

DISPOSICIONES NORMATIVAS Y NORMAS-Distinción

Como quiera que en el presente caso, desde el momento de la presentación del análisis, tanto del demandante como de la Corte Constitucional, se hace uso de la distinción que esta Corporación ha establecido entre disposiciones normativas y normas, es preciso introducir la reflexión con una concisa exposición de dicha distinción. En varias ocasiones la Corte ha explicado que las disposiciones normativas (enunciados normativos) como enunciados del lenguaje jurídico no agotan su significación en el mero lenguaje con el que son expresadas. Tienen en cambio, un contenido normativo (normas) adicional, que se refiere a lo que ella prescribe más allá de su redacción. Por ello las disposiciones y los contenidos son distintos, al punto que de una misma disposición se pueden derivar varios contenidos normativos diferentes, e igualmente varias normas, incluso distintas, pueden corresponder a un mismo enunciado normativo.

UNIDAD NORMATIVA-Integración

CAPACIDAD JURIDICA-Significado en sentido general/CAPACIDAD DE DERECHO O DE GOCE-Significado/CAPACIDAD DE HECHO O DE EJERCICIO-Significado

CAPACIDAD JURIDICA DEL MENOR-Aptitud de ser sujetos de derechos

Para la Corte resulta indispensable distinguir en la institución de la capacidad jurídica de los menores y las menores, dos dimensiones. La primera basada en la aptitud de ser sujeto de derechos. Esto es la titularidad de prerrogativas que en nuestro Estado social de derecho se adjudican en cabeza de menores de edad por el sólo hecho de serlo. En este sentido su capacidad es plena y deviene de su condición, sin requisito alguno que la limite. A su vez, esta capacidad de derecho se encuentra configurada constitucionalmente como protección especial, a partir del principio de interés superior del menor, en los artículos 44 y 45 de la Carta. También, las normas internacionales ratificadas por Colombia sobre Derechos Humanos, amplían el marco tanto de la capacidad de derecho, como de la especial protección de que son titulares.

CAPACIDAD JURIDICA DEL MENOR-Restricciones a la capacidad de ejercicio

La capacidad de derecho de la cual gozan los y las menores, que a su vez prescribe - tal como se explicó- la protección reforzada de los derechos de que son titulares, determina la restricción de su capacidad de ejercicio en aras de la necesidad de cuidar reforzadamente sus intereses. Por ello, para la Corte las instituciones de la incapacidad y la nulidad en la actividad jurídica de menores de edad, se presentan como instituciones protectoras de éstos.

MENOR DE EDAD-Protección mediante la declaratoria de incapacidad por razón de la edad y de nulidad de algunos de sus actos

Es claro que la declaratoria de incapacidad legal es la alarma que la legislación emite para manifestar una desigualdad en los presupuestos volitivos y reflexivos de ciertos sujetos que van a desarrollar actividades comerciales, o que por lo menos tienen la expectativa de

hacerlo. No obstante, la regulación jurídica de estas actividades va más allá. Por un lado, estipula modalidades de representación (tutelas y curatelas) que ejercen guardadores (tutores y curadores), en favor de los y las menores para hacer valer sus intereses. Luego, se trata de una seguridad patrimonial de su actividad negocial. Por ello, en tanto el interés de la legislación civil es la protección del patrimonio de los y las menores, les otorga también una cierta capacidad de ejercicio jurídica, precisamente cuando no se compromete su patrimonio o no se hace en forma grave, como por ejemplo lo contemplado en los artículos 529 y 2154 del C.C. Por otro lado, la previsión, de la posibilidad de nulidad de los actos jurídicos celebrados por menores constituye igualmente una institución protectora. Atendiendo a la misma lógica, es decir, procurar el provecho - pero también proteger los intereses patrimoniales de menores de edad del perjuicio -, la legislación civil mediante la posibilidad de declarar la nulidad de los actos jurídicos en que éstos participen, busca equilibrar situaciones que ocurrieron sobre la base de una manifiesta desigualdad.

MENOR DE EDAD-Protección jurídica igualitaria respecto del género

PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA CONSTITUCION POLITICA-Trato igual frente a la ley

PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA CONSTITUCION POLITICA-Igualdad de trato o igualdad en la ley

PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA CONSTITUCION POLITICA-Prohibición de discriminación

MENOR DE EDAD-Criterios constitucionales que deben enmarcar la protección normativa

La protección normativa que brinda el orden jurídico en materia civil y comercial a menores de edad, se debe enmarcar dentro de los criterios constitucionales anteriormente expuestos. Esto significa por un lado, que las autoridades deben dispensar un trato igual en la aplicación de las leyes (igualdad ante la ley) a menores y que a su turno, está en cabeza del legislador la obligación de brindar mediante las leyes una protección igualitaria (igualdad de trato o igualdad en la ley) a las niñas y a los niños, con la prohibición expresa de incluir diferencias en las mismas por razón del género (prohibición de discriminación). Por otro lado, se encuentra el deber constitucional de trato preferente de las autoridades y también del legislador a grupos discriminados y a sujetos de especial protección.

MUJER MENOR DE EDAD-Protección reforzada

IGUALDAD DE GENERO-Obligaciones del Estado

PROHIBICION DE DISCRIMINACION POR RAZON DE SEXO-Discriminaciones directas e indirectas

PROHIBICION DE DISCRIMINACIONES DIRECTAS-Concepto

PROHIBICION DE DISCRIMINACIONES INDIRECTAS-Concepto

TRABAJO NOCTURNO DE LA MUJER-Prohibición constituye una abierta discriminación que debe ser abolida

PROHIBICION DE DISCRIMINACION POR RAZON DE SEXO-Excepción

La prohibición expresa de discriminación por razón de sexo de la cláusula de igualdad contempla igualmente una excepción. Esta consiste en que el trato normativo diferenciado por razón de sexo que la Constitución prohíbe es aquel que es desfavorable. Pues, al tenor de los incisos 2º y 3º del mismo artículo 13 y del artículo 43 superior, dicha prohibición convive en nuestro sistema jurídico junto con el deber de proteger -dictando las medidas necesarias para ello - reforzada y especialmente a las mujeres. Lo que hace viable que a partir de la Constitución no sólo se permita sino que se obligue a un trato diferenciado por parte de la ley y las autoridades a las mujeres, para favorecerlas. De este criterio, surge de la posibilidad - y en ocasiones la obligación-, de implementar normas sobre la base de criterios discriminatorios con el fin de favorecer a grupos que son objeto de protección especial (acciones afirmativas). Por lo anterior, para la Corte ha sido claro que el trato diferenciado entre hombres y mujeres por parte del derecho y de las autoridades sólo es posible cuando dicho trato se configura como una medida a favor de éstas, y siempre que no tenga como trasfondo una supuesta protección que se sustente en la asunción de la mujer dentro de los roles tradicionales a los cuales se ha visto sometida históricamente. Esto es que no implique una discriminación indirecta.

DISCRIMINACION INVERSA-Alcance

ACCIONES POSITIVAS-Protección de las mujeres

MUJER TRABAJADORA EMBARAZADA-Protección constitucional especial

PROTECCION A LA MUJER-Conlleva la aceptación de tratos discriminatorios con un fin constitucional

La especial protección de la mujer, conlleva la aceptación de tratos discriminatorios con un fin constitucional. O que - para decirlo de otra manera -, la protección reforzada y especial de los derechos de las mujeres es un fin constitucional cuya satisfacción admite en ciertos casos el sacrificio de la cláusula general de igualdad, que además cuenta con la implementación de instrumentos y mecanismos internacionales para ello. La protección normativa de las mujeres es por tanto igualitaria respecto de la dispensada al hombre, y a la vez exclusiva cuando tiende a equiparar las situaciones entre los sexos. Ahora, tal como se advirtió, esto es enteramente aplicable a niños (hombres menores de edad) y niñas (mujeres menores de edad). La protección de ellos y ellas se inspira en el mismo principio de prohibición y permisión de distinción por razón de género, según lo que se busque con una y otra.

TEST DE IGUALDAD-Intensidad

IMPUBER-Distinción normativa según la cual los niños son impúberes hasta los catorce años y las niñas hasta los doce

Para el análisis del fin buscado por la distinción normativa según la cual los niños son impúberes hasta los 14 años y las niñas hasta los 12, la Corte comenzó por determinar las implicaciones jurídicas de dicha diferenciación. Estableció que la condición jurídica de la pubertad o impubertad en materia civil y comercial, se encontraba ligada a la capacidad

negocial y en general, a la libre disposición sobre los derechos patrimoniales de manera independiente. Por ello encontró razón en la interpretación del demandante y del Ministerio Público en el sentido de entender que las instituciones de incapacidad por impubertad y de nulidad de actos jurídicos celebrados en esta condición, son instituciones protectoras de menores de edad, dispuestas por la legislación civil. Frente a esto, en el primer nivel del análisis de ponderación, cuya intención pretendió determinar si el fin buscado por el trato normativo diferenciado contenido en la medida protectora del artículo 34 del C.C, era un fin constitucionalmente imperioso; la Sala encuentra que dicho artículo no sugiere fin concreto alguno. Más bien, vulnera la prohibición de asignar distinta protección jurídica según el género, pues la distinción no busca favorecer a las mujeres.

SENTENCIA INTERPRETATIVA-No aplicación

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA-Protección de los derechos patrimoniales de los menores de edad

IMPUBER-Razonabilidad de la posibilidad de prolongar hasta los catorce años el límite entre la impubertad y la pubertad de las niñas

INHIBICION DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-No formulación de cargos específicos

Referencia: expediente D-5460

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 34, 143, 428, 431, 432, 445, 526, 630, 784, 1018, 1027, 1061, 1062, 1196, 1502 al 1504, 1527, 1602, 1625, 1740, 1741, 1851, 1957, 2243, 2285, 2368, 2412, 2439, 2470 y 2515 (parciales) del Código Civil; contra los artículos 12, 103, 104, 899, 900, 1000 y 1137 (parciales) del Código de Comercio (Decreto 410 de 1971); contra el artículo 89 del Código del Menor (Decreto 2737 de 1989); contra los artículos 44, 45 y 195 del Código de Procedimiento Civil (Decreto 1400 de 1970)

Demandante: Jesús David Sanabria Ardila

Magistrado Ponente:

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de mayo de dos mil cinco (2005).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámite 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 Política, el ciudadano Jesús David Sanabria Ardila solicitó ante esta Corporación la declaratoria de

inexequibilidad para unos y exequibilidad condicionada para otros de los artículos 34, 143, 428, 431, 432, 445, 526, 630, 784, 1018, 1027, 1061, 1062, 1196, 1502 al 1504, 1527, 1602, 1625, 1740, 1741, 1851, 1957, 2243, 2285, 2368, 2412, 2439, 2470 y 2515 (parciales) del Código Civil; de los artículos 12, 103, 104, 899, 900, 1000 y 1137 (parciales) del Código de Comercio (Decreto 410 de 1971); del artículo 89 del Código del Menor (Decreto 2737 de 1989) y de los artículos 44, 45 y 195 del Código de Procedimiento Civil (Decreto 1400 de 1970).

II. DISPOSICIONES DEMANDADAS

A continuación se transcribe el texto de las disposiciones demandadas y se subrayan los apartes demandados.

Código Civil

(...)

ARTICULO 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) 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

(...)

ARTICULO 143. NULIDAD POR MATRIMONIO DE IMPÚBER. La nulidad a que se contrae el número 2o del mismo artículo 140, puede ser intentada por el padre o tutor del menor o menores; o por estos 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.

(...)

ARTICULO 428. DEFINICIÓN DE TUTELAS Y CURADURÍAS Las tutelas y las curadurías o curatelas son cargos impuestos a ciertas personas a favor de aquellos que no pueden dirigirse a sí mismos, o administrar competentemente sus negocios, y que no se hallen bajo potestad de padre o marido, que pueda darles la protección debida.

Las personas que ejercen estos cargos se llaman tutores o curadores, y generalmente guardadores.

(...)

ARTICULO 431. Están sujetos a tutela los impúberes.

(...)

ARTICULO 432. PERSONAS SUJETAS A CURADURIA. Están sujetos a curaduría general los menores adultos que no han obtenido habilitación de edad; los que por prodigalidad o demencia han sido puestos en entredicho de administrar sus bienes, y los sordomudos que no pueden darse a entender (por escrito).

(...)

ARTICULO 445. CURADORIA POR TESTAMENTO. Puede asimismo nombrar curador, por testamento, a los menores adultos que no han obtenido habilitación para administrar sus bienes; y a los adultos de cualquier edad que se hallen en estado de demencia, o son sordomudos, que no entienden ni se dan a entender por escrito.

(...)

ARTICULO 526. SOLICITUD Y DESIGNACION DE CURADOR. El menor adulto que careciere de curador debe pedirlo al juez o prefecto, designando la persona que lo sea.

Si no lo pidiere el menor, podrán hacerlo los parientes; pero la designación de la persona corresponderá siempre al menor, o al juez o prefecto en subsidio.

El juez o prefecto, oyendo al defensor de menores, aceptará la persona designada por el menor, si fuere idónea.

ARTICULO 630. SOLICITUD DE REMOCIÓN. La remoción podrá ser provocada por cualquiera de los consanguíneos del pupilo, y por su cónyuge, y aun por cualquiera persona del pueblo.

Podrá provocarla el pupilo mismo que haya llegado a la pubertad, recurriendo al respectivo defensor.

El juez o prefecto podrá también promoverla de oficio.

Serán siempre oídos los parientes y el ministerio público.

(...)

ARTICULO 784. INCAPACES POSEEDORES. Los que no pueden administrar libremente lo suyo, no necesitan de autorización alguna para adquirir la posesión de una cosa mueble, con tal que concurren en ello la voluntad y la aprehensión material o legal; pero no pueden ejercer los derechos de poseedores, sino con la autorización que compete.

(...)

ARTICULO 1018. CAPACIDAD Y DIGNIDAD SUCESORAL. Será capaz y digna de suceder toda persona a quien la ley no haya declarado incapaz o indigna.

(...)

ARTICULO 1027. INDIGNIDAD DEL INCAPAZ POR OMISION DE SOLICITUD DE GUARDADOR. Es indigno de suceder al impúber, demente o sordomudo, el ascendiente o descendiente que

siendo llamado a sucederle abintestato, no pidió que se le nombrara un tutor o curador, y permaneció en esta omisión un año entero; a menos que aparezca haberle sido imposible hacerlo por sí o por procurador.

Si fueren muchos los llamados a la sucesión, la diligencia de uno de ellos aprovechará a los demás.

Transcurrido el año recaerá la obligación antedicha en los llamados, en segundo grado, a la sucesión intestada.

La obligación no se extiende a los menores, ni en general a los que viven bajo tutela o curaduría. Esta causa de indignidad desaparece desde que el impúber llega a la pubertad, o el demente o sordomudo toman la administración de sus bienes.

(...)

ARTICULO 1061. INHABILIDADES TESTAMENTARIAS. No son hábiles para testar:

1o.) El impúber.

2o.) El que se hallare bajo interdicción por causa de demencia.

3o.) El que actualmente no estuviere en su sano juicio por ebriedad u otra causa.

4o.) Todo el que de palabra o por escrito no pudiere expresar su voluntad claramente.

Las personas no comprendidas en esta enumeración son hábiles para testar.

ARTICULO 1062. NULIDAD Y VALIDEZ TESTAMENTARIA. El testamento otorgado durante la existencia de cualquiera de las causas de inhabilidad expresadas en el artículo precedente es nulo, aunque posteriormente deje de existir la causa.

Y por el contrario, el testamento válido no deja de serlo por el hecho de sobrevenir después alguna de estas causas de inhabilidad.

(...)

ARTICULO 1196. DONACIONES REVOCABLES NULAS. Son nulas las donaciones revocables de personas que no pueden testar o donar entre vivos.

Son nulas, así mismo, las entre personas que no pueden recibir asignaciones testamentarias o donaciones entre vivos una de otra.

Sin embargo, las donaciones entre cónyuges valen como donaciones revocables.

(...)

ARTICULO 1502. REQUISITOS PARA OBLIGARSE. Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario:

1o.) que sea legalmente capaz.

2o.) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio.

3o.) que recaiga sobre un objeto lícito.

4o.) que tenga una causa lícita.

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra.

(...)

ARTICULO 1503. PRESUNCION DE CAPACIDAD. Toda persona es legalmente capaz, excepto aquéllas que la ley declara incapaces.

(...)

ARTICULO 1504. INCAPACIDAD ABSOLUTA Y RELATIVA. Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y sordomudos, que no pueden darse a entender (por escrito).

Sus actos no producen ni aún obligaciones naturales, y no admiten caución.

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.

(...)

ARTICULO 1527. DEFINICION DE OBLIGACIONES CIVILES Y NATURALES. Las obligaciones son civiles o meramente naturales.

Civiles son aquellas que dan derecho para exigir su cumplimiento.

Naturales las que no confieren derecho para exigir su cumplimiento, pero que cumplidas autorizan para retener lo que se ha dado o pagado, en razón de ellas.

Tales son:

1a.) Las contraídas por personas que, teniendo suficiente juicio y discernimiento, son, sin embargo, incapaces de obligarse según las leyes, como la mujer casada en los casos en que le es necesaria la autorización del marido, y los menores adultos no habilitados de edad.

2a.) Las obligaciones civiles extinguidas por la prescripción.

3a.) Las que proceden de actos a que faltan las solemnidades que la ley exige para que produzca efectos civiles; como la de pagar un legado, impuesto por testamento, que no se ha otorgado en la forma debida.

4a.) Las que no han sido reconocidas en juicio, por falta de prueba.

