que mejor le permita asegurar la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución.”

183 En la sentencia C-112 de 2000 se dijo: “(...) de un lado, puede recurrir a una inconstitucionalidad diferida, o constitucionalidad temporal, a fin de establecer un plazo prudencial para que el Legislador corrija la inconstitucionalidad que ha sido constatada, tal y como esta Corte lo ha aceptado en anteriores oportunidades (...)” Al respecto, ver entre otras sentencias las siguientes: C-221 de 1997 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), C-700 de 1999 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo) En este último caso los magistrados Alfredo Beltrán Sierra y José Gregorio Hernández Galindo aclararon su voto, por considerar que no se puede diferir la declaratoria de inconstitucionalidad de una disposición.

184 “De otro lado, puede también la Corte llenar, ella misma, el vacío legal que produce la

declaración de inexecutable de la disposición acusada, por medio de una modalidad de sentencia integradora, pues el vacío de regulación, es llenado por medio de un nuevo mandato que la sentencia integra al sistema jurídico, proyectando directamente los mandatos constitucionales en el ordenamiento legal. Esta Corporación ha recurrido en el pasado a ese tipo de decisiones (...)” Corte Constitucional, sentencia C-112 de 2000 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

185 En este caso la Corte Constitucional decidió dictar una sentencia integradora, decisión que fundó en los siguientes términos: “(...) en este caso procede una sentencia integradora, por cuanto la Corte ha concluido que la ley puede válidamente establecer que es competente el juez del lugar de residencia de los contrayentes, pero que es inconstitucional preferir el domicilio de la mujer. Por ende, esta Corporación debe declarar la executable del mandato relativo al domicilio de los contrayentes, pero la inconstitucionalidad de la referencia exclusiva al lugar de residencia de la mujer. En tal contexto, el vacío normativo resultante sólo puede ser llenado de una forma, y es la siguiente: en virtud del principio de igualdad entre los sexos (C.P. artículos 13 y 43), debe entenderse que el funcionario competente para celebrar el matrimonio es el juez municipal o promiscuo de la vecindad de cualquiera de los contrayentes a prevención. Tal será entonces la decisión de esta Corte.” Una de las decisiones adoptadas, por ejemplo, fue “declarar inexecutable la expresión ‘del varón’ del artículo 131 del Código Civil, en el entendido de que se trata del juez de la vecindad del otro contrayente.”

186 Ver sentencia C-109 de 1995 y C221 de 1997, fundamento 22. Y en derecho comparado, ver Thierry DI MANNO. *Le juge constitutionnel et la technique des décisions “interpretatives” en France et en Italie*. Paris: Economica, 1997

187 Código Civil, artículo. 140.- El matrimonio es nulo y sin efecto en los casos siguientes:

1. Cuando ha habido error acerca de las personas de ambos contrayentes o de la de uno de ellos.
2. Cuando se ha contraído entre un varón menor de catorce años, y una mujer menor de doce, o cuando cualquiera de los dos sea respectivamente menor de aquella edad.
3. Cuando para celebrarlo haya faltado el consentimiento de alguno de los contrayentes o de ambos. La ley presume falta de consentimiento en (los furiosos locos, mientras permanecieren en la locura, y en los mentecatos a) quienes se haya impuesto interdicción judicial para el manejo de sus bienes. Pero los sordomudos, si pueden expresar con claridad

su consentimiento por signos manifiestos, contraerán válidamente matrimonio.

4. Derogado. Ley 57 de 1887, artículo 45. 5. Cuando se ha contraído por fuerza o miedo que sean suficientes para obligar a alguno a obrar sin libertad; bien sea que la fuerza se cause por el que quiere contraer matrimonio o por otra persona. La fuerza o miedo no será causa de nulidad del matrimonio, si después de disipada la fuerza, se ratifica el matrimonio con palabras expresas, o por la sola cohabitación de los consortes. 6. Cuando no ha habido libertad en el consentimiento de la mujer, por haber sido ésta robada violentamente, a menos que consienta en él, estando fuera del poder del raptor. 7. Cuando se ha celebrado entre la mujer adúltera y su cómplice, siempre que antes de efectuarse el matrimonio se hubiere declarado, en juicio, probado el adulterio. 8. Cuando uno de los contrayentes ha matado o hecho matar al cónyuge con quien estaba unido en un matrimonio anterior. 9. Cuando los contrayentes están en la misma línea de ascendientes y descendientes, o son hermanos. 10. Derogado. Ley 57 de 1887, artículo 45. 11. Cuando se ha contraído entre el padre adoptante y la hija adoptiva, o entre el hijo adoptivo y la madre adoptante, o la mujer que fue esposa del adoptante. 12. Cuando respecto del hombre o de la mujer, o de ambos estuviere subsistente el vínculo de un matrimonio anterior. 13 y 14. Derogados. Ley 57 de 1887, artículo 45.

