

**CAPACIDAD PROGRESIVA DE LOS NIÑOS Y NIÑAS EN COLOMBIA:
ANÁLISIS DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL**

CATALINA NIÑO VALDERRAMA

**TRABAJO DE GRADO PARA OPTAR AL
TITULO DE ABOGADA**

**ASESOR: LINA MARCELA ESTRADA JARAMILLO
MAGISTER EN DERECHO**

**UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA
FACULTAD DE DERECHO
Y CIENCIA POLITICA**

2019

CAPACIDAD PROGRESIVA DE LOS NIÑOS Y NIÑAS EN COLOMBIA: ANÁLISIS DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL *

Catalina Niño Valderrama¹

Resumen

El objetivo del presente artículo es identificar como a través de la evolución normativa, la capacidad jurídica de los niños, niñas y adolescentes ha sufrido grandes cambios dejando de ser vistos como objetos de protección y tomando posición socialmente como sujetos de derecho. La capacidad de los niños y niñas² de decidir en diversos aspectos culturales, económicos y personales pone en la mesa su grado de autonomía, e invita a preguntarse hasta qué punto pueden a voluntad actuar en nombre propio. En este sentido la autonomía de la voluntad es un principio jurídico que inspira todo el derecho privado y que se relaciona con el concepto de infancia y adolescencia, existe la “autonomía progresiva” que garantiza el ejercicio personal a los menores de edad de sus derechos. Este análisis se sustenta en la importancia de estudiar aspectos relacionados con la infancia y la adolescencia, área del derecho poco desarrollada por la doctrina colombiana. A partir de lo anterior, se expone la evolución jurídica del tratamiento de los niños y niñas en Colombia, sus cambios y el marco legal que lo ha desarrollado, para luego profundizar en como la autonomía progresiva ha permitido otras miradas y tratamientos, para finalizar con el análisis de casos específicos tratados por la jurisprudencia.

Palabras Clave: *Capacidad jurídica, autonomía progresiva, interés superior del menor de edad, capacidad relativa, capacidades evolutivas.*

* Artículo realizado en el curso de profundización “Los niños como objeto o sujetos de Derechos” a cargo de la docente Lina Marcela Estrada Jaramillo.

¹ Licenciada en Inglés y Español de la Universidad Pontificia Bolivariana y estudiante de pregrado en Derecho. Correo electrónico: catalina.ninov@udea.edu.co

² En adelante, la acepción “niños y niñas” se empleará para referirse a toda persona menor de 18 años.

Abstract

The objective of this article is to identify how, through normative evolution, the legal capacity of children and adolescents has undergone great changes, ceasing to be seen as objects of protection and taking a social position as subjects of rights. The capacity of children and adolescents to make decisions in various cultural, economic and personal aspects puts their degree of autonomy on the table, and invites them to ask themselves to what extent they can at will act in their own name. In this sense the autonomy of the will is a legal principle that inspires all private law and related to the concept of childhood and adolescence, there is the "progressive autonomy" that guarantees the personal exercise to children and adolescents of their rights. This analysis is based on the importance of studying aspects related to childhood and adolescence, since it is an area of law that is not very well developed by Colombian doctrine. Based on the foregoing, the history of the evolution of the capacity of children and adolescents in Colombia, its changes and the legal framework that has developed it, is briefly presented, followed by an in-depth study of how progressive autonomy has allowed for other views and treatments, ending with the analysis of specific cases dealt with by jurisprudence.

Keywords: Legal capacity, progressive autonomy, interest of the minor, relative capacity, evolutionary abilities.

Introducción

El derecho como instrumento de protección para la infancia y la adolescencia se ha desarrollado en las últimas décadas, específicamente desde el año 2000, pero aún con dichos avances la doctrina colombiana no se ha encargado de profundizar sobre el tema, desarrollando más las instituciones Derecho de Familia como el divorcio, el matrimonio y sus efectos personales y patrimoniales. Es esta una de los objetivos principales que impulsan la construcción del presente artículo, para cuestionar el alcance de la capacidad de los menores de edad, especialmente de los adolescentes a través de la siguiente pregunta ¿Cómo

la capacidad jurídica les otorga un estatus a los niños, niñas y adolescentes como “objetos de protección” o como “sujetos de derecho”?