Para que no pueda pedirse la restitución en virtud de estas cuatro clases de obligaciones, es

necesario que el pago se haya hecho voluntariamente por el que tenía la libre administración de sus bienes.

(...)

ARTICULO 1602. LOS CONTRATOS SON LEY PARA LAS PARTES. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

(...)

ARTICULO 1625. MODOS DE EXTINCION. Toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula.

Las obligaciones se extinguen además en todo o en parte:

- 1o.) Por la solución o pago efectivo.
- 2o.) Por la novación.
- 3o.) Por la transacción.
- 4o.) Por la remisión.
- 5o.) Por la compensación.
- 6o.) Por la confusión.
- 7o.) Por la pérdida de la cosa que se debe.
- 8o.) Por la declaración de nulidad o por la rescisión.
- 9o.) Por el evento de la condición resolutoria.
- 10.) Por la prescripción.

De la transacción y la prescripción se tratará al fin de este libro; de la condición resolutoria se ha tratado en el título De las obligaciones condicionales.

(...)

ARTICULO 1740. CONCEPTO Y CLASES DE NULIDAD. Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes.

La nulidad puede ser absoluta o relativa.

(...)

ARTICULO 1741. NULIDAD ABSOLUTA Y RELATIVA. La nulidad producida por un objeto o causa

ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.

Hay así mismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces.

Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato.

(...)

ARTICULO 1851. CAPACIDAD. Son hábiles para el contrato de ventas todas las personas que la ley no declara inhábiles para celebrarlo o para celebrar todo contrato.

(...)

ARTICULO 1957. OBJETO Y CAPACIDAD. No puede cambiarse las cosas que no pueden venderse. Ni son hábiles para el contrato de permutación las personas que no son hábiles para el contrato de venta.

(...)

ARTICULO 2243. CAPACIDAD CONTRATAR DEPÓSITO. Este contrato no puede tener pleno efecto sino entre personas capaces de contratar.

Si no lo fuere el depositante, el depositario contraerá, sin embargo, todas las obligaciones de tal.

Y si no lo fuere el depositario, el depositante tendrá sólo acción para reclamar la cosa depositada, mientras está en poder del depositario, y a falta de esta circunstancia, tendrá sólo acción personal contra el depositario hasta concurrencia de aquello en que por el depósito se hubiere hecho más rico, quedándole a salvo el derecho que tuviere contra terceros poseedores, y sin perjuicio de las penas que las leyes impongan al depositario en caso de dolo.

ARTICULO 2285. PAGO POR PERSONAS INCAPACES. Lo pagado por personas que no tienen la libre administración de sus bienes, podrá repetirse, en todos casos, por los respectivos padres de familia, maridos, tutores o curadores.

(...)

ARTICULO 2368. FIADORES INCAPACES. No pueden ser fiadores los incapaces de ejercer sus derechos.

(...)

ARTICULO 2412. CAPACIDAD PARA EMPEÑAR. No se puede empeñar una cosa sino por persona que tenga facultad de enajenarla.

(...)

ARTICULO 2439. CAPACIDAD PARA HIPOTECAR. No podrá constituir hipoteca sobre sus bienes sino la persona que sea capaz de enajenarlos, y con los requisitos necesarios para su enajenación.

Pueden obligarse hipotecariamente los bienes propios para la seguridad de una obligación ajena; pero no habrá acción personal contra el dueño, si éste no se ha sometido expresamente a ella.

(...)

ARTICULO 2470. CAPACIDAD PARA TRANSIGIR. No puede transigir sino la persona capaz de disponer de los objetos comprendidos en la transacción.

(...)

ARTICULO 2515. CAPACIDAD PARA RENUNCIAR. No puede renunciar la prescripción sino el que puede enajenar.

(...)

Código de Comercio

DECRETO 410 DE 1971

(Marzo 27)

Diario Oficial No. 33.339, del 16 de junio de 1971

Por el cual se expide el Código de Comercio

El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de

Las facultades extraordinarias que le confiere el

Numeral 15 del artículo 20 de la Ley 16 de 1968,

Y cumplido el requisito allí establecido,

DECRETA:

(...)

ARTICULO 12. PERSONAS HABILITADAS E INHABILITADAS PARA EJERCER EL COMERCIO. Toda persona que según las leyes comunes tenga capacidad para contratar y obligarse, es hábil para ejercer el comercio; las que con arreglo a esas mismas leyes sean incapaces, son inhábiles para ejecutar actos comerciales.

El menor habilitado de edad puede ejercer libremente el comercio y enajenar o gravar, en desarrollo del mismo, toda clase de bienes.

Los menores no habilitados de edad que hayan cumplido 18 años y tengan peculio profesional, pueden ejercer el comercio y obligarse en desarrollo del mismo hasta concurrencia de dicho peculio.

Los menores adultos pueden, con autorización de sus representantes legales, ocuparse en actividades mercantiles en nombre o por cuenta de otras personas y bajo la dirección y responsabilidad de éstas.

(...)

ARTICULO 103. SOCIOS INCAPACES. Los incapaces no podrán ser socios de sociedades colectivas ni gestores de sociedades en comandita.

En los demás casos, podrán ser socios, siempre que actúen por conducto de sus representantes o con su autorización, según el caso. Para el aporte de derechos reales sobre inmuebles, bastará el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 111.

ARTICULO 104. VICIOS EN EL CONTRATO DE SOCIEDAD-NULIDADES. Los vicios del contrato de sociedad o el defecto de los requisitos de fondo indicados en el artículo 101 afectarán únicamente la relación contractual u obligación del asociado en quien concurren.

La incapacidad relativa y los vicios del consentimiento sólo producirán nulidad relativa del contrato; la incapacidad absoluta y la ilicitud del objeto o de la causa producirán nulidad absoluta.

Habrá objeto ilícito cuando las prestaciones a que se obliguen los asociados o la empresa, o la actividad social, sean contrarias a la ley o al orden público. Habrá causa ilícita cuando los móviles que induzcan a la celebración del contrato contraríen la ley o el orden público y sean comunes o conocidos por todos los socios.

(...)

ARTICULO 899. NULIDAD ABSOLUTA. Será nulo absolutamente el negocio jurídico en los siguientes casos:

- 1) Cuando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa;
- 2) Cuando tenga {causa u objeto ilícitos}, y
- 3) Cuando se haya celebrado por persona absolutamente incapaz.

ARTICULO 900. ANULABILIDAD. Será anulable el negocio jurídico celebrado por persona relativamente incapaz y el que haya sido consentido por error, fuerza o dolo, conforme al Código Civil.

Esta acción sólo podrá ejercitarse por la persona en cuyo favor se haya establecido o por sus herederos, y prescribirá en el término de dos años, contados a partir de la fecha del negocio jurídico respectivo. Cuando la nulidad provenga de una incapacidad legal, se contará el bienio desde el día en que ésta haya cesado

(...)

ARTICULO 1000. OBLIGACIONES DEL PASAJERO. El pasajero estará obligado a pagar el pasaje y a observar las condiciones de seguridad impuestas por el transportador y por los reglamentos oficiales y a cumplir los reglamentos de la empresa, estos últimos siempre y cuando estén exhibidos en lugares donde sean fácilmente conocidos por el usuario o se inserten en el boleto o billete.

El contrato celebrado para sí por persona relativamente incapaz no será anulable.

(...)

ARTICULO 1137. INTERES ASEGURABLE. Toda persona tiene interés asegurable:

- 1) En su propia vida;
- 2) En la de las personas a quienes legalmente pueda reclamar alimentos, y
- 3) En la de aquellas cuya muerte o incapacidad pueden aparejarle un perjuicio económico, aunque éste no sea susceptible de una evaluación cierta.

En los seguros individuales sobre la vida de un tercero, se requiere el consentimiento escrito del asegurado, con indicación del valor del seguro y del nombre del beneficiario. Los menores adultos darán su consentimiento personalmente y no por conducto de sus representantes legales.

En defecto del interés o del consentimiento requeridos al tenor de los incisos que anteceden, o en caso de suscripción sobre la vida de un incapaz absoluto, el contrato no producirá efecto alguno y el asegurador estará obligado a restituir las primas percibidas. Sólo podrá retener el importe de sus gastos, si ha actuado de buena fe.

Código del Menor

DECRETO 2737 DE 1989

(Noviembre 27)

Diario Oficial No. 39.080 de 27 de noviembre de 1989

Por el cual se expide el Código del Menor

EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA,

en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas

por la Ley 56 de 1888 y oída la Comisión Asesora a que ella se refiere,

DECRETA

(...)

ARTICULO 89. Podrá adoptar quien, siendo capaz, haya cumplido 25 años de edad, tenga al menos 15 años más que el adoptable y garantice idoneidad física, mental, moral y social suficiente para suministrar hogar adecuado y estable a un menor. Estas mismas calidades se exigirán a quienes adopten conjuntamente.

El adoptante casado y no separado de cuerpos sólo podrá adoptar con el consentimiento de su cónyuge, a menos que este último sea absolutamente incapaz para otorgarlo.

(...)

Código de Procedimiento Civil DECRETOS NUMEROS 1400 Y 2019 DE 1970

(agosto 6 y Octubre 26)

Por los cuales se expide el Código de Procedimiento Civil.

EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA,

En ejercicio de las facultades extraordinarias que le confirió la

Ley 4a. de 1969 y consultada la comisión asesora que ella estableció,

DECRETA:

(...)

ARTÍCULO 44. CAPACIDAD PARA SER PARTE Y PARA COMPARECER AL PROCESO. Toda persona natural o jurídica puede ser parte en un proceso.

Tienen capacidad para comparecer por sí al proceso, las personas que pueden disponer de sus derechos. Las demás deberán comparecer por intermedio de sus representantes, o debidamente autorizadas por éstos con sujeción a las normas sustanciales.

Las personas jurídicas comparecerán al proceso por medio de sus representantes, con arreglo a lo que disponga la constitución, la ley o los estatutos.

Cuando el demandado sea una persona jurídica que tenga varios representantes o mandatarios generales distintos de aquéllos, podrá citarse a cualquiera de ellos, aunque no esté facultado para obrar separadamente.

Cuando los padres que ejerzan la patria potestad estuvieren en desacuerdo sobre la representación judicial del menor, el juez le designará curador ad litem, a solicitud de cualquiera de ellos o de oficio.

ARTÍCULO 45. CURADOR AD LITEM DEL INCAPAZ. Para la designación del curador ad litem del incapaz, se procederá de la siguiente manera:

1. El relativamente incapaz que careciendo de representante legal o hallándose éste

impedido o ausente tenga necesidad de comparecer a un proceso, lo expondrá así al juez del conocimiento para que de plano le designe curador ad litem o confirme el designado por él, si fuere idóneo.

Cuando se trate de incapaz absoluto y ocurran las circunstancias contempladas en este numeral, el juez a petición del Ministerio Público, de uno de los parientes o de oficio, le designará un curador ad litem.

2. Cuando la demanda se dirija contra un absolutamente incapaz, que carezca de representante legal o éste se halle ausente, el juez nombrará un curador ad litem para que lo represente. Cuando se trate de relativamente incapaz el juez confirmará el designado por aquél, si fuere idóneo.

3. El juez nombrará curador ad litem al incapaz que pretenda demandar a su representante legal, o que sea demandado por éste, o confirmará el designado por el relativamente incapaz, si fuere idóneo. En el segundo caso, el juez dará aviso al incapaz de la admisión de la demanda como se dispone en el numeral anterior.

4. En los procesos de sucesión se designará curador ad litem o se confirmará el designado por el relativamente incapaz, si fuere idóneo, cuando el juez advierta que ha surgido conflicto de intereses entre aquél y su representante legal. En tal caso, el curador deberá ser persona distinta del apoderado constituido por el representante del incapaz.

Para la provisión de curador ad litem en los casos contemplados en este artículo, se requiere al menos prueba sumaria de los hechos correspondientes.

El curador deberá acudir al despacho judicial que lo designó, a fin de recibir la notificación personal de la providencia respectiva, dentro de los diez días siguientes a la fecha del envío del telegrama que le comunique el nombramiento; de lo contrario, será reemplazado.

(...)

ARTÍCULO 195. REQUISITOS DE LA CONFESION. La confesión requiere:

1. Que el confesante tenga capacidad para hacerla y poder dispositivo sobre el derecho que resulte de lo confesado.

2. Que verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria.

3. Que recaiga sobre hechos respecto de los cuales la ley no exija otro medio de prueba.

4. Que sea expresa, consciente y libre.

5. Que verse sobre los hechos personales del confesante o de que tenga conocimiento.

6. Que se encuentre debidamente probada, si fuere extrajudicial o judicial trasladada.

(...)

III. LA DEMANDA

El demandante solicita la declaratoria de inexecutable de la expresión “doce” del artículo 34 del Código Civil Colombiano. Según su parecer, el artículo establece una diferencia injustificada por razón de sexo entre niños y niñas, que tiene como resultado el establecimiento de un límite de edad distinto entre ellos y ellas para considerarlos y considerarlas incapaces absolutos respecto del goce de ciertos derechos y la suficiencia para obligarse o disponer de sus bienes. El demandante considera que resulta inconstitucional la definición de púber e impúber que se hace en el artículo 34 mencionado y su consecuente utilización en el artículo 1504 del Código Civil, para integrar la norma que define quienes son incapaces absolutos y quienes incapaces relativos, así como la estipulación del artículo 1741 del Código Civil que determina la nulidad absoluta de todos los actos y contratos celebrados por personas absolutamente incapaces.

Dicha diferencia produce que los niños sean incapaces absolutos hasta una edad diferente a la de las niñas, por lo que los actos y contratos celebrados por unos y otras resultan viciados de nulidad absoluta en atención no sólo a la edad sino también al género. Para esto, no encuentra el demandante justificación racional alguna y lo presenta como contrario a la Constitución por las razones que se exponen a continuación.

Según el actor, las diferencias por razón de sexo en general deben ser siempre susceptibles de ser examinadas con detenimiento a la luz de la Constitución. Por ello, considera que las instituciones de la incapacidad absoluta y la incapacidad relativa y su subsiguiente efecto en la validez de los actos jurídicos, tratándose de los impúberes y los púberes o menores adultos; deben ser entendidas como formas de protección a los niños y niñas, concordantes con el artículo 44 de la Constitución. Así, explica que no aparece justificado que de esta forma de protección se vean beneficiados los niños hasta los 14 años y las niñas solamente hasta los 12. Esta diferenciación - continúa -, pudo obedecer al momento histórico en que fue promulgado el Código Civil y su artículo 34 en comento (1873), cuando resultaba comprensible que las diferencias en el ritmo de desarrollo físico y mental entre los niños y las niñas determinaran un tratamiento jurídico diferenciado en muchos aspectos. Sin embargo, según su parecer, lo anterior no resulta aceptable hoy en día, ni a la luz del artículo 13 de la Carta ni en atención a una reflexión racional sobre lo que fundamenta las mencionadas incapacidades entendidas como medidas de protección. Para el actor, lo que subyace a las instituciones de la incapacidad absoluta y relativa es la necesidad de amparar la carente o insuficiente capacidad reflexiva y volitiva de los niños y niñas para obligarse en negocios jurídicos y comprometer su voluntad, sus bienes o sus derechos. Por ello, las diferencias fisiológicas resultan irrelevantes al momento de pretender protegerlos en su condición de inexpertos para medir las consecuencias jurídicas de ciertos actos.

En este orden de ideas, el actor no sólo demanda la expresión “doce” del artículo 34 en comento, sino también otras disposiciones que establecen consecuencias jurídicas concretas en ciertos actos y actuaciones jurídicas igualmente concretas, en los que la diferencia establecida en el mencionado artículo 34 del C.C y su utilización para determinar el alcance de la capacidad (arts. 1504 y 1741 del C.C), producen que la incapacidad absoluta entendida como medida de protección se extienda dos años más para el género masculino. En palabras del demandante, se protege a los niños dos años más que a las niñas, o no se protege a

éstas durante dos años sin justificación para ello.

Dentro de las demás disposiciones acusadas, se encuentran por ejemplo la que determina que entre los inhábiles para testar están los impúberes (Art 1061 C.C), caso en el cual al varón se le descarga de las consecuencias jurídicas que esto implica hasta los 14 años, mientras que a las niñas sólo hasta los 12 años. También el artículo 1602 del C.C, que "...establece que los contratos celebrados legalmente sólo pueden ser invalidados por mutuo consentimiento y por causas legales. Dentro de tales causas legales se encuentra la capacidad para obligarse..."; lo que resulta igualmente inconstitucional, según el actor, por cuanto la idea de establecer la posibilidad de invalidar contratos cuando éstos sean celebrados por incapaces totales, dentro de los cuales se encuentran los impúberes, es protegerlos de un perjuicio en sus derechos, por la falta de experiencia y responsabilidad frente a las consecuencias de las obligaciones jurídicas.

Por otro lado, el demandante hace referencia a una serie de normas vigentes en nuestro ordenamiento jurídico, que establecen unas consecuencias jurídicas para niños menores de 14 años y otras para cuando son mayores de esa edad y hasta los 18, sin distinción por razón de sexo. Por ejemplo "[l]os artículos 208 y 209 de la Ley 599 de 2000 (Código Penal) establecen la protección del pudor y la integridad sexual a todos los menores de 14 años. (...) El artículo 30 del Código Sustantivo del Trabajo prohíbe el trabajo de los menores de 14 años. Sin embargo permite trabajar a los mayores de 12 con permiso de las autoridades respectivas", independiente de que sea niño o niña.

Así mismo, el actor hace énfasis en que frente a la discriminación que plantea, se hace necesario tener en cuenta que la mujer es sujeto de protección especial en nuestra Constitución. De lo que se deriva que los artículos demandados no pueden ser interpretados como un privilegio para los varones el cual debe ser eliminado, para igualar por lo bajo (en los términos empleados por el demandante), sino, por el contrario, como una desatención a los principios constitucionales que protegen a la mujer especialmente, para extender la protección de las niñas dos años más.