188 (i) En la sentencia C-478 de 2003 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández) se resolvió declarar inexecutable las expresiones "... los furiosos locos, mientras permanecieren en la locura, y en los mentecatos a ..." contenida en el numeral 3° del artículo 140 del Código Civil. || (ii) En la sentencia C-533 de 2000 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa) la Corte resolvió declarar executable la expresión "La fuerza o miedo no será causa de nulidad del matrimonio, si después de disipada la fuerza, se ratifica el matrimonio con palabras expresas, o por la sola cohabitación de los consorte", contenida en el numeral 5° del artículo 140 del Código Civil, y el segundo inciso del artículo 145 del mismo Código, bajo el entendido de que la cohabitación a que se refieren sea en todo caso voluntaria y libre, y dejando a salvo el derecho de demostrar, en todo tiempo, que ella no tuvo por objeto convalidar el matrimonio. || (iii) En la sentencia C-007 de 2001 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett) se declaró executable el numeral 6° del artículo 140 del Código Civil, siempre y cuando el término "robada violentamente" se entienda como sean raptados y, en el entendido de que, en virtud del principio de igualdad de sexos, la causal de nulidad del matrimonio y la convalidación de la misma, puede invocarse por cualquiera de los contrayentes. || (iv) En la sentencia C-082 de 1999 (M.P. Carlos Gaviria Díaz) se resolvió declarar inexecutable el numeral 7° del artículo 140 del Código

Civil. (“7. Cuando se ha celebrado entre la mujer adúltera y su cómplice, siempre que antes de efectuarse el matrimonio se hubiere declarado, en juicio, probado el adulterio.”) || (v) En la sentencia C-482 de 2003 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra; SV, M. Jaime Araujo Rentería) la Corte resolvió declarar exequible, por los cargos analizados en la sentencia, la expresión, “... o la mujer que fue esposa del adoptante; ...”, contenida en el numeral 11 del artículo 140 del Código Civil, siempre y cuando se entienda que la causal de nulidad aquí prevista se extiende al matrimonio contraído entre la hija adoptiva y el hombre que fue esposo de la adoptante.” [El Magistrado Jaime Araujo Rentería salvo su voto por considerar que “(...) la prohibición de matrimonio entre el hijo adoptivo y la mujer que fue esposa del adoptante es inconstitucional si no ha existido convivencia y relaciones materno filiales durante el tiempo que la mujer fue esposa del adoptante.”]

189 En la sentencia T-440 de 1992 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz) la Corte consideró que “(...) la educación sexual representa un esfuerzo consciente de comunicación y transparencia entre las diferentes generaciones con miras a que los niños y adolescentes – sin limitar desde luego a estos grupos el diálogo social –, de acuerdo con sus condiciones emocionales y sus capacidades cognitivas, puedan asumir, enfrentar y superar feliz y enriquecedoramente cada etapa de su evolución personal, de modo que alcancen un pleno y armonioso desarrollo.” En este caso se consideró que impartir educación sexual en un colegio no desconoce los derechos de los menores, al contrario, los asegura.

190 Para la Corte la “(...) función de la educación sexual no es la de alinear al individuo como un cúmulo de creencias sobre la sexualidad, sino la de proveer elementos objetivos para contribuir a su reflexión y a una más clara, racional y natural asunción de su corporeidad y subjetividad. Se estimula de esta manera que las elecciones y actitudes que se adopten – en un campo que pertenece por definición a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad – sean conscientes y responsables.” Sentencia T-440 de 1992 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz)