Con apuro se ve como los niños, niñas, en muchas ocasiones se encuentran en circunstancias que los obligan o los invitan a tomar decisiones autónomas, pero cuales de ellas se enmarcan dentro de la reglamentación vigente y cuantas están fuera de ella o poco legisladas dejando lagunas jurídicas que ponen en riesgo la seguridad e integridad de los menores de edad, así como sus derechos y su dignidad humana.

¿A qué edad se es plenamente consciente para tomar una decisión?, ¿Esta un adolescente facultado para decidir por sí mismo sobre aspectos que generan cambios en su vida? ¿La legislación permite que tomen decisiones de este tipo? Son estos interrogantes los que cuestionan el ejercicio de la capacidad en niños y niñas; pues en efecto desde el ordenamiento jurídico colombiano no se tiene certeza en qué casos, y en que magnitud los adolescentes pueden hacer uso de su autonomía y ejercer su plena capacidad.

El presente trabajo se desarrolla bajo un enfoque cualitativo, basado en que, desde dicha perspectiva se permite hacer una descripción de fenómenos sociales, y analizarlos a la luz de las dinámicas jurídicas. Desde la postura de Ruiz (2013) “El paradigma cualitativo subyace en estudios bien definidos por una investigación concentrada en la descripción y explicación, dirigida por hipótesis expresadas claramente” (p.14) en este sentido, se intentará con este artículo, explicar el dilema jurídico de la capacidad de los menores de edad, rescatando ideas y teorías que se han materializado a lo largo de la historia.

En la misma línea, este tipo de investigación es definida así, por Saldaña y Hernández (2001):

La investigación cualitativa pretende finalmente la comprensión e interpretación de las experiencias subjetivas del investigador y de los involucrados respecto de lo que ocurrió u ocurre en el contexto del fenómeno; la exploración de los significados que las cosas tienen para las personas; la recuperación del punto de vista de los autores,

y la comprensión de los significados que un fenómeno o situación tienen para las personas.

Así pues, estamos ante un estudio de contexto, en el que la normatividad en materia de infancia y adolescencia suscita un análisis con el objeto de estudio, los niños y niñas, y su capacidad jurídica. Por su parte, el paradigma cualitativo, señala Cook y Reichart (2005) posee un fundamento decisivamente humanista para comprender la realidad social de la postura idealista que resalta una concepción evolutiva y negociada del orden social. Por tanto, reconoce que el mundo social no es fijo ni estático, sino cambiante, versátil y dinámico, por lo que se presentan situaciones como las que se desarrollarán a continuación.

De manera análoga, se abordará un estudio técnico documental que consiste en la identificación, recolección y análisis de documentos relacionados con el hecho o contexto estudiado. En este caso, la información no se obtendrá de personas investigadas, sino de casos de personas que han sido tratados y estudiados por la Corte Constitucional elevados en acciones constitucionales. Según Chong (2007) “la investigación documental es de gran importancia, porque sin ella no habría investigación sistemática”. (p.183) Si analizamos la palabra Documental se refiere a la investigación bibliográfica realizada en diversos tipos de escritos, en el caso concreto, la investigación se realizará sobre las sentencias contenidas en la página oficial de la Corte; y es claro que el proceso metodológico para adelantar una investigación documental es de carácter cualitativo.

El desarrollo del artículo aborda varias temáticas necesarias, para dar respuesta a la pregunta movilizadora y cumplir el objetivo de determinar cuál es el estatus jurídico de los niños en Colombia. En primer lugar, el artículo se ocupará de realizar un recorrido histórico por la legislación colombiana y los diferentes instrumentos que han regulado la capacidad de los menores de edad, estableciendo los niños, niñas y adolescentes como una construcción social, y analizando como el Derecho a través del lenguaje ha vulnerado su reconocimiento como sujetos de derecho. Seguidamente se trabajarán los conceptos de autonomía de la voluntad y autonomía progresiva como principio fundamental en el análisis de la capacidad jurídica de los niños y niñas y en un acápite posterior se describirá como la Corte Constitucional ha enfrentado situaciones en que debe decidir sobre otorgar o no capacidad y

decisión a niños y adolescentes, posicionándolos como ciudadanos de pleno derecho en la jurisprudencia colombiana.