IV. intervenciones

1.- Intervención del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar solicita la declaratoria de exequibilidad del artículo 34 de Código Civil y de las demás normas demandadas. Lo anterior porque considera que en atención tanto al criterio jurisprudencial revelado en la sentencia C-507 de 2004, según el cual "...la Constitución no establece expresamente ningún mandato específico en materia de edad", como a las normas que establecen regulaciones en cuanto a los efectos legales de las actuaciones de los menores, por ejemplo en materia laboral, y a la declaratoria de inexecutable de la expresión "doce" (C-507 ibídem) del numeral 2º del artículo 140 del Código Civil; se debe entender entonces que "...en cuanto a la edad no hay diferenciación de sexo para el ejercicio de ningún derecho, en nuestro ordenamiento jurídico".

Por consiguiente, el interviniente considera que en aplicación estricta del test de igualdad y del juicio de proporcionalidad, el cargo contra la diferencia contenida en el artículo 34 mencionado, no debe prosperar pues no se establece ningún requisito discriminatorio para la

mujer.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

El Procurador General de la Nación, en concepto No. 3724 recibido en Secretaria de esta Corporación el 11 de enero de 2005, solicita a la Corte Constitucional la declaratoria de inconstitucionalidad de la diferencia de edades establecida en el artículo 34 del Código Civil. Junto a ello, solicita que las otras normas demandadas sean declaradas exequibles bajo el entendido que la diferencia prescrita en dicho artículo del Código Civil es inconstitucional. Adicionalmente, propone que el efecto de esta inexecutable se difiera en el tiempo hasta la próxima legislatura, con el fin que el Congreso de la República pueda fijar el límite de edad entre la infancia y la pubertad en condiciones de igualdad para niños y niñas.

Para la Vista Fiscal resulta claro que siendo la capacidad jurídica de las personas la “aptitud” para ser sujeto de derechos y para ejercer plenamente la facultad de tales mediante la celebración de negocios jurídicos, la consideración que subyace a ello es la de poseer o no, y en qué grado, “...una voluntad reflexiva por el hecho de alcanzar cierta edad (mayoría), estabilidad y madurez emocional”. En atención a esto, la legislación civil establece edades en las que no se tiene capacidad para actuar jurídicamente en virtud de la ausencia de dicha capacidad reflexiva. Frente a lo que las diferencias fisiológicas por razones de sexo no tienen ningún peso. Así mismo, esta ausencia de capacidad reflexiva es tomada por el Derecho como una situación desventajosa por lo que, “...[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 inhabilita para celebrar actos jurídicos”.

Con base en lo anterior el Ministerio Público encuentra que en el presente estudio, “...adicional a la edad como factor para establecer la capacidad, el legislador tuvo en cuenta el sexo, valga decir, encontró una variable adicional para definirla”, razón por la cual se está en presencia de un criterio sospechoso de diferenciación y prima facie inconstitucional. En apoyo de esto último cita un aparte de la sentencia C-507 de 2004, en la que esta Corporación dijo: “[c]uando 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 a favor de la mujer”. Ahora bien, frente a esto - según su parecer -, no se encuentran mas que razones traídas del momento histórico en el que el artículo 34 del Código Civil fue promulgado. Esto es, que resultó determinantemente inspirador en aquel entonces, que dentro de las diferencias entre hombres y mujeres se tomara en cuenta para efectos de la capacidad, que las mujeres “...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 respecto del hombre, diferencia que se ha mantenido a lo largo de la historia, hasta ahora que se controvierte su constitucionalidad”.

Por otro lado y sumado a lo anterior, el Procurador acoge la visión científica, emanada de los conceptos que emitieron distintas universidades sobre la existencia o inexistencia de razones psicológicas que justifique un trato diferente entre hombres y mujeres en relación con la edad a partir de la cual puede contraer matrimonio, dentro del proceso surtido en esta Corporación cuyo resultado fue la sentencia C-507 de 2004 (expediente D-4866). Al tenor de los mencionados conceptos se puede concluir que "...no existe un criterio razonable, sea éste psíquico o físico, que permita afirmar que tiene algún sustento reconocerle a la mujer, en razón a 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 conclusión, la Vista Fiscal no halla razones suficientes para justificar la diferenciación que establece el artículo 34 del Código Civil, por el contrario expone fundamentos que la presentan como opuesta a la Constitución y por ende las distintas consecuencias jurídicas derivadas de la incapacidad absoluta, surgida a su vez de la condición de impúber, las considera directamente afectadas por el artículo 34 mencionado. Entonces, no sólo solicita la declaratoria de inconstitucionalidad parcial de dicho artículo, sino que plantea que "...como no es del resorte de juez constitucional señalar la edad que para el efecto debe dejarse, que en caso concreto podría ser la de los 12 o los 14, dicha inexequibilidad debe ser diferida en el tiempo para que a más tardar en la próxima legislatura, el Congreso de la República establezca la edad en que legalmente a hombre y mujer se les considera impúberes. Y agrega: "[u]na oportunidad para el efecto, sería el proyecto de Código de Infancia que está cursando en la Comisión Primera de Senado de la República".

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia

1.- La Corte Constitucional es competente para conocer de la presente demanda en virtud del artículo 241 numeral 4 de la Carta.

Problema jurídico

2.- Se demanda la expresión "doce" contenida en el artículo 34 del Código Civil, la cual fundamenta la distinción entre los niños y las niñas respecto de su llegada a la pubertad. También se demandan disposiciones que utilizan dicha distinción para asignarle efectos jurídicos. Según esta distinción los niños son impúberes hasta los 14 años y las niñas lo son hasta los 12 años. El efecto jurídico de lo anterior es que los niños son incapaces absolutos hasta los 14 años, mientras que las niñas son incapaces absolutas tan sólo hasta los 12 años.

A juicio del demandante, la calificación legal de incapacidad y la consecuente nulidad de ciertos actos realizados en dicha condición, configuran una forma de protección de los intereses de los impúberes y de menores de edad en general. Así, resulta inconstitucional para el actor, tanto que sea el género lo que determine ser beneficiario o no de dos (2) años más de protección, como la ausencia de objetivos razonables y constitucionales que

justifiquen este trato diferenciado.

A su turno el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, considera que a falta de estipulación explícita en la Constitución que determine la edad para adquirir la capacidad y como quiera que el artículo 34 demandado no establece requisito discriminatorio alguno en contra de las niñas, las normas deben ser declaradas exequibles.

Por su parte, el Procurador General de la Nación acoge los argumentos del demandante y complementa el análisis en el sentido de explicar que, por un lado, la idea que sostiene la institución de la incapacidad es la suficiencia reflexiva frente a las consecuencias jurídicas de ciertos actos, luego el género no resultaría un factor determinante para ello. Y por otro, que debido a que el margen de configuración del tema recae sobre el legislador, la Corte debe limitarse a declarar inconstitucional la expresión “doce” del artículo 34 en mención, en espera de que el Congreso regule las edades que dispongan la capacidad y la incapacidad de menores de edad.

3.- De conformidad con lo anterior, encuentra la Sala que la controversia jurídica planteada propone responder a la siguiente pregunta: ¿Se vulneran los principios de igualdad y de especial protección de los y las menores (arts 13, 43, 44 y 45 C.N) al establecerse en la legislación civil edades distintas por razón de género para adquirir capacidad jurídica? En atención a lo anterior y de configurarse dicha vulneración, corresponde a la Corte igualmente, en primer término, responder al cuestionamiento sobre el alcance del fallo respecto de un asunto que goza de amplio margen de configuración por parte del legislador. Y en segundo término, determinar de cuál(es) de las disposiciones demandadas se desprende la norma jurídica que se acusa y en ese sentido sobre cuál(es) de ellas recaerá el pronunciamiento de la Corte.

4.- Para lo anterior, la Sala comenzará por hacer referencia a la integración normativa que el actor ha pretendido hacer al demandar la disposición que contiene la definición de impúberes y púberes, junto con los artículos que identifican dicha definición para asignarle consecuencias jurídicas, así como también la integración del enunciado normativo, del cual se desprende la supuesta discriminación. Luego de esto, analizará la noción e implicaciones de la capacidad jurídica de los y las menores de edad, para después determinar el sentido de las consecuencias jurídicas de la declaración de incapacidad, como forma de protección de los intereses de éstos y éstas. Seguido a lo que se establecerá el alcance de dicha protección, tomando como punto de partida, tanto las diferencias de género como la prohibición de discriminación por razón de sexo contemplada en la Constitución y desarrollada ampliamente por esta Corte. Finalmente, determinará la norma jurídica objeto de la acusación y la someterá a escrutinio respecto de la prohibición de discriminación vigente en nuestro ordenamiento jurídico.

5.- Como quiera que en el presente caso, desde el momento de la presentación del análisis, tanto del demandante¹ como de la Corte Constitucional, se hace uso de la distinción que esta Corporación ha establecido entre disposiciones normativas y normas, es preciso introducir la reflexión con una concisa exposición de dicha distinción. En varias ocasiones la Corte ha explicado que las disposiciones normativas (enunciados normativos) como enunciados del lenguaje jurídico no agotan su significación en el mero lenguaje con el que

son expresadas. Tienen en cambio, un contenido normativo (normas) adicional, que se refiere a lo que ella prescribe más allá de su redacción. Por ello las disposiciones y los contenidos son distintos, al punto que de una misma disposición se pueden derivar varios contenidos normativos diferentes², e igualmente varias normas, incluso distintas, pueden corresponder a un mismo enunciado normativo.

6.- Así, la Corte encuentra que la norma jurídica consistente en determinar la capacidad e incapacidad de impúberes y púberes, es la que en estricto sentido es cuestionada en su constitucionalidad. A su vez, dicha norma no coincide completamente, ni con lo expresado en el artículo 34 del C.C, ni con los demás enunciados demandados. Esto es, que dicha norma tan solo se deriva de los enunciados conjuntamente considerados y no agota todo el contenido de los mismos. Tal y como se dijo en la sentencia C-507 de 2004: “[e]l 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”, y en sí mismo no establece ningún efecto jurídico. “[...]La simple lectura del texto del artículo 34 del Código Civil muestra que esta disposición legal no establece cuál es la capacidad de las personas, en especial, de las mujeres y de los hombres a los 12 y a los 14 años, respectivamente. (...)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...” y con las de nulidad de los actos jurídicos celebrados por incapaces; pero el efecto jurídico lo determinan aquellas disposiciones que le asignan consecuencias jurídicas concretas a la distinción del artículo 34 en comento. Como por ejemplo los artículos 1504 y 1741 del Código Civil, también demandados.

7.- De lo anterior se puede concluir que el artículo 34 del Código Civil no contiene un efecto jurídico independiente, pues solo establece una definición. Así mismo, el uso de esta definición en la legislación Civil lo establecen otras disposiciones distintas a dicho artículo. Luego los efectos jurídicos, y por ende la posibilidad real de ser acorde o contraria a la Constitución, solo se entienden integrando la definición con las distintas disposiciones que le confieren efectos. Por lo tanto, si bien el análisis de esta Corte estará centrado en la distinción normativa introducida en el artículo 34 del C.C, lo cierto es que, como dicha distinción sugiere un trato normativo concreto que constituye una norma jurídica derivada de varias disposiciones, luego dicho trato es lo que se configura como objeto de estudio por parte de esta Corporación.

8.- Por otro lado, el demandante propone a la Corte corregir la presunta discriminación normativa, por medio de la declaratoria de inexecutable de la expresión doce contenida en el artículo 34 del Código Civil. Además, el actor extiende dicha solicitud, a proponer a la Corte la reparación de la supuesta discriminación, equiparando la edad de las niñas a la de los niños, estableciendo la de éstas en 14 años. Por esto, resulta necesario, para efectos de contemplar esta posibilidad, estudiar la expresión completa que constituye la definición. Es decir aquella que se refiere a “impúber, el varón no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce”.

Esta Sala integrará entonces, la unidad normativa y dirigirá el análisis a determinar la existencia o inexistencia de una discriminación normativa, cuya manifestación no se da en la expresión doce del artículo 34 del C.C, sino en la expresión arriba transcrita, la cual establece la distinción impugnada.

Hecha la anterior aclaración, la Corte Constitucional analizará las instituciones de incapacidad y nulidad jurídicas (arts. 1502, 1501 y 1741 del C.C) de la legislación civil y comercial, en relación con las definiciones del artículo 34 del Código Civil.

Capacidad Jurídica de los menores y las menores de edad. Capacidad de derecho y capacidad de hecho.

9.- Tal como lo anota el Ministerio Público, esta Corte ha reconocido la capacidad jurídica de manera general, como aquella "...facultad que tiene la persona para adquirir derechos y contraer obligaciones"³. De igual manera, de lo dispuesto en el artículo 1502 del Código Civil (C.C), se desprende que dicha capacidad se refiere tanto a la aptitud de ser titular de derechos (capacidad de goce) como a la aptitud de disponer de ellos (capacidad de ejercicio)⁴. Así mismo, la referencia doctrinal ha establecido lo anterior en términos de capacidad de derecho (goc) y capacidad de hecho (ejercicio)⁵. Ahora bien, teniendo en cuenta que esta aptitud se deriva del estado particular de cada individuo, es decir de su condición personal frente a la sociedad, se entiende que la capacidad de derecho la tienen todas las personas en el sentido que gozan de la facultad de ser sujetos de derechos. Mientras que la capacidad de hecho tiene su fuente, precisamente en los derechos y deberes que la ley le permite ejercitar a ciertas personas en particulares condiciones. La especificación de la capacidad de una persona la define la legislación civil mediante la determinación de su estado civil. El artículo 1º del Decreto 1260 de 1970, dispone que:

"ART.1º- El estado civil de una persona es su situación jurídica en la familia y la sociedad, determina su capacidad para ejercer ciertos derechos y contraer ciertas obligaciones, es indivisible, indisponible e imprescriptible, y su asignación corresponde a la ley"

Por ello el artículo 1502 del C.C citado, el cual establece la regla general de la capacidad para obligarse (capacidad de hecho), no puede ser entendido sino bajo el supuesto consistente en que según el estado (condición personal), se deriva cierta capacidad de derecho, luego también, cierta capacidad de hecho.

10.- En lo anterior encuentra la Sala, que para el caso concreto el punto de partida consiste en que del estado civil de la minoría de edad se desprende una particular y única capacidad de derecho o de goce de derechos, para los y las menores en atención a la propia situación que ocupan dentro de la familia y la sociedad⁶. Así mismo, este estado civil de minoría de edad también regula específicamente la capacidad de ejercitar o disponer de los derechos de que son titulares ellos y ellas, o que tienen la expectativa de serlo, a nombre propio o mediante representación. En virtud de las dos observaciones anteriores, para la Corte resulta indispensable distinguir en la institución de la capacidad jurídica de los menores y las menores, dos dimensiones.

11.- La primera basada en la aptitud de ser sujeto de derechos. Esto es la titularidad de prerrogativas que en nuestro Estado social de derecho se adjudican en cabeza de menores de edad por el sólo hecho de serlo. En este sentido su capacidad es plena y deviene de su condición, sin requisito alguno que la limite. A su vez, esta capacidad de derecho se encuentra configurada constitucionalmente como protección especial, a partir del principio de interés superior del menor, en los artículos 44 y 45 de la Carta⁷. También, las normas internacionales ratificadas por Colombia sobre Derechos Humanos, amplían el marco tanto

de la capacidad de derecho, como de la especial protección de que son titulares. En la sentencia C-507 de 2004 la Corte hizo una importante sistematización de lo anterior:

“5.2.1. Normas internacionales sobre protección de menores. Siguiendo el espíritu de la Declaración de los Derechos del Niño (1959),⁸ el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (PDCP, 1966)⁹ 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)¹⁰ 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.¹¹ La Convención Americana de Derechos Humanos (CADH, 1969)¹² también coincide con lo dispuesto en el PDCP, indicando que los niños tienen derechos de protección específicos.¹³ Esta posición ha sido expuesta por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), intérprete autorizado de la Convención.¹⁴

La Convención sobre los derechos del niño (CDN; 1989)¹⁵ 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.¹⁶ Como lo ha señalado el Comité sobre los Derechos del Niño,¹⁷ el deber de asegurar el interés superior del niño que impone la Convención a todo Estado parte,¹⁸ 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. (...)

5.2.2. (...)

Los derechos y garantías reconocidas en convenios internacionales a los “niños” también son aplicables a los “adolescentes”.¹⁹ La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), en especial el artículo 5º, 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.(...)” (C-507 de 2004)²⁰.

De conformidad con esto, se puede concluir no sólo que la capacidad de derecho de los y las menores, en el sentido de ser titulares directos de derechos, es muy amplia; sino también que gozan de derechos que procuran para ellos y ellas una protección especial y reforzada.

12.- En segundo término, la Sala encuentra otra dimensión en la capacidad jurídica de los y las menores para disponer de ciertos derechos y obligaciones, con las limitaciones y permisiones que la ley les impone. En efecto, la Legislación Civil regula jurídicamente la capacidad de las personas en general, especialmente las naturales, como una institución básica para su desarrollo como sujetos de las relaciones jurídicas que surgen en la sociedad. De una parte, consagra la capacidad jurídica, de derecho o de goce (recogida implícitamente en el numeral 1 del Art. 1502 C.C.) tal como se expuso anteriormente y de la otra, también estatuye la nombrada capacidad de ejercicio, de obrar o negocial, como un requisito general

(también implícitamente recogido en el numeral 1 del Art. 1502 C.C.) para que toda persona pueda “quedar vinculada jurídicamente” u “obligarse por un acto jurídico”. Lo anterior bajo la condición, igualmente general, de que se posea la facultad reflexiva o racional necesaria para entender lo que jurídicamente conviene o perjudica en el campo económico.