192 Por ejemplo, en septiembre de 1893, el Tribunal Superior del Sur de Santander (Magistrado Manuel Esguerra) consideró que un juez de la República no desconocía la ley civil al reconocer a una mujer el derecho de ‘alimentos’ que le debía su esposo, pero sí al reconocer tal derecho en cabeza de los hijos, cuando la madre era quien reclamaba. El Tribunal consideró que, según la ley civil, el esposo debe a su esposa alimentos congruos, y pueden ser reclamados mediante juicio sumario; sin embargo “[r]elativamente á los

alimentos decretados á favor de los hijos menores del demandado, la sentencia es injurídica, porque la Castillo no ha tenido derecho de pedirlos, dado que no es la madre quien puede representarlos en los juicios contra el padre, sino un curador designado por el Juez, previa venía de este Magistrado, para entrar en el juicio (...)”. El Tribunal concedió el recurso de impugnación al esposo y revocó la decisión de primera instancia, en la que el Juez del Circuito de Barichara reconoció la “obligación en que estaba Afanador de suministrar alimentos á su esposa y á sus hijos desde la fecha de la demanda”. (Gaceta Judicial, Tomo 11, Número 540, p.157).

193 Olympe de Gouges (1745 - 1793) revolucionaria francesa que proclamó en 1791 los Derechos de la Mujer, teniendo como base la declaración de los Derechos del Hombre. Entre ellos contempló los siguientes: “Artículo 1º.— La mujer nace libre y permanece igual al hombre en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden estar fundadas en la utilidad común. || (...) || Artículo 4º.— La libertad y la justicia consisten en devolver todo lo que pertenece a los otros; así, el ejercicio de los derechos naturales de la mujer sólo tiene por límites la tiranía perpetua que el hombre le opone; estos límites deben ser corregidos por las leyes de la naturaleza y de la razón. || (...) || Artículo 6º.— La ley debe ser la expresión de la voluntad general; todas las Ciudadanas y Ciudadanos deben participar en su formación personalmente o por medio de sus representantes. Debe ser la misma para todos; todas las ciudadanas y todos los ciudadanos, por ser iguales a sus ojos, deben ser igualmente admisibles a todas las dignidades, puestos y empleos públicos, según sus capacidades y sin más distinción que la de sus virtudes y sus talentos.” Bajo la acusación de ser ‘realista’ y ‘reaccionaria’, Olympe de Gouges fue condenada a la guillotina en 1793.

194 La profesora Socorro Ramírez recuerda que María Rojas Tejada, “(...) quien había estudiado en el exterior y había ejercido la docencia en la Universidad de Georgetown, regresó a Colombia con el fin de promover la educación de la mujer, tarea poco fácil. Empezó en Yarumal (Antioquia) en donde fundó, en 1914, un Centro Cultural Femenino que fue muy mal visto. Se trasladó entonces a la pujante Medellín, pero fue expulsada de la Universidad y luego tuvo que dejar la ciudad por el cerco que le impuso el clero. No alcanzó a llegar a Manizales cuando columnistas de la prensa local pedían a la población no darle alojamiento ni trabajo pues su presencia era tomada como estímulo a la desmoralización social. Se fue luego a Pereira: fundó una escuela mixta y laica, tradujo artículos de feministas europeas y norteamericanas y publicó, entre 1916 y 1918, la revista Femeninas sobre los derechos de la

mujer.” (Ramírez, S. Las precursoras colombianas del feminismo. Fempress, 1991 [<http://www.rebelion.org/mujer/030626ramirez.htm>] Ramírez señala que existen 3 estudios pioneros en el rescate de la historia de las precursoras del feminismo: “Gladys Jimeno, Las Luchas de las Mujeres por sus derechos en el Siglo XX en Colombia, ponencia presentada a un seminario del Instituto Sindical María Cano, 1981; Luz Jaramillo, Anotaciones sobre la doble militancia: feminismo y organizaciones partidarias, en Magdalena León (ed.), La realidad colombiana. Debate sobre la mujer en América Latina y el Caribe, p.176- 189; Patricia Alvear, Elementos para una historia social y política de la mujer colombiana, trabajo para optar al título de socióloga, U.N., agosto de 1983.

195 Según la Constitución Política de 1991 la mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades y la mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación (artículo 43).

196 Por ejemplo, el Pacto de Derecho Civiles y Políticos (PDCP) [Artículo 3°.— Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto] y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) [Artículo 16.— Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, en condiciones de igualdad con el hombre: (a) el derecho para contraer matrimonio; (b) el derecho para elegir libremente el cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y con su pleno consentimiento (...) 2. No tendrán ningún efecto jurídico los esponsales o el matrimonio de niños y se adoptarán todas las medidas necesarias, de carácter legislativo inclusive, para fijar una edad mínima para el matrimonio y para hacer obligatoria su inscripción oficial.”].