Capítulo I

La infancia y adolescencia colombiana como construcción social

El concepto de niño es una construcción inacabada, que social e históricamente se ha ido desarrollando en un continuo cambio hasta consolidarse la concepción actual, el niño como sujeto de derechos. En cada sociedad o época se ha evidenciado la creación de diversas concepciones con la finalidad de explicar y caracterizar a los niños y niñas, lo cual ha orientado la forma de entenderlos y relacionarse con ellos. Los primeros acercamientos al concepto de niñez se enfocaron principalmente en una mirada proteccionista, donde los niños y niñas debían ser corregidos y controlados por los adultos, ubicándolos en una posición desigual, en la que las personas mayores manifiestan su poder y superioridad frente a ellos.

El concepto de niño es, por tanto, un imaginario colectivo fruto de las diversas figuras de relación entre los grupos sociales, la fuerza y el poder. No se puede negar que las categorías de niñez y adolescencia están permeadas por influencias sociopolíticas y los cambios que ha sufrido la percepción de estas en la modernidad, está estrechamente ligada a las transformaciones en las formas de socialización.

Así pues, las ideas en torno a los niños, existieron fundadas antagónicamente a la concepción de los adultos o los adolescentes, en un ámbito comparativo que los coloca en una posición de inferioridad, entablado socialmente para definir lo que no encaja con un joven o un adulto. Por tanto, se consolida un significado colectivo de qué representa ser un niño y una niña y partiendo de aquí, se constituyen relaciones que matizan las conductas, cualidades, y emociones que se generan de los anhelos para la niñez. Los conceptos que se tienen en cada época, contrastan las visiones que se han construido sobre ellos, las cuales influyen en la forma de cómo se desarrollan y se restringen como sujetos en los espacios donde participan, en sus capacidades, características intelectuales, emocionales, sociales y hasta personales impuestas desde la percepción del adulto, o muchas veces del Estado.

De otro lado, las representaciones sociales entabladas para la niñez, han estado influidas por la invención del mundo adulto, desde diversas ciencias, ramas y ámbitos de poder, asignándole unas etapas del desarrollo, imponiéndole tareas por hacer, y estableciendo metas que debían alcanzar dependiendo de su maduración. De igual manera, se han instalado en el tiempo, concepciones y actitudes frente a los niños y niñas, lo que ha forjado gran impacto en su integralidad, desde todas sus dimensiones, cognitiva, corporal, actitudinal, valorativa y comunicativa. Según Álzate (2003), la infancia puede concebirse como esa idea conjuntamente compartida “es aquello que la gente dice o considera que es la infancia en diversos momentos históricos” (p.4).

Actualmente, la normatividad contiene la mayoría de los aspectos relacionados con los niños y niñas en Colombia, en la Ley 1098 de 2006, por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia, se constituye a los niños y adolescentes como sujetos titulares de derechos, y se aborda una idea de protección integral estipulada en el artículo 7° de dicha ley, que consagra:

Se entiende por protección integral de los menores de edad, el reconocimiento como sujetos de derechos, la garantía y cumplimiento de los mismos, la prevención de su amenaza o vulneración y la seguridad de su restablecimiento inmediato en desarrollo del principio del interés superior.

Así pues, se evidencia como aún hoy el tratamiento de la infancia tiene un tinte preventivo y garantista, pero también restablecedor y de mirada más abierta.

En esta misma línea, anterior a la ley mencionada, se tenía en Colombia como instrumento jurídico para los niños y niñas, el Decreto 2737 de 1989, más conocido como el Código del Menor. En este caso, el artículo 3° del Decreto, expresa lo siguiente: “Todo menor tiene derecho a la protección, al cuidado y a la asistencia necesaria para lograr un adecuado desarrollo físico, mental, moral y social; estos derechos se reconocen desde la concepción”. Si bien en este mandato del Estado es evidente la concepción proteccionista y minoritaria de la sociedad, a lo largo de todo el Código no se evidencia ni una sola vez las palabras niño o adolescente, que son en quienes recaen todas las obligaciones del Estado y la sociedad, sino

que se utiliza un vocablo discriminatorio, posicionándolos a ambos siempre como “menores”, y pasando de proteger a transgredir con el lenguaje a estos sujetos de derechos.