De allí que, concordante con lo dicho, la misma legislación al paso que considera que todos los seres humanos poseen esa facultad reflexiva, que es lo que sustenta la presunción legal de capacidad de ejercicio (Art. 1503 C.C.), también prevea aquellos casos en que por carecer total o parcialmente de dicha cualidad no pueda darse el mismo tratamiento. Esto debido a que las consecuencias de contraer obligaciones y comprometer el patrimonio económico pueden ser de carácter perjudicial y restrictivo. Por ello es que a determinados sujetos se les considera incapaces, no para discriminarlos, sino por el contrario, para protegerlos en el sentido que deban acudir a un representante legal que sustituya parcial o complemente la facultad reflexiva o racional que, en el caso de los y las menores de edad, está en etapa de formación y afianzamiento (Arts. 1502, inc. 2º. y 1504 C.C.).

13.- Por lo anterior, la Sala concluye que la capacidad de derecho de la cual gozan los y las menores, que a su vez prescribe - tal como se explicó- la protección reforzada de los derechos de que son titulares, determina la restricción de su capacidad de ejercicio en aras de la necesidad de cuidar reforzadamente sus intereses. Por ello, para la Corte las instituciones de la incapacidad y la nulidad en la actividad jurídica de menores de edad, se presentan como instituciones protectoras de éstos.

Protección de los y las menores de edad mediante la declaratoria de incapacidad y de nulidad de algunos de sus actos.

14.- Tal como lo viene exponiendo la Sala y como lo presenta el demandante y el Ministerio Público, la incapacidad por razón de la edad (los infantes, impúberes y menores adultos) resulta ser una institución protectora del estado de minoridad. Esto es, si el tráfico jurídico de los intereses económicos obedece a la lógica de defender los propios, dicho tráfico no puede darse en condiciones desiguales. Y si además, la igualdad de condiciones para su ejercicio depende en gran medida de la suficiencia con la que se reflexione y se valoren las consecuencias jurídicas de participar en estas actividades, se hace necesario que las etapas propias del aprendizaje, formación e instrucción según la edad (entre otras variables), sean tenidas en cuenta por el legislador como criterio para diferenciar a los sujetos que pretenden negociar jurídicamente.

15.- Así, para esta Corporación es claro que la declaratoria de incapacidad legal es la alarma que la legislación emite para manifestar una desigualdad en los presupuestos volitivos y reflexivos de ciertos sujetos que van a desarrollar actividades comerciales, o que por lo menos tienen la expectativa de hacerlo. No obstante, la regulación jurídica de estas actividades va más allá. Por un lado, estipula modalidades de representación (tutelas y curatelas) que ejercen guardadores (tutores y curadores), en favor de los y las menores para hacer valer sus intereses. Luego, se trata de una seguridad patrimonial de su actividad negocial. Por ello, en tanto el interés de la legislación civil es la protección del patrimonio de los y las menores, les otorga también una cierta capacidad de ejercicio jurídica, precisamente cuando no se compromete su patrimonio o no se hace en forma grave, como por ejemplo lo

contemplado en los artículos 529 y 2154 del C.C21.

17.- Es éste entonces para la Corte el sentido de las instituciones de la incapacidad y la nulidad como medida de protección en favor de menores de edad en materia civil y comercial. La procura de la protección de ciertos sujetos que no cumplen con las condiciones mínimas (suficiente capacidad reflexiva y volitiva) para poder desarrollar actividades negociales. La incapacidad obra como la indicación racional de que los sujetos negociantes pueden estar eventualmente en posiciones desiguales respecto de las condiciones que a priori exigen algunas actividades que generan consecuencias jurídicas patrimoniales. Y la declaratoria de nulidad se presenta como el instrumento, que permite suprimir cualquier efecto jurídico de un acto en el que haya participado un incapaz, mediante la orden que las situaciones derivadas y sobrevinientes al acto se disuelvan hasta que la situación quede como era antes de la celebración u ocurrencia del dicho acto.

18.- En este orden de ideas, corresponde ahora a la Corte analizar si la procura de protección mencionada, por medio tanto de la declaratoria de incapacidad como de la de nulidad, que la legislación dispone para menores de edad y para algunos de sus actos respectivamente, admite además del criterio de la edad, un “criterio adicional” – en palabras del Procurador General –, basado en el sexo. O si, contrario a esto se trata de una protección que se extiende a cualquier género, masculino y femenino, por considerarse una protección igualitaria a los intereses jurídicos y patrimoniales que unos y otras deben recibir.

Protección jurídica igualitaria de menores de edad respecto del género²².

19.- La protección jurídica corresponde a un deber del Estado, a un derecho de los ciudadanos y en algunos casos a un beneficio o prerrogativa, que es igualmente un derecho, pero especial y reforzado. De este modo, el derecho especial y reforzado de protección jurídica de menores de edad, tal como lo define nuestro orden constitucional en los artículos 44 y 45 de la C.P, debe ser entendido como una prerrogativa o beneficio en su favor. Así, resultan estrechamente relacionados los criterios con base en los cuales se define la medida de la protección jurídica de ciertos intereses de ciertas personas, con los criterios que subyacen a la asignación de cargas y beneficios en la sociedad²³ (entendida pues, – se insiste- la mencionada protección como un beneficio o prerrogativa, en el caso de los y las menores de edad). Esto es, con los criterios que informan el análisis del principio y el derecho a la igualdad del artículo 13 de la Carta.

20.- La Corte ha determinado que la protección jurídica de los intereses de las personas atiende a dos criterios principales. Uno de ellos es el principio general de igualdad de la Constitución Nacional (art 13) según el cual en nuestro ordenamiento imperan, para su plena satisfacción, tres obligaciones claras²⁴: la primera la de trato igual frente a la ley²⁵, que para el caso concreto es el deber de aplicar por igual la protección general que brinda la ley (obligación para la autoridad que aplica la ley). La segunda, consistente en la igualdad de trato²⁶ o igualdad en la ley²⁷, que para el caso, es que la ley debe procurar una protección igualitaria (obligación para el legislador) y toda diferenciación que se haga en ella debe atender a fines razonables y constitucionales. Y la tercera es la prohibición constitucional de discriminación cuando el criterio diferenciador para adjudicar la protección sea sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica (art 13 C.P). En el

presente análisis esto significa que la protección jurídica que brinda el Estado debe ser prestada sin utilizar criterios diferenciadores como el sexo²⁸.

21.- El segundo criterio consiste en proteger en mayor medida los intereses de ciertas personas. Su fundamento se da en razón a la interpretación que esta Corporación ha dado a los incisos segundo y tercero del artículo 13 de la Carta²⁹, en el sentido de determinar que en ellos se establece, en primer lugar un deber especial del Estado de otorgar un trato preferente³⁰ a grupos discriminados o marginados³¹ y en segundo lugar un deber de protección especial a grupos determinados, en atención a específicos mandatos constitucionales que en conjunción con el mencionado artículo 13, así lo determinan. En lo que se refiere al presente análisis, habría que tener en cuenta que dentro de los mencionados grupos se ha incluido tanto a los menores como a las mujeres, por lo que existe entonces frente a ellos y ellas el deber de trato preferente, en ciertas circunstancias, por parte de la ley y de las autoridades.

22.- Para la Sala, de lo anterior se deriva que la protección normativa que brinda el orden jurídico en materia civil y comercial a menores de edad, se debe enmarcar dentro de los criterios constitucionales anteriormente expuestos. Esto significa por un lado, que las autoridades deben dispensar un trato igual en la aplicación de las leyes (igualdad ante la ley) a menores y que a su turno, está en cabeza del legislador la obligación de brindar mediante las leyes una protección igualitaria (igualdad de trato o igualdad en la ley) a las niñas y a los niños, con la prohibición expresa de incluir diferencias en las mismas por razón del género (prohibición de discriminación). Por otro lado, se encuentra el deber constitucional de trato preferente de las autoridades y también del legislador a grupos discriminados y a sujetos de especial protección.

Esto denota en el presente caso, que la cláusula general de igualdad del artículo 13 de la Constitución se articula con los artículos 43, 44 y 45 de la misma. Con lo que se constituye la coexistencia en nuestro orden constitucional de los dos principios que a juicio de esta Corte establecen el parámetro de estudio constitucional de las normas acusadas. Estos principios son: (i) la prohibición expresa de discriminación por razón de sexo y (ii) la determinación del grupo de las mujeres y del grupo de menores de edad como grupos de especial protección.

23.- Respecto del primer principio, se entiende por parte de este Tribunal Constitucional, que en atención al artículo 13 superior, la clasificación que hace el artículo 34 del Código Civil (C.C) para determinar la incapacidad negocial de los niños y las niñas, resulta una clasificación a partir de un criterio cuya utilización restringe la misma Constitución.

Así mismo, del segundo principio se concluye que el carácter protector de la legislación civil que declara la incapacidad negocial y la consecuente nulidad de los actos celebrados en esta condición, tal como se explica en el fundamento jurídico número 17 de esta sentencia, encuentra otra justificación de orden constitucional: la especial protección de que deben ser sujetos los y las menores de edad, de conformidad con los artículos 44 y 45 de la Carta.

Si embargo, de lo anterior surge otro interrogante referente a la mencionada protección especial o preferente a menores de edad. Este estriba en que siendo también la mujer objeto de una protección especial por parte de las autoridades y las normas, puede suceder que la clasificación del artículo 34 demandado halle razón de ser en dicha situación.

24.- Según esto, los elementos de análisis con base en los cuales la Corte continuará desarrollando el presente estudio de constitucionalidad, corresponden al siguiente argumento de partida: la incapacidad y la nulidad son medidas de protección a favor de menores de edad³², plenamente justificadas en razón a la especial protección que estos deben gozar³³. Esta medida de protección a su vez establece un trato diferenciado, consistente en que se benefician de ella los niños dos años más que las niñas. Ahora bien, en consideración a que esto significa que los preceptos demandados otorgan efectos jurídicos disímiles según el género, se debe examinar si el mencionado trato diferenciado es razonable y justificado. Además, porque se fundamenta en un criterio sospechoso³⁴, el género o sexo.

De esta manera, corresponde a la Corte estudiar si el trato diferenciado que disponen los artículos demandados corresponde a la obligación constitucional del legislador de distinguir entre los sexos para brindar mayor protección a la mujer, o incluso si obedece a algún otro criterio razonable y acorde al orden constitucional.

No obstante, previo a lo anterior la Sala hará una exposición del principio constitucional de prohibición de discriminación por razón de género o sexo y de su desarrollo jurisprudencial. Con el fin de presentar la posibilidad constitucional de trato normativo diferenciado, incluso basado en criterios sospechosos, como una excepción a la mencionada prohibición de discriminación.

Prohibición de discriminación por razón sexo. Discriminaciones directas y discriminaciones indirectas.

25.- El ámbito de la prohibición expresa de discriminación por razón de sexo contenida en la cláusula general de igualdad se materializa para la Corte en el presente caso, en primer término en que “[l]a igualdad de protección consagrada en la Constitución de 1991 asegura, efectivamente, gozar de los mismos derechos, libertades y oportunidades”³⁵. Y en segundo término, en que los criterios expresamente prohibidos (sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica) obran como límites constitucionales de la libertad de configuración del legislador, para establecer tratos diferenciados.

Así mismo, el ámbito de la especial y reforzada protección de la mujer contenido en los incisos segundo y tercero del artículo 13 y en el artículo 43 de la Constitución, por un lado en el reconocimiento de la discriminación histórica a que se ha sometido a la mujer, aceptado no sólo por la Constitución de 1991 y por la Corte Constitucional colombiana³⁶ sino también por los distintos Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos³⁷ y por los numerosos países que los acogen. Y por otro, en que esta protección es aplicable por entero a las mujeres menores de edad. Esto es a las niñas. A lo anterior ha hecho referencia esta Corte:

“(…)[C]uando 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’.

(…)

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 [T-972/01]. Esta decisión, reiterada por esta Corporación en otros casos [T-1087/01 y T-280/02 entre otras], 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 [C-184/03].

(...)

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’ [En la sentencia que se transcribe se cita la C-964 de 2003]

(...)

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) para efectos de esta convención, por mujer se entiende también “niña” y “adolescente”] que entró en vigor como tratado internacional el 3 de septiembre de 1981 tras su ratificación por 20 países.³⁸ [Énfasis fuera de texto (C-507/04. Fundamentos Jurídicos 6.1.5, 6.2.1 y 6.2.3)].

26.- De conformidad con esto, la Sala expondrá las implicaciones que en materia de igualdad de género tiene la obligación del Estado (art 13 C.N) de asegurar efectivamente, el goce de los mismos derechos, libertades y oportunidades de los hombres y las mujeres y consecuentemente de los niños y las niñas (es decir la prohibición de discriminar por razón de sexo), así como también las implicaciones de que lo anterior obre como límite constitucional para el legislador. En este orden de ideas, pasa la Corte a recordar el alcance que jurisprudencialmente le ha dado al principio de trato igualitario y su consecuente prohibición de discriminación.

27.- Ha encontrado la Corte Constitucional que de manera general, la discriminación se puede dar de dos formas. La primera de ellas consiste en que la prohibición de trato indiferenciado entre hombres y mujeres es la regla general que surge del artículo 13 de la Carta, derivada, de la obligación de trato igualitario. Siendo la forma más básica de discriminación normativa aquella que utiliza como criterio diferenciador el género. La cual se encuentra prima facie prohibida por la Constitución. Sobre lo anterior dijo esta Sala: “[d]entro del catálogo de factores susceptibles de generar comportamientos discriminatorios, que a título apenas enunciativo contempla el artículo 13 de la Carta, aparece en primer lugar el sexo, de manera que, en palabras de la Corte, con base en la sola consideración del sexo de una persona no resulta jurídicamente posible coartarle o excluirla del ejercicio de un derecho o negarle el acceso a un beneficio determinado y siempre que esto ocurra, sin el debido

respaldo constitucional, se incurre en un acto discriminatorio que, en tanto arbitrario e injustificado, vulnera el derecho contemplado en el artículo 13 superior³⁹ .(Énfasis fuera de texto). A lo anterior se le puede denominar prohibición de discriminaciones directas.

28.- Ahora bien, la otra forma de discriminación que ha detectado la Corte Constitucional, referente a la prohibición de discriminar por razón del género, consiste en la adopción de medidas normativas que en principio buscan proteger a la mujer. Pero, lo cierto es que la supuesta protección que dispensan, de un lado termina perjudicándolas más que favoreciéndolas, y de otro, tiene como sustento nociones que "...perpetúan estereotipos culturales y, en general, una idea vitanda, y contraria a la Constitución, que la mujer es inferior al hombre"⁴⁰. De esta manera, aunque no directamente, se incurre en discriminación de las mujeres. Por ello, no sólo están prohibidas las diferenciaciones normativas que directamente adjudican consecuencias jurídicas diferentes a hombres y a mujeres sin que se pretenda favorecer a éstas, sino que también resultan contrarias a la Constitución, aquellas diferenciaciones normativas que pretenden proteger a las mujeres sobre la base de que ellas son débiles, vulnerables, inferiores o cualquier otro estereotipo ofensivo o dañoso. A lo anterior se le puede denominar prohibición de discriminaciones indirectas.

Al respecto dijo la Corte en la sentencia C-622 de 1997 al declarar inexecutable la disposición del Código Sustantivo del Trabajo que prohibía a las mujeres desempeñar trabajos nocturnos: "[l]ejos de considerarse una norma protectora, el precepto acusado tiene un carácter paternalista y conduce a prohibir que las mujeres, puedan laborar durante la noche, en las empresas industriales, lo cual constituye una abierta discriminación contra ella, que debe ser abolida, pues aparte de tener plena capacidad para el trabajo en condiciones dignas y justas, debe garantizárseles en igualdad de condiciones con los hombres, el ejercicio de los mismos derechos y oportunidades que se requieran, para que ellas, dentro de la protección requerida, puedan trabajar en la jornada nocturna".

En otra oportunidad, en la sentencia T-026 de 1996 se dijo lo siguiente: "[l]a experiencia permite afirmar que, tradicionalmente, el desempeño de ciertos trabajos o la pertenencia a varios sectores profesionales se ha hecho depender del sexo de las personas. A las mujeres, por ejemplo, se les suele impedir el desempeño de los denominados trabajos arduos, ligados con la fuerza física o la capacidad de resistencia, empero, un examen detenido de la cuestión lleva a concluir que no es válido apoyar una exclusión semejante en una especie de presunción de ineptitud fincada en diferencias sexuales, y que el análisis basado en presuntos rasgos característicos de todo el colectivo laboral femenino debe ceder en favor de una apreciación concreta e individual de la idoneidad de cada trabajador, con independencia de su sexo."(Énfasis fuera de texto)

29.- A manera de conclusión se puede decir que la prohibición de discriminación por razón de sexo, sugiere una presunción de inconstitucionalidad de las normas que utilizan como criterio diferenciador el género en la adjudicación de protección jurídica. No obstante, al paso de lo anterior, el carácter de grupo marginado o discriminado del colectivo de las mujeres abre la posibilidad, para que el legislador utilice el criterio del género como elemento de distinción para protegerlas eficazmente.

Permisi3n de tratos normativos diferenciados como fundamento de acciones afirmativas o

discriminaciones positivas.

30.- La prohibición expresa de discriminación por razón de sexo de la cláusula de igualdad contempla igualmente una excepción. Esta consiste en que el trato normativo diferenciado por razón de sexo que la Constitución prohíbe es aquel que es desfavorable. Pues, al tenor de los incisos 2º y 3º del mismo artículo 13 y del artículo 43 superior, dicha prohibición convive en nuestro sistema jurídico junto con el deber de proteger -dictando las medidas necesarias para ello - reforzada y especialmente a las mujeres. Lo que hace viable que a partir de la Constitución no sólo se permita sino que se obligue a un trato diferenciado por parte de la ley y las autoridades a las mujeres, para favorecerlas. De este criterio, surge de la posibilidad - y en ocasiones la obligación-, de implementar normas sobre la base de criterios discriminatorios con el fin de favorecer a grupos que son objeto de protección especial (acciones afirmativas)⁴¹.

Por lo anterior, para la Corte ha sido claro que el trato diferenciado entre hombres y mujeres por parte del derecho y de las autoridades sólo es posible cuando dicho trato se configura como una medida a favor de éstas, y siempre que no tenga como trasfondo una supuesta protección que se sustente en la asunción de la mujer dentro de los roles tradicionales a los cuales se ha visto sometida históricamente. Esto es que no implique una discriminación indirecta.

31.- De este modo, junto con la prohibición de discriminaciones directas e indirectas en contra de las mujeres, se revela la existencia de un tipo de diferenciación, que no es desfavorable sino favorable a las mujeres y por tanto permitida constitucionalmente. Tal como se dijo, resulta ser discriminación (discriminación inversa) en la medida en que sustenta medidas normativas cuyo criterio diferenciador es uno de los criterios prohibidos por el artículo 13 de la Constitución. Aunque, se fundamenta en el deber del Estado de tomar las medidas adecuadas para proteger a grupos históricamente marginados como el grupo de las mujeres, entre otros.

La dinámica que despliega este deber estatal, se ha denominado “acción(es) positiva(s)”. Ésta(s) sugiere(n) en la mayoría de los casos tan sólo una posibilidad, y en otras una obligación del legislador, de hacer uso de criterios en principio discriminatorios con el fin de equiparar situaciones de hecho que se han presentado tradicionalmente en detrimento de algunos grupos⁴². Sobre el particular es amplia la jurisprudencia de esta Corporación y resulta pertinente hacer una breve referencia a ella.

32.- La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha desplegado ampliamente el contenido del mandato constitucional de promover las condiciones y adoptar las medidas a favor de los grupos discriminados o marginados para la consecución de una igualdad real y efectiva, contenido en el inciso 2º del artículo 13 de la Carta. Junto con la inclusión del colectivo de las mujeres en estos grupos discriminados, no sólo por medio del artículo 43 constitucional sino también de la suscripción por parte de Colombia de la “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”⁴³, y de la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer”⁴⁴. Lo que ha interpretado esta Corporación como un ejercicio necesario de equiparación de las condiciones y oportunidades de las mujeres respecto de las de los hombres. Es así, en un sentido proactivo,

que este Tribunal Constitucional ha entendido el concepto y alcance de las acciones positivas derivadas del mencionado artículo 13 en su inciso 2°:

“Este inciso, entonces, alude a la dimensión sustancial de la igualdad, “al compromiso Estatal de remover los obstáculos que en el plano económico y social configuran efectivas desigualdades de hecho. La igualdad sustancial revela, entonces, un carácter remedial, compensador, emancipatorio, corrector y defensivo de personas y de grupos ubicados en condiciones de inferioridad, mediante el impulso de acciones positivas de los poderes públicos”⁴⁵. Si bien pueden generar una desigualdad, lo hacen como medio para conseguir el fin de una sociedad menos inequitativa y más acorde con el propósito consignado en el artículo 2° de la Carta, de perseguir un orden justo.

En síntesis, no toda utilización de criterios en principio vedados es discriminatoria, pues como bien lo ha afirmado esta Corte, ‘mal podría un Estado tratar de mejorar la situación de un grupo marginado, sin expedir regulaciones que mencionen el factor que provocó su segregación. Así, si la ley quiere mejorar la situación de la mujer frente al hombre, o aquella de los indígenas frente a los blancos, pues es obvio que la ley debe recurrir a clasificaciones étnicas o sexuales’.⁴⁶

Pero en últimas, lo que sucede es que en la discriminación inversa no se está utilizando el mismo criterio que sirve de base a la discriminación injusta. Para ilustrar esta afirmación con un ejemplo, mientras que en la discriminación que la Constitución prohíbe, a X se le otorga un tratamiento distinto por el simple hecho de ser mujer o ser negro, en los casos de discriminación inversa un tratamiento preferencial se otorga sobre la base de que X es una persona que ha sido discriminada (injustamente) por ser mujer⁴⁷ o por ser negro”. [Énfasis fuera de texto (C-371 de 2000)].

33.- De ello dio cuenta también la Corte Constitucional, cuando justificó la necesidad de medidas especiales y específicas en favor de las mujeres, a la luz de lo dispuesto en el mencionado inciso 2° del artículo 13 superior, para protegerlas de la violencia a que se han visto sometidas:

“...[L]as medidas de protección a las mujeres víctimas de la violencia armonizan con el deber del Estado de proteger prioritariamente a las personas que se encuentran en condiciones de debilidad (CP art. 13) a fin de hacer efectivo el goce de los derechos constitucionales de estas poblaciones.

(...)[L]as estrategias destinadas a mostrar en toda su dimensión la extensión de la violencia contra la mujer y a incidir en la educación y la cultura para prevenir esas formas de violencia corresponden plenamente a los principios constitucionales de la tolerancia, la igualdad entre los sexos” [(C-408/96) Énfasis fuera de texto]

34.- De igual manera se debe hacer mención a que la consagración en nuestro orden constitucional, de las mujeres como un grupo al que se le debe brindar protección especial y tratamiento favorable por considerársele un colectivo históricamente desfavorecido y marginado, ha ido más allá de dicho reconocimiento. La Constitución incluye dentro de las características que pueden ser tomadas en cuenta para la implementación de acciones positivas a favor de las mujeres, el supuesto consistente en que “...[D]urante el embarazo y

después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada” (art 43 C.N). El establecimiento de acciones positivas en virtud del aparte del artículo constitucional transcrito, ha dado lugar a medidas que sugieren un discriminación positiva o favorable, en la que el género es el elemento que fundamenta el trato normativo disímil. En el derecho laboral por ejemplo, de conformidad con lo dicho en la sentencia T-426/98, así se demuestra:

“La reciente jurisprudencia de esta Corporación⁴⁸ ha dejado en claro que la mujer embarazada tiene derecho a gozar de una especial protección en su trabajo, pues la Constitución y los tratados internacionales imponen al Estado y a la sociedad la obligación de respetar el derecho de la mujer, en embarazo o en período de lactancia, a gozar de una `estabilidad laboral reforzada`. En efecto, el Legislador ha considerado ilegal todo despido cuyo motivo sea el embarazo o la lactancia, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo.

(...) `[L]a protección a la mujer embarazada tiene otro fundamento constitucional, a saber la búsqueda de una igualdad real y efectiva entre los sexos y la protección de la maternidad, la vida, la familia y el cuidado de los niños (CP arts 5º, 13, 42, 43 y 44)` [C-470/97 Citada en la sentencia transcrita]” (Énfasis fuera de texto)

34.- La discriminación positiva y permitida por razón de sexo, es aún mas evidente en el inciso final del citado artículo 43 superior. Es la prescripción de una orden al Estado para que apoye “...de manera especial a la mujer cabeza de familia”. El trato diferenciado en estos casos pasa de ser permitido a ser obligado por la Constitución misma. El legislador está conminado a regular, respecto de las mujeres embarazadas y de las mujeres cabeza de familia, estableciendo diferencias por razón de género con el fin de favorecerlas a ellas⁴⁹.

36.- De esto, es posible concluir que la especial protección de la mujer, conlleva la aceptación de tratos discriminatorios con un fin constitucional. O que - para decirlo de otra manera -, la protección reforzada y especial de los derechos de las mujeres es un fin constitucional cuya satisfacción admite en ciertos casos el sacrificio de la cláusula general de igualdad, que además cuenta con la implementación de instrumentos y mecanismos internacionales para ello⁵⁰.

La protección normativa de las mujeres es por tanto igualitaria respecto de la dispensada al hombre, y a la vez exclusiva cuando tiende a equiparar las situaciones entre los sexos. Ahora, tal como se advirtió, esto es enteramente aplicable a niños (hombres menores de edad) y niñas (mujeres menores de edad). La protección de ellos y ellas se inspira en el mismo principio de prohibición y permisión de distinción por razón de género, según lo que se busque con una y otra.

Por ello, en el siguiente aparte la Sala escrutará si la distinción del artículo 34 del Código Civil demandado, y sus respectivas consecuencias jurídicas descritas en las demás disposiciones demandadas, configura un trato normativo diferenciado injustificado o una acción positiva.

37.- En este orden, la Corte encuentra que, en virtud que la distinción bajo estudio sugiere el tratamiento normativo diferenciado al colectivo de las mujeres, el cual es el que históricamente se busca proteger, precisamente, por medio de este tipo de trato normativo,

podría pensarse que este tratamiento es discriminatorio pero por la configuración de una acción afirmativa en favor de las niñas. Lo que resulta desde todo punto de vista errado para esta Sala, pues, tal como se explicó en el fundamento jurídico número 31 y siguientes de esta sentencia, el sentido de la acción positiva es la procura de protección en mayor medida de un grupo marginado. Se concluye de lo anterior que la distinción del artículo 34 del C.C no constituye una acción afirmativa, porque otorga una protección inferior al colectivo tradicionalmente marginado o discriminado.

Tal como se dijo, el siguiente paso del análisis será determinar si el mencionado artículo representa un tratamiento normativo diferenciado injustificado. Para esto, se procederá a realizar un juicio de ponderación.

38.- Ahora bien, como quiera que lo sometido a análisis en el presente caso es una medida de protección; aquella consistente en proteger los intereses patrimoniales de los y las menores de edad - de conformidad con lo explicado en el fundamento jurídico número 17 de esta sentencia -, resulta necesario advertir que el juicio de ponderación tendrá como objeto el trato diferenciado incluido en dicha medida de protección. Es decir, que siendo la declaratoria de incapacidad por impubertad una institución protectora, ésta no tiene reparo constitucional alguno, tal como se ha expuesto. Mientras que el trato diferenciado que se establece en la medida en comento (dos años más de protección según el género), sugiere el interrogante de si con él se busca la realización de algún fin constitucionalmente legítimo.

Fin buscado por la diferenciación demandada del artículo 34 del Código Civil, al declarar púberes a los niños y a las niñas en edades diferentes.

39.- Para el análisis del fin buscado por la distinción normativa según la cual los niños son impúberes hasta los 14 años y las niñas hasta los 12, la Corte comenzó por determinar las implicaciones jurídicas de dicha diferenciación. Estableció que la condición jurídica de la pubertad o impubertad en materia civil y comercial, se encontraba ligada a la capacidad negocial y en general, a la libre disposición sobre los derechos patrimoniales de manera independiente. Por ello encontró razón en la interpretación del demandante y del Ministerio Público en el sentido de entender que las instituciones de incapacidad por impubertad y de nulidad de actos jurídicos celebrados en esta condición, son instituciones protectoras de menores de edad, dispuestas por la legislación civil.

De lo anterior se deriva claramente que el objetivo general del artículo 34 acusado es proteger los intereses patrimoniales de quienes designa como impúberes en atención a las consecuencias jurídicas que le asigna a sus actos jurídicos, las cuales a su vez se plasman, no en el mencionado artículo 34, sino en las demás disposiciones demandadas.

40.- No obstante, la medida de protección de los intereses de los y las menores de edad consistente en su imposibilidad de negociar o disponer autónomamente de sus derechos patrimoniales, se asigna de manera distinta por parte de la legislación civil, según sea niño (hombre menor) o niña (mujer menor). De ahí que surja la conclusión palmaria presentada por el actor y por el mismo Procurador, según la cual los niños tienen dos años más de protección por parte de las leyes civiles, que las niñas. Tal como se explicó más arriba, a la identificación de los criterios para asignar cargas y beneficios en la sociedad, subyace un escrutinio de igualdad (fundamentos jurídicos 19, 20 y 21 de esta sentencia). Por ello se hace

necesario que la norma jurídica se someta al test de igualdad tantas veces empleado por esta Corte.

41.- La intensidad de dicho test⁵¹, en el presente caso, por ser la fuente del trato normativo diferenciado uno de los criterios explícitamente prohibidos por la Constitución, debe ser estricta⁵². Para ello se comenzará por determinar el fin que se busca con la distinción del artículo 34 del Código Civil para luego determinar si dicho fin resulta constitucionalmente imperioso⁵³, tal como exige el mencionado escrutinio estricto de igualdad.

42.- Teniendo en cuenta, tal como lo planteó el Procurador⁵⁴, que la distinción normativa del artículo en mención, posiblemente se basa en la observación consistente en que, por regla general, las niñas se desarrollan fisiológicamente más temprano que sus coetáneos del sexo masculino⁵⁵, la Corte se debe preguntar si respecto de la protección jurídica que se imparte a unos y otras mediante la declaración de incapacidad y nulidad en materia civil y comercial, dicha observación es relevante, es decir si persigue algún fin constitucionalmente imperioso. En este sentido, no se encuentra por parte de este Tribunal Constitucional, la existencia de una relación necesaria y constante entre la capacidad reflexiva y volitiva requerida como presupuesto de la participación en las actividades jurídicas de carácter civil y comercial, y el desarrollo físico-sexual. La madurez sexual implica el proceso de aparición de las condiciones biológicas necesarias para procrear, y sólo de manera marginal - tal como lo describe el consenso científico general⁵⁶ - puede determinar mayor o menor capacidad de análisis o valoración de las consecuencias jurídicas de comprometer o defender los derechos patrimoniales.

Sobre esto, como se advirtió, recopiló la Corte numerosos conceptos en el proceso que culminó con la sentencia C-507 de 2004. Al tenor de los mismos se puede concluir que desde el punto de vista científico el consenso general determina que el desarrollo humano consta de varias dimensiones, dentro de las cuales se encuentran la fisiológica relativa a la madurez sexual, la cognitiva, psicológica, la social y la intelectual entre otras. Estas no se desarrollan integralmente al tiempo y dependen de innumerables variables como por ejemplo, el entorno social, la educación y la alimentación. Frente a lo que no se puede pregonar que el desarrollo de una de estas dimensiones implique el desarrollo necesario de otra. Esto es, que el desarrollo sexual no implica el desarrollo cognitivo o intelectual o social⁵⁷, aunque tampoco lo excluye.

43.- En este sentido, para esta Sala, la distinción establecida en el artículo 34 del Código Civil resulta insuficientemente justificada, pues el sustento de ésta es únicamente dar cuenta de las diferencias en materia físico-sexual desde el punto de vista del desarrollo de los niños y las niñas. Las cuales a su vez no inciden en la determinación de si se debe o no ser sujeto de protección por parte de las leyes civiles y comerciales, respecto de los derechos patrimoniales. Por ello, no encuentra esta Sala que la distinción persiga un fin concreto, pues - se insiste - no existe una relación necesaria entre las diferencias en el desarrollo físico-sexual y la presunción de capacidades reflexivas para negociar. Por el contrario, tal como se estructura la legislación civil y comercial, dichas diferencias aparecen como razones para sustentar la adjudicación de protección jurídica de forma disímil, lo cual no resulta acorde con nuestro orden constitucional.

44.- Frente a esto, en el primer nivel del análisis de ponderación, cuya intención pretendió determinar si el fin buscado por el trato normativo diferenciado contenido en la medida protectora del artículo 34 del C.C, era un fin constitucionalmente imperioso; la Sala encuentra que dicho artículo no sugiere fin concreto alguno. Más bien, vulnera la prohibición de asignar distinta protección jurídica según el género, pues la distinción no busca favorecer a las mujeres. Por esto, no se hace necesario seguir desarrollando el mencionado juicio de ponderación.

Ahora, pasa la Corte a precisar la norma jurídica que resulta discriminatoria, derivada de la distinción introducida en el artículo 34 del Código Civil, pues, como se ha expresado varias veces, tal norma está referida a la integración de varias disposiciones, de las que surgen consecuencias jurídicas concretas en lo relativo a la capacidad negocial y la nulidad desprendida de la distinción capaz - incapaz.

Identificación de la norma jurídica inconstitucional derivada del artículo 34 y posibilidades de otras interpretaciones del mismo.

45.- Para la Corte, la prohibición y limitación para negociar, a impúberes según el género, constituye una norma jurídica contraria a la Constitución. De esto se sigue que la distinción del artículo 34 del Código Civil es inconstitucional en el sentido en el que implica consecuencias jurídicas diferentes sin justificación suficiente para ello, estando dichas consecuencias contenidas en otras disposiciones distintas al mismo artículo 34. Por esto es razonable para la Corte preguntarse si la distinción en sí misma, es decir, al margen de las consecuencias jurídicas demandadas y estudiadas (incapacidad y nulidad), es inconstitucional. En otras palabras, si esta distinción sólo opera en función de declarar incapacidad y nulidad de actos jurídicos llevados a cabo en esta condición. O si por el contrario sugiere otros efectos jurídicos, que de no resultar inconstitucionales limitarían el alcance del pronunciamiento de la Corte, al de declarar la exclusión del ordenamiento jurídico, únicamente de la norma jurídica (interpretación normativa) encontrada inconstitucional y no de las disposiciones en su totalidad. Lo que daría lugar - por supuesto - a una sentencia interpretativa.