Continuando con el planteamiento anterior, desde el análisis simple del lenguaje, el Estado y el Derecho han vulnerado a los niños y niñas por décadas. La primera definición de menor en el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española es: “que es inferior a otra cosa en cantidad, intensidad o calidad”. Otro significado de menor en el mismo diccionario es: menos importante con relación a algo del mismo género. Por tanto, denotar con la palabra menor, a todos los niños y niñas es asignarles una categoría social por debajo de todos los demás.

Según Pérez y Noreña (2011) se entiende que el uso y la denominación del lenguaje también representa una posición dentro de la sociedad, que puede evolucionar a un estado de dominio o poder según se utilice, y es eso justamente lo que sucedió en el caso de los niños y niñas que por ser llamados menores se les negaron varias acciones, decisiones y hasta derechos basados en la discriminación por edad, sin atender a otros aspectos para analizarlos.

Por consiguiente y atendiendo a ese factor del lenguaje como regulador de las relaciones sociales, y categorizador de capacidad, Halliday (1994) expone que:

En el desarrollo de niño o niña como ser social, la lengua desempeña la función más importante. La lengua es el canal principal por el que se le transmiten los modelos de vida, por el que aprende a actuar como miembro de una “sociedad”, dentro y a través de los diversos grupos sociales, la familia, el vecindario, y así sucesivamente, y a adoptar su “cultura”, sus modos de pensar y de actuar, sus creencias y sus valores (p.34).

En este sentido, no solo las connotaciones minoritarias con las que nos referimos a la infancia y la adolescencia influyen en su posicionamiento social, sino que también, las formas de acercarnos a ellos, de hablarles, y de formarles los convierten en ese ideal que socialmente se ha preestablecido. Ahora bien, en una esfera donde el Código que regula todo lo referente a los niños y niñas los nombra con la palabra “menor”, no se puede pretender que ellos se sientan incluidos en el sistema normativo y en la construcción social de país, y mucho menos

que les sean reconocidos en pleno sus derechos como sujetos de los mismos, cuando están siendo tratados como lo menos de la sociedad a quienes solo se les debe protección.

Según Zeledón (2015) la historia ha demostrado que la infancia ha sido invisibilidad, al grado de adquirir la denominación de “menores” en la situación irregular, “menores infractores” en la ley penal, menores abandonados, “menores en situación de riesgo”, y este modelo estigmatiza al niño sin oportunidades ni familia, convirtiéndolo en un “menor” definido a partir de su “incapacidad jurídica”.

Por tanto, reconociendo que la palabra menor tiene una connotación de “menos”, la regulación normativa cambió para enfrentar esas vulneraciones legales que se ejercían a través del lenguaje, y el legislador con el Código de Infancia y Adolescencia, eliminó de fondo este concepto, solucionando, al menos, la problemática lingüística de exclusión que causaba utilizar solo la palabra menor para referirse a todos los individuos que no han alcanzado la mayoría de edad. Es necesario aclarar, que la palabra menor acompañada de otro vocablo puede emplearse para referirse a niños y niñas sin ejercer acciones minoritarias o discriminatorias, como por ejemplo “menor de edad”, y es notorio como aquí el significado cambia, permitiendo que se interprete el mensaje de manera correcta, pues no se está refiriendo a la infancia ni a la adolescencia como menos, sino como personas menores de 18 años.

Superando esta vulneración a nivel de país, es importante resaltar que desde la creación de la Convención sobre los Derechos del Niño³, se puede intentar pensar que aparece una concepción unificada de la infancia en todos los países que suscribieron dicho entramado jurídico, y si bien el concepto de niño depende mucho del concepto de cada sociedad y la historia de la misma, desde este momento se transforma la vida del menor de edad en sujeto de derechos, siendo ese el punto de partida para definirlo en cada Estado. La Convención permite una evolución del niño de objeto de derecho y adopta una protección especial en sujeto de una extensa lista de derechos y libertades, la declaración también logra aclarar el significado de casi toda la gama de derechos humanos para los niños y niñas.

³ En adelante se denomina la Convención.

Con respecto a la Convención de los Derechos de los Niños, Cussiánovich (2006) considera que con esta la humanidad se ha hecho protagonista de uno de los acontecimientos éticos de mayor transcendencia en un eje epistemológico y hermenéutico de los proyectos sociales, políticos, culturales, y económicos que hoy dominan el escenario global de los pueblos, dicha convención es un incentivo y un instrumento para combatir la pobreza, la marginación y la exclusión de las infancias.