Así, la posibilidad de una interpretación acorde a la Constitución de la distinción introducida en el artículo 34 demandado, deriva de tener en cuenta algunas consideraciones que al respecto hizo esta Corporación en la sentencia C-507/04. En ella, se indagó sobre la existencia de razones constitucionales para establecer, si las diferencias meramente fisiológicas en el desarrollo de los niños y las niñas podrían ser relevantes en un ámbito jurídico diferente del regulado en nuestro Código Civil.

46.- En este sentido, en la Sentencia citada (C-507/04) la Corte Constitucional presentó el alcance de los compromisos adquiridos por el Estado colombiano al suscribir y ratificar la "Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer"⁵⁸ (CEDAW), como elemento determinante para la consideración de que las diferencias de género en el desarrollo fisiológico resultaran relevantes en el ámbito jurídico de la educación y cuidado especiales, de la sexualidad de la niñas. Esto, en tanto que de dichos compromisos se deriva que si bien "...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” (Énfasis fuera de texto).

En complemento de lo anterior, para la Corte las consideraciones del “Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía” (Protocolo relativo a la venta, prostitución y pornografía infantil) (Ley 765/02), al reconocer “...que algunos grupos especialmente vulnerables, en particular las niñas, están expuestos a un peligro mayor de explotación sexual, y que la representación de niñas entre las personas explotadas sexualmente es desproporcionadamente alta”⁵⁹, hacen explícito que la implementación de políticas públicas en materia de educación y cuidado de la sexualidad de las niñas, por medio de acciones positivas en su favor, podría eventualmente requerir que se acojan como criterio normativo diferenciador, las distinciones de orden físico-sexual del desarrollo de los niños y las niñas. No obstante, el anterior señalamiento, no excluye que el mencionado Protocolo considere también, la necesidad de hacer extensivas las medidas de educación y cuidado de la sexualidad, a los niños⁶⁰.

47.- También, en apoyo de lo expuesto y de conformidad con el hecho que según la Constitución lo relativo a las regulaciones generales del estado civil de las personas debe determinarlo la ley (último inciso art 42 constitucional); se podría decir que las disposiciones del Capítulo V del Título Preliminar de nuestro Código Civil, a la que pertenece el artículo 34 demandado, establecen definiciones cuya utilización se extiende a todos los ámbitos en que dichas nociones adquieren significación. Esto quiere decir que las definiciones en comento dispondrán, qué es lo estipulado por la Constitución para distintas personas de acuerdo a su estado civil. Y en este orden de ideas, si los artículos 43 y 44 superiores prescriben los derechos de los niños y de los adolescentes, entonces lo que la ley defina como estado civil de minoridad o de adolescencia (menores adultos) reflejará quiénes son beneficiarios de lo ordenado en los mencionados artículos constitucionales y quiénes no.

De esto se desprende que el análisis hecho por la Corte en la C-507/04 y en los párrafos anteriores, podría verse en efecto reflejado en la posibilidad de acciones positivas a favor de las niñas, a partir de una distinción cuyo fundamento sean distinciones de género en el desarrollo físico-sexual.

48.- Pese a esto, la Sala encuentra que para que lo anterior sea posible, el artículo 34 del C.C debe ser integrado con otras disposiciones que hagan uso de la definición que él establece, en el sentido de ordenar trato diferenciado respecto de la educación y cuidado de la sexualidad, no solo según la edad, sino también según el género. Y, lo cierto es que en nuestro ordenamiento jurídico actual no existen disposiciones específicas en las que el legislador establezca políticas públicas en favor de menores de edad, en su condición de púberes o impúberes, en las que se haga necesario acoger las diferencias de género en comento.

Luego, la integración normativa del artículo 34 del C.C queda circunscrita únicamente a lo referente a la capacidad jurídica y a la nulidad de actos jurídicos en materia negocial. Las posibilidades de integrar la distinción del artículo 34 mencionado, con disposiciones jurídicas

que traten de educación y cuidado especiales de la sexualidad de las niñas, es para la Corte Constitucional una mera expectativa que surge de la interpretación sistemática de los artículos 13, 43, 44 y 45 de la Constitución, así como también de la CEDAW y del Protocolo relativo a la venta, prostitución y pornografía infantil. Pero, es el legislador quien tiene la carga de implementar este tipo de disposiciones según el diseño de las políticas del Estado al respecto.

49.- Entre tanto, y de conformidad con lo anterior, esta Corte tiene el deber de dar cuenta del hecho que, la estructura actual de nuestro orden normativo admite como única interpretación posible de la distinción de artículo 34 del C.C, aquella que se refiere a proteger patrimonialmente a menores de edad, y frente a la cual es inaceptable - tal como se explicó - que las diferencias de género de orden fisiológico determinen una asignación diferenciada de dicha protección.

50.- Ahora bien, la precisión expuesta arriba corresponde al deber del Juez constitucional consistente en que, ante la duda sobre si el enunciado demandado es integralmente contrario a la Constitución, o si lo es únicamente una de sus interpretaciones, está obligado a no excluir la disposición del ordenamiento hasta tanto constate que todas las normas jurídicas desprendidas de ella resultan inexecutable. Esta constatación, en el presente caso obliga a la Corte a declarar la inexecutable parcial de la disposición acusada (artículo 34 C.C), a su vez que imposibilita el uso de la técnica de la sentencia interpretativa. Pues, ésta última consiste precisamente en que la Corte Constitucional no excluya del ordenamiento jurídico un enunciado normativo cuya inconstitucionalidad se refleja únicamente en una de sus posibles interpretaciones.

Hecha la anterior aclaración, es necesario analizar el alcance que tiene el estudio de constitucionalidad que ha hecho la Corte, de conformidad con el tipo de disposiciones estudiadas y con las competencias propias del legislador en las materias que éstas regulan.

Configuración del legislador para determinar la edad a partir de la que se pueden obligar las personas y alcance de la resolución de la Corte.

51.- Ya en la sentencia C-507 de 2004, se había establecido que un amplio margen de configuración en "...la cuestión de determinar el tipo o el grado de protección que requieren grupos de personas comparables ha sido confiada al legislador democráticamente elegido"⁶¹. Y como se dijo mas arriba⁶², las instituciones de la incapacidad y de la nulidad de los actos de los impúberes son medidas de protección de los derechos patrimoniales de menores de edad. De ahí, que en principio el legislador tenga libertad plena para optar por establecer a qué grupos y en qué grado protege los derechos patrimoniales de menores de edad.

52.- Con todo, también aclaró la Corte que,

"...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. (...) 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 caso 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”. [(C-507/04) Énfasis fuera de texto]

Por esto, la Corte considera que si con la asignación de consecuencias jurídicas disímiles a partir de una distinción normativa sustentada en un criterio prohibido constitucionalmente, el legislador no configura una medida protectora a favor de un grupo especial, entonces no ha respetado los mínimos de protección constitucionalmente ordenados, a la vez que ha generado una desprotección que excede los márgenes señalados constitucionalmente, por lo que resulta injustificada a la luz de la Carta. En el caso concreto la legislación civil vulnera la prohibición expresa de discriminación por razón de género, ya que se está desprotegiendo a las niñas respecto de la protección que se brinda a los niños.

53.- De lo anterior se sigue entonces, que “[l]as 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”⁶³.

Por ello, la Corte Constitucional no desconoce el margen de configuración del legislador si prohíbe que la protección prestada a los menores de edad en sus derechos patrimoniales, por las instituciones de la legislación civil de la incapacidad y de la nulidad, se dispense en forma distinta a los niños y a las niñas. Pues, es justamente la misión de esta Corte impedir que se transgredan los mínimos constitucionales establecidos.

Sin embargo, esto no implica que “...cuando el juez constitucional estudia si uno de los grupos está más protegido que otros, [pueda] desconocer o sustituir la apreciación del legislador, ni imponer niveles máximos o ideales de protección”⁶⁴. Es necesario, por el contrario, que la Corte se atenga a las medidas estrictas que permitan hacer cumplir los mínimos constitucionales de los cuales es guardiana.

54.- Así, el alcance de la resolución que tome la Corte, no sólo debe dar cuenta de lo anterior, sino del efecto que en la práctica pueda producir la norma que declarará inexecutable. La prohibición llana de que se adjudique a las niñas la protección mencionada de la legislación civil igualmente que a los niños, plantea el problema de igualarlas a ellas respecto de ellos (adjudicar la protección a ambos géneros a partir de los 14 años) o a ellos respecto de ellas (adjudicar la protección a ambos géneros a partir de los 12 años).

Entonces, si se toma en serio la restricción a la que se encuentra sometida la Corte en esta materia, respecto de la amplia configuración del legislador, se debe buscar una justificación constitucional en uno u otro sentido. Pues la opción restante sería declarar inconstitucional la distinción y dejar el vacío respecto de la edad a partir de la cual operan los distintos grados de protección del derecho civil a los derechos patrimoniales de menores. Situación que a juicio de la Sala, carece de todo carácter de efectividad y eficacia en la tarea de guardar el cumplimiento de los mínimos constitucionales. Por lo que la alternativa en mención no será

examinada.

55.- A este análisis se enfrentó esta Corporación en la citada C-507/04, y a partir del postulado según el cual la ausencia de certeza sobre el momento desde el que se entiende protegido un grupo determinado en uno u otro sentido, resulta más gravosa que el hecho de que la Corte lo establezca⁶⁵; lo solucionó entonces de la siguiente manera:

“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 [en aquella sentencia respecto de la edad mínima para contraer 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.”

Si bien, en el presente caso la obligación constitucional de garantizar igualdad de derechos y obligaciones, así como la igualdad de trato y de protección entre hombres y mujeres no se refiere a la edad mínima para contraer matrimonio, como era el caso de la sentencia citada; para la Sala es claro que la protección en juego en este caso, en cuanto a la disposición libre o limitada de los derechos patrimoniales según la edad del titular de los mismos, está sometida también a esta obligación.

Por ello, la Corte considera que la posibilidad de prolongar hasta los 14 años, la identificación del límite entre la impubertad y la pubertad de las niñas, resulta razonable para llenar el vacío que se ha mencionado. Pues este criterio, es el que el mismo legislador ha utilizado para equiparar el tratamiento normativo a menores en materia penal y laboral, y porque de este modo, se protege de mejor manera a las niñas.

En resumen, la amplia potestad del legislador en la materia que regula la norma encontrada inconstitucional, la posibilidad de establecer la prohibición de asignar protección cuando se usa como criterio diferenciador el género (sin que se configure una acción positiva), y la alternativa de encontrar un criterio constitucional que permita a la Corte llenar el vacío que se genera con la declaratoria de inexecutable de la norma en cuestión, aclaran, para esta Sala el alcance del presente fallo.

Determinación de la norma jurídica inconstitucional y resolución de la Corte.

56.- En primer término, es pertinente que esta Sala determine la relación estricta entre las disposiciones del Código Civil demandadas y la norma jurídica encontrada contraria la Constitución. Se explicó más arriba que la norma inconstitucional consiste en el establecimiento de prohibiciones y limitaciones jurídicas a la actividad comercial de los impúberes hasta cierta edad, utilizando como criterio el género.

A su turno se dijo que dichas prohibiciones y limitaciones no eran determinadas como

consecuencias jurídicas en el artículo 34 que es el que contiene la distinción que se consideró contraria a la Carta, sino que estas consecuencias las disponían otros enunciados normativos también demandados. Del mismo modo, se explicó que las consecuencias jurídicas concretas que se adjudicaban a lo establecido en el artículo 34 del C.C, trataban sobre la declaratoria de incapacidad para obligarse y para negociar (arts. 1502 y 1504 C.C) y sobre la posibilidad de declarar la nulidad de actos jurídicos celebrados en condición de incapacidad (art. 1741 C.C).

Ahora bien, como quiera que la demanda se dirige contra otras disposiciones distintas a la integración del artículo 34 con los artículos 1502, 1504 y 1741 del Código Civil se hace necesario determinar la relación que subyace, tanto a dicha integración como a los restantes artículos demandados respecto de ella.

57.- En este orden de ideas, la Sala encuentra que del contenido de los artículos 1502, 1504 y 1741 del C.C demandados, se desprende que: la legislación Civil prohíbe a los impúberes obligarse (art 1502) declarándolos incapaces (1504), so pena de declarar nulos los actos celebrados por ellos (art 1741). A su turno el artículo 34 del C.C permite identificar a los impúberes, si son niñas hasta los 12 años y si son niños hasta los 14 años. Tal como se ha expuesto, la anterior distinción utilizada para aplicar las instituciones protectoras de la incapacidad y la nulidad en materia civil y comercial a los derechos patrimoniales de menores de edad, no resulta acorde a la Constitución.

58.- Por ello, referente a la declaratoria de inexecutable de la norma arriba descrita, la Corte encuentra que no resulta suficiente declararla por medio de la exclusión de la expresión “y la mujer que no ha cumplido doce” del artículo 34 del Código Civil, sino que debe acogerse a la reflexión que hizo en la sentencia C-507/04 respecto de cómo decretar la mencionada inexecutable en atención a la forma en que la disposición está redactada⁶⁶. Pues, como se explicó, la inconstitucionalidad de la distinción introducida en el mencionado artículo 34 implica que - si la Corte así lo declara - se genere un vacío en el sentido que en nuestro orden normativo queda sin referencia explícita y clara, el momento en que las niñas dejan de ser impúberes. Luego, no se sabría hasta cuándo son sujetos de protección de sus derechos patrimoniales por medio de las categorías de incapacidad y nulidad.

59.- Por tanto, junto con la exclusión de la expresión en comentario, y por las razones que se han expuesto en el acápite anterior de esta sentencia, la Corte declarará también, la inexecutable de la expresión “varón” del artículo analizado, con el fin que la redacción del artículo quede de la siguiente manera:

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; (...)

Así, el artículo hará referencia a que se identificará como impúber a todo el que no ha cumplido catorce años. De tal manera que el artículo 34 del Código Civil, resulta constitucional siempre y cuando se entienda que son impúberes los menores que no han cumplido los 14 años independientemente de si es varón o mujer y que son púberes los menores entre los 14 y los 18 años independientemente de si es varón o mujer, para todos los efectos civiles.

Considera esta Sala que con lo anterior, queda excluida del ordenamiento la norma jurídica que se consideró inconstitucional, derivada de la distinción establecida en el artículo 34 del Código Civil y a su vez, reparada la diferenciación normativa injustificada que ella establecía.

60.- No solo de lo anterior debe dar cuenta la Corte Constitucional en el presente estudio, sino también, primero, del hecho que la norma encontrada inconstitucional corresponda a la integración del artículo 34 del C.C con los artículos 1502, 1504 y 1741 del mismo código, pero no coincida con el contenido integral de ninguno de ellos - como se ha hecho hasta ahora -. Segundo - y tal como se acaba de explicar -, del hecho que la inexecutable parcial del artículo 34 mencionado, por medio de la exclusión de la expresión “varón” y de la expresión “y la mujer que no ha cumplido doce”, baste para corregir la inconstitucionalidad. Y tercero, del hecho que pese a esto, el demandante extienda sus acusaciones a más disposiciones. Por ello, resulta pertinente que esta Corporación haga referencia a la relación de la norma jurídica que se excluirá del ordenamiento con las demás disposiciones demandadas.

Los demás artículos demandados y la resolución adoptada por la Corte.

61.- Tal como se desprende del análisis inmediatamente anterior, y como quiera que la Corte determinó que la norma jurídica inconstitucional tiene su origen en la interpretación de varias de las normas demandadas, más no de todas; resulta pertinente determinar la incidencia de la resolución que adoptará este Tribunal Constitucional sobre las demás disposiciones acusadas en la demanda. La distinción prescrita en el artículo 34 del C.C, utilizada para otorgar consecuencias jurídicas a partir de la declaratoria de incapacidad (absoluta o relativa) y de nulidad (absoluta o relativa), se excluirá del ordenamiento jurídico, mediante la exclusión de la expresión “varón” y de la expresión “y la mujer que no ha cumplido doce”, contenidas en el mismo artículo. De lo que se desprende, por la redacción de la norma, que son impúberes tanto niñas como niños que no hayan cumplido 14 años.

62.- Teniendo en cuenta que, los cargos contra el artículo 34 y contra los demás artículos demandados se dirigieron realmente contra la norma jurídica derivada de la aplicación de la definición de este artículo a los artículos 1502, 1504 y 1741 del Código Civil. Que dicha norma puede ser excluida del ordenamiento, declarando inexecutable la expresión varón y la expresión y la mujer que no ha cumplido doce del artículo 34. Y que las demás disposiciones demandadas disponen la aplicación de dicha distinción. La Corte concluye que los cargos proceden únicamente frente a la utilización del artículo 34 en relación con las instituciones de la incapacidad y la nulidad negocial.

En razón a que los demás artículos demandados, sólo hacen uso de las categorías de capacidad y nulidad, a partir de la identificación de los impúberes y los púberes, se concluye que no existe formulación de cargos específicos contra éstos, sino contra la norma derivada de la integración de la disposiciones, tal como se explica en el párrafo anterior. Entonces, la Corte se inhibirá para pronunciarse de fondo sobre el resto de normas demandadas. Pues, la norma queda excluida del ordenamiento, al dirigirse la declaratoria de inexecutable, únicamente contra las expresiones mencionadas del artículo 34.

Además que, en una interpretación sistemática de la legislación civil y comercial, lo que se

decidirá sobre el artículo 34 en relación con la incapacidad y la nulidad, determinará la identificación que en su contenido se haga de las expresiones que referencien incapacidad, nulidad o alguna otra noción derivada.

VII. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero.- Declarar INEXEQUIBLES la expresión “varón” y la expresión “y la mujer que no ha cumplido doce”, contenidas en el artículo 34 del Código Civil, quedando la redacción de la norma de la siguiente manera:

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

Segundo.- DECLARARSE INHIBIDA para emitir pronunciamiento de fondo acerca de los contenidos normativos de los artículos 143, 428, 431, 432, 445, 526, 630, 784, 1018, 1027, 1061, 1062, 1196, 1502 al 1504, 1527, 1602, 1625, 1740, 1741, 1851, 1957, 2243, 2285, 2368, 2412, 2439, 2470 y 2515 del Código Civil; así como de los artículos 12, 103, 104, 899, 900, 1000 y 1137 del Código de Comercio (Decreto 410 de 1971); del artículo 89 del Código del Menor (Decreto 2737 de 1989); y de los artículos 44, 45 y 195 del Código de Procedimiento Civil (Decreto 1400 de 1970).

Notifíquese, comuníquese, cúmplase, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

JAIME ARAUJO RENTERIA

Presidente

CON SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

ALFREDO BELTRAN SIERRA

CON SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CORDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CON SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

CLARA INES VARGAS HERNANDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO ALFREDO BELTRÁN SIERRA, EN RELACIÓN CON LA SENTENCIA C-534 DE 24 DE MAYO DE 2005 (Expediente D-5460).

IMPUBER-Decisión legislativa según la cual los niños son impúberes hasta los catorce años y las niñas hasta los doce no constituye una discriminación por razones de género (Salvamento parcial de voto)

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de la Corte Constitucional, salvo parcialmente el voto en relación con la Sentencia C-534 de 24 de mayo de 2005, por las razones que a continuación se expresan:

1. En la parte resolutive de la sentencia aludida, la Corte Constitucional se declara inhibida para emitir pronunciamiento de fondo en relación con las normas a que se refiere el numeral 2º de ese fallo, lo cual comparto como quiera que la demanda adolece de falencias que no pueden ser suplidas oficiosamente por la Corte Constitucional.

1. En el numeral 1º de la Sentencia C-534 de 24 de mayo de 2005, se declara la inexecutable de la expresión “varón”, así como de la expresión “y la mujer que no ha cumplido doce”, contenidas en el artículo 34 del Código Civil, de lo cual discrepo.

Para el suscrito magistrado, el artículo 34 del Código Civil define como impúber al varón que no ha cumplido catorce años y a la mujer que no ha cumplido doce, sin que tal definición constituya, -como lo dice la sentencia a la cual se refiere este salvamento de voto- una

discriminación por razones de género, violatoria del derecho a la igualdad que consagra el artículo 13 de la Carta Política.

Es ya algo universalmente aceptado, que la igualdad se predica de los iguales y que, cuando existen desigualdades reales, precisamente para preservar el derecho a la igualdad, el trato no puede ser uniforme, sino que exige en tales casos especificidades que no desconozcan la diferencia.

Siendo ello así, lo que aparece indiscutible es que el hombre y la mujer son seres humanos y por ello iguales ante la ley. Pero, sin embargo, son diferentes por razón del sexo. Una de esas diferencias impuestas por la naturaleza, que no por la ley, es que el niño y la niña tienen un desarrollo físico y fisiológico acorde con el sexo a que pertenecen. Por ello, no llegan a la edad núbil al mismo tiempo, aún cuando los dos en un momento dado de su evolución fisiológica alcanzan la pubertad y tienen desde entonces capacidad reproductiva, en virtud de la cual el varón puede engendrar y la mujer concebir un hijo para la propagación de la especie. La pubertad no se alcanza porque lo disponga la ley, sino porque la naturaleza así lo dispone.

De manera pues que, si el legislador a partir de una edad promedio en que la mujer se encuentra en condiciones fisiológicas para concebir y el hombre para engendrar, señala que el varón será púber a los catorce años y la mujer a los doce años de edad, no discrimina por razón del género como en forma equivocada se asevera en el fallo al cual se refiere este salvamento de voto. Es cierto que, en algunos casos, la pubertad puede alcanzarse antes o después de las edades señaladas, pero el legislador simplemente tuvo en cuenta lo que ocurre en la generalidad de los casos.

Tal decisión legislativa no resulta adoptada en forma arbitraria, ni con desconocimiento de la realidad, porque lo que no puede acusarse de irrazonabilidad. Se trata, simplemente, de tomar en cuenta un dato de carácter fisiológico para dictar una norma y ello, como salta a la vista, no resulta contrario a la Carta Política. Es el ejercicio de la función legislativa para adoptar una definición legal. No puede aceptarse una censura a la función legislativa ejercida por el Congreso de la República conforme a su atribución de expedir códigos en todos los ramos de la legislación, conforme a lo dispuesto por el artículo 150 de la Constitución.

La supuesta discriminación de género, por lo visto es inexistente. Cosa diferente es que se considere conveniente la variación de la edad en la cual se considere por la ley púber al varón y a la mujer. Pero el juicio de conveniencia no le corresponde a la Corte Constitucional sino al Congreso de la República. No puede sustituirse por aquella al legislador bajo el pretexto de un supuesto trato discriminatorio que en realidad no existe, pues no fue el legislador quien creó los géneros masculino y femenino de la especie humana, ni a su capricho se debe que el hombre y la mujer se encuentren a partir de un cierto momento de su evolución en condición fisiológica para engendrar y concebir, ni tampoco puede aducirse que en este caso era imperativo restablecer una igualdad que jamás fue desconocida por la ley.

Fecha ut supra.

ALFREDO BELTRAN SIERRA

Magistrado

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ÁLVARO TAFUR GALVIS A LA SENTENCIA C-534 DE 2005

Referencia: expediente D-5460

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 34, 143, 428, 431, 432, 445, 526, 630, 784, 1018, 1027, 1061, 1062, 1196, 1502 al 1504, 1527, 1602, 1625, 1740, 1741, 1851, 1957, 2243, 2285, 2368, 2412, 2439, 2470 y 2515 (parciales) del Código Civil; contra los artículos 12, 103, 104, 899, 900, 1000 y 1137 (parciales) del Código de Comercio (Decreto 410 de 1971); contra el artículo 89 del Código del Menor (Decreto 2737 de 1989); contra los artículos 44, 45 y 195 del Código de Procedimiento Civil (Decreto 1400 de 1970)

Magistrado Ponente:

Dr. Humberto Sierra Porto

Por compartir plenamente las consideraciones expresadas en el salvamento parcial de voto presentado por el Doctor Alfredo Beltrán Sierra, adhiero integralmente al contenido del mismo.

Fecha ut supra

ÁLVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO A LA SENTENCIA C-534 DE 2005 DEL MAGISTRADO JAIME ARAUJO RENTERIA

IMPUBER-Distinción normativa según la cual los niños son impúberes hasta los catorce años y las niñas hasta los doce (Salvamento parcial de voto)

REF.: Expediente: D-5460

Magistrado Ponente: HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Con el acostumbrado respeto por las decisiones mayoritarias adoptadas por esta Corporación, me permito presentar salvamento parcial de voto, por considerar que existen varias dificultades en el desarrollo de la argumentación de la presente sentencia.

1. En primer lugar, estoy de acuerdo con el punto expuesto en el fundamento No. 29, donde se afirma que puede existir presunción de inconstitucionalidad, que puede predicarse de las normas que restringen los derechos. A mi juicio, las definiciones que hace el legislador son importantes, pues determinan los elementos fundamentales de una relación jurídica. De otra parte, considero que el argumento de protección es importante pero peligroso, porque bajo la bandera de la protección se ha dado lugar a discriminaciones como la que existía con la

potestad marital, este argumento fue también sustento de los estados colonialistas, y ha sido el pretexto para desconocer derechos fundamentales.

3. En tercer lugar, en mi opinión el artículo 34 del Código Civil parte de la igualdad, en la medida en que tiene en cuenta que la pubertad se adquiere a diferente edad, por obra de la naturaleza. La inexecutable en este caso tiene el mismo efecto que tendría derogar la ley de gravedad, como quiera que las cosas siguen siendo iguales, pues las mujeres seguirán llegando primero a la pubertad que los hombres. ¿Por qué no igualar ese límite a los 12 años y no a los 14?. Reitero por tanto mi concepto en relación a que los test de igualdad que se aplican siguen siendo subjetivos, ad hoc, de manera que se hace depender de la intensidad que se considere aplicar, el que una norma sea o no inconstitucional por violación de la igualdad. Igualmente, considero que la sentencia debe circunscribirse al artículo 34, pues las demás normas cobijan otros aspectos. En mi criterio, la definición del legislador no es por tanto inexecutable.

4. Finalmente y acudiendo a razones de derecho comparado, me parece que viene al caso señalar que en el constitucionalismo norteamericano la edad nunca ha sido un criterio sospechoso de diferenciación, por lo que no se entiende por qué se aplica en este caso un test estricto y una presunción de inconstitucionalidad.

Por las razones expuestas salvo mi voto parcialmente a la presente sentencia.

Fecha ut supra,

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

1 En la Sentencia C-507 de 2004 (Exp. D-4866), el demandante fue el mismo ciudadano que presenta la acusación en el presente proceso de constitucionalidad (Exp. D-5460). En la demanda del 2002, el mencionado ciudadano acusó igualmente al artículo 34 del Código Civil por encontrarlo contrario a la Constitución. La Corte expresó frente a la estructura argumentativa de aquella demanda que "...la regla legal que el demandante considera inconstitucional, y en contra de la cual presenta sus argumentos, no está incluida en el texto del artículo 34 del Código Civil; como se mostró, éste se limita a establecer cuál es el uso que se les da a las expresiones mencionadas en los textos legales. [Por ello], ... 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." (Énfasis fuera de texto). Por lo anterior, la presente demanda parece estructurarse de tal manera que se pretenden integrar las disposiciones normativas que junto con el artículo 34 mencionado, determinan un trato normativo presuntamente inconstitucional.

2 Sentencia C-1046 de 2001

3 C- 983 de 2002 Fundamento Jurídico número 2.

4 En la citada C-983 de 2002 la Corte dijo: "...esta capacidad, de acuerdo con el artículo 1502 del Código Civil, puede ser de goce o de ejercicio. La primera de ellas consiste en la aptitud general que tiene toda persona natural o jurídica para ser sujeto de derechos y obligaciones, y es, sin duda alguna, el atributo esencial de la personalidad jurídica. La capacidad de ejercicio o capacidad legal, por su parte, consiste en la habilidad que la ley le reconoce a aquélla para poderse obligar por sí misma, sin la intervención o autorización de otra. Implica, entonces, el poder realizar negocios jurídicos e intervenir en el comercio jurídico, sin que para ello requiera acudir a otro."

5 Ver entre otros D`ANTONIO Daniel Hugo. Actividad Jurídica de los menores de edad. Ed. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe (Argentina). 2004. Pág. 17

6 D´ANTONIO Daniel Hugo. La actividad..., op cit

7 El artículo 44 de la Constitución, incluye además en su último inciso la prescripción de que "[l]os derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás."

8 [Cita de la C-507/04] 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).

9 [Cita de la C-507/04] Aprobado por el Congreso de la República mediante la Ley 74 de 1968.

10 [Cita de la C-507/04] Aprobado por el Congreso de la República mediante la Ley 74 de 1968.

11 [Cita de la C-507/04] 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 PIDESC 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.

12 [Cita de la C-507/04] Aprobada por el Congreso de la República mediante la Ley 16 de 1972.

13 [Cita de la C-507/04] 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.”

14 [Cita de la C-507/04] 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 derechos humanos del niño. Opinión Consultiva de 28 de agosto de 2002]

15 [Cita de la C-507/04] Aprobada en el ámbito nacional por el Congreso de la República mediante la Ley 12 de 1991.

16 [Cita de la C-507/04] 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)

17 [Cita de la C-507/04] Observación General N°5 (2003) del Comité sobre los Derechos del Niño.

18 [Cita de la C-507/04] 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)

19 [Cita de la C-507/04] 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.

20 [Cita de la C-507/04] En esta sentencia la Corte resolvió declarar inexecutable la diferencia de edades según el género, en la configuración de una causal de nulidad del matrimonio. La norma demandada fue el numeral 2º del artículo 140 del C.C, según el cual el matrimonio era nulo cuando el contrayente varón fuera menor de catorce años y la contrayente mujer fuera menor de doce. En esa oportunidad se consideró que la diferencia de edades por razón del

género contravenía la prohibición de discriminación del artículo 13 y el 43 de la Carta, entre otros.

21 Así también lo ha reconocido la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en múltiples oportunidades cuando señala: “[e]n orden a velar por los intereses de los incapaces el legislador creó la representación legal en virtud de la cual coloca unos sujetos al cuidado de ciertas personas, a las que inviste de atribución para actuar en su nombre y de vincularlos en los efectos que de esos actos se deriven, como si hubieran contratado ellos mismos. Tratándose de los incapaces no sometidos a patria potestad, la ley los sujeta a la representación derivada de la tutela o de la curaduría que “son cargos impuestos a ciertas personas a favor de aquellas que no pueden dirigirse a sí mismas, o administrar competentemente sus negocios y que no se hallen bajo potestad de padre... que pueda darles la protección debida” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de septiembre 5/72)

22 La Corte acoge en el presente pronunciamiento, la aclaración que se hizo en la C-371/00. En esta sentencia se revisó la constitucionalidad del proyecto de Ley Estatutaria “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...”. Y la aclaración que se hizo consistió en determinar el uso indistinto de las palabras género y sexo en materia jurídica y que no influye en el análisis de fondo de la discriminación por razón de género (o sexo). “La Corte entiende que los términos sexo y género no son sinónimos. Cuando se habla del sexo, se hace énfasis en la condición biológica que distingue a los hombres de las mujeres, mientras que el género hace referencia a la dicotomía sexual que es impuesta socialmente a través de roles. No obstante esta diferencia, para efectos prácticos, la Corte en esta sentencia utilizará los términos como sinónimos, pero aclarando que cuando se utilicen están comprendidas ambas dimensiones.”

23 Sobre la evaluación de la vulneración y/o satisfacción del principio y el derecho a la igualdad en términos de asignación de cargas y beneficios en cabeza de los ciudadanos, ver el desarrollo de la noción de test de igualdad, entre otras en la sentencia C-022 de 1996

24 En varios pronunciamientos esta Corporación ha resaltado que el principio de igualdad se estructura en tres dimensiones. Siguiendo lo establecido en la C-673 de 2001, en la C-507 de 2004 se dijo: “[s]e trata pues 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. (...) 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. (...) 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.

26 Ibíd. “Todas las personas (...), recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de las mismos derechos y oportunidades...”. En la sentencia C-673 de 2001 esta Sala presentó la obligación de la igualdad de trato como en el derecho comparado se ha desarrollado. En algunos casos se ha establecido como “el principio de igualdad de trato”. En dicha sentencia se recordó que: “[e]n efecto, en los Estados Unidos desde el año 1920 se menciona explícitamente el test leve aplicable al examen de una medida legislativa para determinar si vulnera el principio de igualdad de trato. (...) La Corte [Europea de Derechos Humanos] adoptó esta metodología por considerar que debía seguir los principios que pueden ser extraídos de la práctica jurídica de un amplio número de estados democráticos según la cual el principio de igualdad de trato es violado si la distinción carece de una justificación objetiva y razonable...” (énfasis fuera de texto). De esta evolución de la obligación de trato igual, como principio de igualdad de trato contenido en el principio general de igualdad, ha hecho parte también esta Corte. Entre otras, en la citada C-504 de 2004: “[en] la segunda dimensión, la igualdad de trato (...) 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”

27 Alguna de la doctrina ha definido la obligación de igualdad de trato contenida en el principio general de igualdad como uno de los subprincipios de éste. Lo ha denominado principio de igualdad en la ley en contraposición con el tradicional principio de igualdad ante la ley. Pues la consideración doctrinaria general es que al segundo (igualdad ante la ley) vino el primero (igualdad en la ley) en la evolución del Estado Social de Derecho. “Con la crisis del Estado Liberal de Derecho se produce una ruptura de la identificación entre igualdad y ley, y se va a ampliar el juicio de igualdad de la aplicación a la misma creación de la norma, esto es, a la razonabilidad de su contenido”. (Rey Martínez Fernando. El Derecho Fundamental a no ser discriminado por razón de sexo. Ed. McGraw-Hill. Madrid. 1995. Pág 44).

28 Al igual que los subprincipios de igualdad ante la ley e igualdad en la ley de la cláusula general de igualdad del artículo 13 superior, la prohibición de discriminación se deriva de éste. De ahí que la Corte lo haya incorporado igualmente al contenido de esta cláusula: “[e]n principio el legislador goza de una amplia potestad de configuración. No obstante, las limitaciones constitucionales impuestas al legislador en determinadas materias en la propia Constitución justifican en determinados casos la aplicación de un test de mayor intensidad. Es así como la Corte ha aplicado un test estricto de razonabilidad en ciertos casos, como por ejemplo 1) cuando está de por medio una clasificación sospechosa como las enumeradas en forma no taxativa a manera de prohibiciones de discriminación en el inciso 1º del artículo 13 de la Constitución.”(Énfasis fuera de texto) Op. Cit C-673.