Sim embargo, así los múltiples intentos de la Convención hayan logrado concebir al niño en una única idea, el asunto no es tan fácil como aparenta serlo, especialmente cuando de dicha definición se genera una expectativa de interacción entre los adultos y los niños o adolescentes. Por ende, se puede afirmar que en la relación social se crea, interviene y propaga una concepción pluridimensional o variada sobre los niños y niñas, más precisamente múltiples adaptaciones de infancias y adolescencias como familias, escuelas, políticas, culturas y espacios existan, pudiendo converger o coincidir muchas de ellas.

Históricamente, anterior a la ratificación de la Convención en Colombia había una concepción estándar del niño como objeto de tutela del Estado y un imaginario común de diversas instituciones como la familia y la escuela, que lo tachaban como un sujeto, pero un sujeto vacío, al que había que proteger, prescindible y sobre todo incapaz. Ahora bien, a pesar de los avances que se han logrado a nivel de infancia y adolescencia en el país, con el reconocimiento legal de los niños y niñas como portadores de derechos, demasiadas de esas impresiones persisten, sea en un ámbito mental, material o practico desde lo familiar, lo educativo y lo estatal para legalizar o aprobar sus atributos jurídicos.

Al mismo tiempo, si la infancia se valora como una construcción social simboliza que remotamente puede ser un asunto netamente natural o de desarrollo físico y mental, pues finalmente las infancias dependen de las circunstancias, entornos y realidades comunes asignadas a ese grupo de sujetos que reconocemos como niños, y que adquieren dicho estatus a través de políticas, normatividad, reglamentación y conductas pensadas en cada época y en cada Estado específicamente.

De allí, surgen dos posturas que se han defendido frente a la concepción de infancia, el mayor defensor de la primera Casas (1998), expone que es una “estructura permanente en cualquier sociedad, aunque los miembros de esa estructura se renueven continuamente” (p.61), contrario a ellos, Gaitán (2006) discute que “la infancia es distinta a su predecesora a nivel de individuos, pues cada infancia es distinta en la medida de cambios sociales, culturales, económicos y jurídicos” (p.67)

Así pues, a modo de conclusión previa, contemplar la infancia y la adolescencia colombiana como una construcción social, y vivenciar la aceptación del Estado de los niños y niñas como sujetos de derechos, trae consecuencias que van más allá del contexto jurídico y judicial. La confirmación de esa condición de sujeto de derechos no es más que la base de un trabajo arduo de conciencia y reflexión de diversas áreas del conocimiento relativas a los niños y adolescentes, y sobre todo el lugar que ocupan dentro de la sociedad y su interacción con los adultos.

Capítulo II

Autonomía de la Voluntad y Autonomía Progresiva como Principio Fundamental en el análisis de la Capacidad Jurídica de los niños.

La infancia tiene sus propias maneras de ver, pensar y sentir. Nada hay más insensato que pretender sustituirlas por las nuestras.

Jean Jacques Rousseau

La capacidad jurídica sustenta la aptitud de una persona para ser titular de derechos y obligaciones; de ejercer o exigir los primeros y contraer los segundos en forma personal, dicha capacidad permite crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas de forma voluntaria y autónoma. En relación con la capacidad de los niños, niñas, y adolescentes, el Código Civil colombiano, en el artículo 1504 sostiene que:

Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y sordomudos, que no puedan 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 aspectos determinados por las leyes. Además de estas incapacidades hay otras particulares que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos.

Respecto a los menores de edad el mismo Código, en su artículo 34, establece:

Llámesese infante o niño, todo el que no ha cumplido siete años; impúber, quien no ha cumplido catorce años; adulto, el que ha dejado de ser impúber; mayor de edad, o simplemente mayor, el que ha cumplido dieciocho años, y menor de edad, o simplemente menor el que no ha llegado a cumplirlos

En este apartado, se puede observar, por tanto, como aún se llama a los niños y niñas como “simplemente menor”, aduciendo a la discusión anteriormente desarrollada.