29 Artículo 13.- (...) El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará las medidas a favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentre en circunstancias de debilidad manifiesta (...). (Énfasis fuera de texto)

31 La Corte ha hecho manifiesta esta interpretación en numerosos pronunciamientos. Por ejemplo la Sala ha establecido la necesidad de variar el grado de intensidad del test de igualdad dependiendo de si la desigualdad objeto de estudio de constitucionalidad se refiere a estos grupos discriminados o marginados. Así, en sentencias como la C- 180/05 que sigue lo estipulado en la C-091/03, se dijo: “[c]uando se trata de medidas de promoción de los desfavorecidos la jurisprudencia constitucional ha sostenido que se deben aplicar escrutinios intermedios de constitucionalidad. Se reconoce en consecuencia un margen relativamente amplio de configuración por parte del legislador para implementar los mecanismos que hagan efectiva la igualdad material en favor de los grupos marginados”. (Énfasis fuera de texto). En otra ocasión, en la C-426/97, la Corte estableció que en la asignación de bienes escasos en la sociedad colombiana a los ciudadanos, existía no sólo la permisión sino también el deber de las autoridades de privilegiar a los menos favorecidos, y ello se presentó como un criterio objetivo: “[p]or eso se ha considerado que la exigencia que se deriva del principio de igualdad para estos estados de cosas se restringe a que todas las personas interesadas tengan iguales posibilidades de acceder al proceso de selección de los beneficiarios y puedan tener la certeza de que la distribución de los bienes se hará acatando los procedimientos establecidos. Estos criterios de distribución no pueden ser generales, aplicables a todos los casos, sino que han de ser determinados de acuerdo con las características propias de los bienes o medios por repartir y de las necesidades o aspiraciones que éstos satisfacen.”

32 Cr. Fundamento jurídico número 17 de esta sentencia.

33 Cr. Fundamento Jurídico número 11 de esta sentencia.

34 Al respecto ha dicho la Corte: “[e]l principio de no discriminación, por su parte, asociado con el perfil negativo de la igualdad, da cuenta de ciertos criterios que deben ser irrelevantes a la hora de distinguir situaciones para otorgar tratamientos distintos. Estos motivos o criterios que en la Constitución se enuncian, aunque no en forma taxativa, aluden a aquellas categorías que se consideran sospechosas, pues su uso ha estado históricamente asociado a prácticas que tienden a subvalorar y a colocar en situaciones de desventaja a ciertas personas o grupos, vrg. mujeres, negros, homosexuales, indígenas, entre otros” (C-371 de 2000 Fundamento Jurídico # 17). En otra oportunidad se dijo: “[l]a 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”. (C-112 de 2000 Fundamento Jurídico # 11, reiterada, entre otras en la C-507/04 Fundamento Jurídico # 9.2.2.2).

La doctrina también ha establecido el alcance de los criterios sospechosos de clasificación normativa, adoptando sobre todo el desarrollo que la Corte Suprema de los EEUU ha hecho al

respecto (Korematsu vs. United States 1994). “La afirmación de la igualdad humana está estrechamente asociada con la enérgica oposición de que las diferencias de credo, raza, nacimiento, etc., sean significativas o relevantes a la hora de decidir como deben ser tratados los hombres. Estos rasgos no pueden ser nunca base de una clasificación constitucional válida, incluso aunque dicha clasificación fuera razonable, esto es estuviera razonablemente a un legítimo propósito público. Pero como suponer que toda clasificación sobre estas características debiera ser nula es demasiado radical (doctrina de las clasificaciones prohibidas), es mejor una forma menos extrema de esta doctrina: existe una presunción de inconstitucionalidad contra las leyes que empleen esos rasgos definitorios aludidos (doctrina de la clasificación sospechosa –suspect classification–), y, en consecuencia los tribunales deben examinarla con un juicio más estricto (strict scrutiny)”. (Rey Martínez Fernando. El Derecho... Op. Cit. Págs 51 y 52)

35 C-507/04. De ahí que esta dimensión del artículo 13 constitucional sea “...sustantiva y positiva. (...) [S]ustantiva 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” (C-507/04 Fundamento Jurídico número 6).

36 En la sentencia C-507/04 (Fundamento Jurídico # 4), esta Corporación al declarar inexecutable la diferencia de edades según el género, en la configuración de una causal de nulidad del matrimonio, explicó que del análisis histórico de las normas del Código Civil colombiano en materia de derechos de las mujeres, se podía constatar que las diferencias de trato con base en el género obedecían a concepciones tradicionales de la situación y el rol de la mujer en la sociedad. Ellas, desde el derecho romano, estaban supeditadas a la potestad, bien del padre o del marido y sus funciones sociales eran las atinentes a la procreación y al hogar familiar. En la C-371 de 2000 se reconoció igualmente esta situación: “[n]o hay duda alguna de que la mujer ha padecido históricamente una situación de desventaja que se ha extendido a todos los ámbitos de la sociedad y especialmente a la familia, a la educación y al trabajo. Aun cuando hoy, por los menos formalmente, se reconoce igualdad entre hombres y mujeres, no se puede desconocer que para ello las mujeres han tenido que recorrer un largo camino. Baste recordar que bien entrado el siglo veinte, las mujeres en Colombia tenían restringida su ciudadanía, se les equiparaba a los menores y dementes en la administración de sus bienes, no podían ejercer la patria potestad, se les obligaba a adoptar el apellido del marido, agregándole al suyo la partícula “de” como símbolo de pertenencia, entre otras limitaciones.” En la C-408/96, se dijo al respecto: “...la Corte considera que esas estrategias educativas y culturales son de la mayor importancia pues, como ya se ha señalado en esta sentencia, la persistencia de esquemas culturales fundados en una visión patriarcal de la sociedad es uno de los aspectos que hace más difícil la tarea de erradicar la discriminación y la violencia contra la mujer. Así, incluso el proyecto humanista de la Modernidad, durante mucho tiempo, consideró natural excluir a la mujer de los pactos sociales que fundaron las sociedades democráticas, que fueron entonces pensadas por los hombres y para los hombres. No por casualidad el principal documento político de la Revolución Francesa se denomina “Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano”, con lo cual, según algunos comentaristas, la mitad de la población, las mujeres, habría quedado prácticamente

excluida de los designios democráticos e igualitarios de la Ilustración. Por ello muchos movimientos feministas, en especial en el Quebec canadiense, han propuesto que se sustituya la expresión clásica en lengua francesa “Droits de l’Homme” (Derechos del Hombre) por otras como “Droits Humains” (Derechos Humanos) o “Droits de la Personne” (Derechos de la Persona), a fin de evitar de esa manera la discriminación de género implícita en la primera.”

37 “En cuanto a la igualdad de género, el PDCP [Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ‘1966’] 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.”[Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 28 La igualdad de Derechos entre hombres y mujeres ‘2000’] 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. (...)’” (C-507/04 F.J 6.2.1)

38 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.”. Citada en la sentencia transcrita.

39 Sentencia T-326 de 1995, citada en la T-026 de 1996. En la citada C-371 de 2000: “[e]n materia de género, por ejemplo, esta Corporación ha identificado varias normas y conductas discriminatorias. Así, ha encontrado que viola la igualdad, el consagrar una causal de nulidad del matrimonio que sólo se predica de la mujer (C-082 de 1999); el negar de plano a la población femenina el acceso a la única escuela de cadetes del país (T-624 de 1995); que una entidad de seguridad social permita a los hombres, y no a las mujeres, afiliarse a sus cónyuges (T-098 de 1994); el exigir que el matrimonio se celebre exclusivamente en el domicilio de la mujer (C-112 del 2000); que a ésta se le prohíba trabajar en horarios nocturnos (C-622 de 1997). En todos estos eventos, la Corte ha concluido que las diferencias

en el trato, lejos de ser razonables y proporcionadas, perpetúan estereotipos culturales y, en general, una idea vitanda, y contraria a la Constitución, de que la mujer es inferior al hombre. (Ver otros casos de discriminación en razón del sexo, en las sentencias T-326 de 1995, T-026 de 1996, C-309 de 1996, C-410 de 1996).”

40 C-371/00

41 Cr., principalmente las sentencias C-410/94 y C-371/00.

42 En la C-507 de 2004, en los fundamentos jurídicos # 6.1.2 y 6.1.3 se dijo al este respecto: “[u]no 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 [declaraciones a este respecto del delegatario Horacio Serpa Uribe en el debate del 16 de abril de 1991 en la Comisión Primera de la Asamblea Nacional Constituyente, citadas en la sentencia que se transcribe en la nota al pie # 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. (...)” [C-1064 de 2001, citada en la sentencia que se transcribe]. 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 [La sentencia que se transcribe cita apartes de la Ley 581 de 2000 mediante la que 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 Política]. 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”.

43 Esta “Convención fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979 y firmada el 17 de julio de 1980; ratificada por el Congreso de la República mediante la Ley 51 de 1981.

44 Suscrita en la ciudad de Belén Do Para, Brasil, el 9 de junio de 1994. Ratificada por Colombia mediante la Ley 248 1995, y revisada en su constitucionalidad por la sentencia C-408/96.

45 C-410 de 1994, citada en la C-371/00

46 C-112 del 2000, citada en la C-371/00.

47 La misma Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, dispone que: “La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre hombres y mujeres no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención (...)”. (artículo 4º). Citada en la C-371/00.

48 [Cita de la sentencia T-426/98 transcrita] Ver las sentencias T-568 de 1996, C-710 de 1996. C-470 de 1997.

49 Recientemente, en la sentencia C-991 de 2004 la Corte Constitucional se pronunció sobre la aplicación temporal que disponía el artículo 8º de la Ley 812 de 2003, de la protección especial (Retén Social) para madres cabeza de familia sin alternativa económica, dentro de los programas de renovación de la administración pública, establecida en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002. La Corte consideró que la protección dispensada a las madres cabeza de familia mediante la regulación del llamado retén social, no podía ser temporal, en tanto ellas configuran un grupo de especial protección. En otra oportunidad, y en virtud del anterior criterio, esta Corporación, por medio de la sentencia SU-388 de 2005 ordenó el reintegro de más de 1000 mujeres cabeza de familia a la Empresa Telecom en Liquidación.

50 Esto es claro en lo referente a las medidas que buscan proteger a las mujeres contra la violencia. La C-408/96 hizo una sistematización de los instrumentos internacionales al respecto: “[l]os artículos 10 a 12 [de la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer”] desarrollan mecanismos de protección específicos en el ámbito interamericano a fin de proteger el derecho de la mujer a una vida libre de violencia. Así, se establece que en los informes nacionales a la Comisión Interamericana de Mujeres, los Estados deben incluir información sobre los factores que estimulan la violencia contra la mujer y las medidas adoptadas para prevenirla y erradicarla, para asistir a la mujer afectada por la violencia, así como sobre las dificultades que observen en la aplicación de las mismas (art. 10). Igualmente se estipula que los Estados y la Comisión Interamericana de Mujeres pueden requerir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos una opinión consultiva sobre la interpretación de esta Convención (art. 11). Finalmente, el artículo 12 regula un mecanismo de queja individual pues señala que cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos peticiones que contengan denuncias o quejas por violación de los derechos reconocidos por la Convención. En tal caso, la Comisión aplicará al trámite de tales quejas las normas y los requisitos de procedimiento para la presentación y consideración de peticiones estipulados en la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos y en el Estatuto y Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Los mecanismos internacionales de protección, como los consagrados por la presente Convención [“Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer”], tienen su antecedente en la Convención Europea de Derechos Humanos o Convención de Roma del 4 de noviembre de 1950, redactada por la mayor parte de los países europeos con el recuerdo aun fresco del drama del fascismo y de la Segunda Guerra

Mundial, que llevó a sacar del ámbito exclusivamente nacional la garantía de los derechos humanos. La filosofía de los sistemas internacionales de protección es entonces, en cierta medida, que los derechos humanos son demasiado importantes para dejar su protección exclusivamente en manos de los Estados, pues la experiencia histórica de los regímenes totalitarios había mostrado que el Estado puede llegar a convertirse en el mayor violador de tales valores, por lo cual son necesarias las garantías internacionales en este campo. Se concede entonces la posibilidad a los individuos de acudir a un órgano internacional -la Comisión Europea- para denunciar violaciones a derechos humanos por parte de su propio Estado, confiriéndose así por primera vez personalidad jurídica internacional al individuo.

En los años siguientes, el sistema europeo se generaliza. Así, en el ámbito universal, el Protocolo Facultativo del Pacto de Derechos Civiles y Políticos establece también un mecanismo de denuncia individual ante el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Por su parte, en nuestro continente, se desarrolla el sistema interamericano, que se basa esencialmente en la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, la cual concede a los individuos la posibilidad de denunciar atropellos por parte de los Estados ante una instancia regional, la Comisión Interamericana de derechos humanos, la cual a su vez decide si acusa o no al Estado en cuestión ante la Corte Interamericana.

(...)[L]a vigencia de los derechos humanos se convierte en un asunto que interesa directamente a la comunidad internacional como tal. Por eso, cuando los mecanismos nacionales de protección resultan ineficaces, los individuos pueden directamente acudir ante ciertas instancias internacionales -como el Comité de Derechos Humanos de la ONU o la Comisión Interamericana de Derechos Humanos- para que se examinen las eventuales violaciones a los derechos reconocidos por los pactos internacionales, sin que ello pueda ser considerado una intromisión en el dominio reservado de los Estados.

(...)[L]a violación por parte de un Estado de los derechos fundamentales de sus ciudadanos no es un asunto puramente doméstico sino que afecta a la comunidad internacional, tanto por sus potenciales implicaciones políticas como porque vulnera la conciencia de la comunidad civilizada. No es entonces por casualidad que la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1949 comienza señalando que `la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana.'

Todo lo anterior explica que jurídicamente los derechos humanos sean normas imperativas de derecho internacional o de *Ius Cogens*, que limitan la soberanía estatal, ya que los Estados no pueden transgredirlas, ni en el plano interno, ni en sus relaciones internacionales. Los problemas de derechos humanos han dejado de ser un asunto interno exclusivo de los Estados para constituir una preocupación de la comunidad internacional como tal, la cual ha buscado diseñar mecanismos globales de protección."

51 Sobre la intensidad del test de igualdad ver entre otras las sentencias C-093 de 2001 fundamentos jurídicos # 10 a 15. Y la C-673 de 2001 fundamento jurídico 7.1; entre otras.

52 C-093/01: "[e]n varias sentencias [Cita de la sentencia transcrita (T-230 de 1994, C-445 de 1995, C-309 de 1997, C-183 de 1998, C-481 de 1998 y C-112 de 2000)] esta Corte ha ido definiendo cuáles son los factores que obligan a recurrir a un juicio de igualdad más riguroso.

Conforme a esa evolución jurisprudencial, el escrutinio judicial debe ser más intenso al menos en los siguientes casos: de un lado, cuando la ley limita el goce de un derecho constitucional a un determinado grupo de personas, puesto que la Carta indica que todas las personas tienen derecho a una igual protección de sus derechos y libertades (CP art. 13). De otro lado, cuando el Congreso utiliza como elemento de diferenciación un criterio prohibido o sospechoso, como la raza, pues la Constitución y los tratados de derechos humanos excluyen el uso de esas categorías (CP art. 13). En tercer término, cuando la Carta señala mandatos específicos de igualdad, como sucede con la equiparación entre todas las confesiones religiosas (CP art. 19), pues en esos eventos, la libertad de configuración del Legislador se ve menguada. Y, finalmente, cuando la regulación afecta a poblaciones que se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta ya que éstas ameritan una especial protección del Estado (CP art. 13).

53 En la T-352/97 (F J. # 11), citada en la C-093/01 se dijo al respecto: “[p]ara que una medida que establece un trato diferenciado en virtud de uno de los criterios constitucionalmente “sospechosos” supere el juicio de igualdad y la presunción de inconstitucionalidad que la cobija, se requiere que se verifiquen los siguientes requisitos: (1) que persiga un objetivo constitucionalmente imperioso; (2) que obren datos suficientes para afirmar que resulta idónea para garantizar la finalidad perseguida; (3) que es indispensable para alcanzar tal propósito; (4) que el beneficio que se busca obtener es mayor que el daño que causa; y (5) que el trato diferenciado se ajusta al grado de la diferencia que existe entre las personas o grupos de personas involucrados. Si una medida de la naturaleza de la que se estudia, no cumple alguna de estas condiciones, compromete el derecho a la igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política” (Énfasis fuera de texto)

54 “[las mujeres] (...) 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 respecto del hombre, diferencia que se ha mantenido a lo largo de la historia, hasta ahora que se controvierte constitucionalmente”.

55 Al respecto se recogieron conceptos en la C-507/04; por ejemplo el concepto de la Facultad de Medicina de la Universidad 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. (...) [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. (...) 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” (Énfasis fuera de texto)

56 Ver nota al pie # 57 de esta sentencia.

58 Aprobada por el Congreso de la República mediante la Ley 51 de 1981.

59 Énfasis fuera de texto

60 Al respecto, el Protocolo pretende un alcance educativo general: “[e]stimando que será más fácil erradicar la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía si se adopta un enfoque global que permita hacer frente a todos los factores que contribuyen a ello, en particular el subdesarrollo, la pobreza, las disparidades económicas, las estructuras socioeconómicas no equitativas, la disfunción de las familias, la falta de educación, la migración del campo a la ciudad, la discriminación por motivos de sexo, el comportamiento sexual irresponsable de los adultos, las prácticas tradicionales nocivas, los conflictos armados y la trata de niños”

61 C-507/04. Fundamento Jurídico 9.2.5

62 Fundamento jurídico # 13 de esta sentencia

63 C-507/04, Fundamento Jurídico 9.2.5

64 Ibídem

65 En numerosas ocasiones la Corte Constitucional se ha visto enfrentada al hecho de dejar vacíos significativos y potencialmente generadores de inseguridad jurídica en el sistema jurídico. Al respecto la C-507/04: “Cuando la Corte Constitucional se enfrenta a una situación de vacío semejante, ha dicho su jurisprudencia, puede seguir dos caminos [C-112/00]: 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 [Ib., C-221/97 y C-700/99], o proferir una sentencia integradora, llenando la propia Corte el vacío que deja la norma inconstitucional al salir del sistema jurídico [Ib.]”. En apartes de la C-112/00 citados en la C-507/04 se dice: “(...) es doctrina reiterada de esta Corte que el juez constitucional no está atrapado 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. (...) [D]e 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. (...) [D]e 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.”

66 C-507/04 Fundamento jurídico # 10.