No obstante lo anterior, para Lafont (2007) existe un tratamiento distinto de la capacidad en la Ley de Infancia y Adolescencia, a la luz de los artículos 2º y 3º, que no se vincula con la capacidad para celebrar actos y negocios jurídicos, sino para ser “sujetos titulares de derechos” y de su protección correspondiente. Kemelmajer (2010) cuando teoriza sobre la constitucionalización directa, concuerda con la mirada de Lafont e indica que el concepto de persona ya no se determina, en esencia, por la capacidad, sino por la titularidad de derechos fundamentales.

Partiendo de lo expuesto, el reconocimiento de los niños y niñas como sujetos de derecho difiere del concepto de la capacidad jurídica, en la encrucijada de si estos tienen o no una capacidad plena o son incapaces. En relación con ello, la autonomía de la voluntad es un principio jurídico fundamental que inspira transversalmente todo el derecho privado, y dentro del progreso del concepto de infancia y adolescencia aparece otro principio muy ligado al primero llamado: “autonomía progresiva” como un principio que garantiza el ejercicio personal de los niños de sus derechos.

Según la Real Academia Española, la palabra autonomía puede tener cinco significados diferentes, pero con el tema en cuestión se puede resaltar una de las acepciones; ubicado como segundo significado está el siguiente: “condición de quien, para ciertas cosas, no depende de nadie”. A su vez, al realizar la búsqueda del concepto de autonomía, la RAE arroja como significado complementario el siguiente: “autonomía de la voluntad: capacidad de los sujetos de derecho para establecer reglas de conducta para sí mismos y en sus relaciones con los demás dentro de los límites que la ley señala”.

Versando sobre esas definiciones, en las últimas tres décadas, ha tomado particular trascendencia el debate sobre el reconocimiento y la vulneración de los derechos de los niños y el impedir que estos en ejercicio de su autonomía decidan sobre aspectos personales. Entre los apartados normativos y las regulaciones sociales se evidencian diversos criterios que parecieren brindarles a los menores de edad participación en procesos en los cuales anteriormente no podrían estar habilitados para actuar por sí mismos. Las políticas y los derechos de la infancia "configuran en sí mismas, en última instancia, formas de interrelación entre la infancia y los adultos como categorías sociales" (Casas, 1998, p. 29).

En ese sentido, analizando las relaciones sociales entre adultos, niños y niñas y sus límites de decisión, es necesario comprender que el principio de autonomía progresiva desarrollado en la Convención, ha producido en el derecho colombiano una mirada diferente referente a la capacidad o incapacidad de los niños y adolescentes consagrada en nuestro Código Civil, de tal manera que en la actualidad se reconoce que estos pueden tomar decisiones que se encuentran dentro de su esfera personalísima, y producen en ellos obligaciones, sin depender de la autorización o decisión de nadie. Además, se evita que otros los afecten en su esfera más personal y los obliguen sin requerir de la autorización o anuencia de sus padres.

Así pues, es claro que uno de los documentos más importantes a nivel internacional reconoce la autonomía progresiva como un principio rector en las actuaciones de los menores de edad, por tanto, desconocer que niños y adolescentes a lo largo de su crecimiento construyen conciencia de sus propias decisiones sería alejarse de una idea unificada que está abordando distintos ordenamientos jurídicos, con el fin de reconocer los derechos

fundamentales de los menores de edad. Sobre este concepto de autonomía progresiva, Miguel Cillero Bruñol (1999) ha manifestado lo siguiente:

Ser niño no es ser "menos adulto", la niñez no es una etapa de preparación para la vida adulta. La infancia y la adolescencia son formas de ser persona y tienen igual valor que cualquier otra etapa de la vida. Tampoco la infancia es conceptualizada como una fase de la vida definida a partir de las ideas de dependencia o subordinación a los padres u otros adultos. La infancia es concebida como una época de desarrollo efectivo y progresivo de la autonomía, personal, social y jurídica (p.3).

En la actualidad se ha debatido abiertamente la teoría positiva de la capacidad. Esta postura halla su respaldo mayoritario en el profesor De Castro (1952) quien es pionero en suponer la teoría de la capacidad de obrar por el menor de edad, obviamente no de manera extensa, sino más restringida que la del menor emancipado o el mayor. En la misma línea, en el ámbito doctrinal, O'Callaghan (2007) se adhiere a la defensa de esta corriente, suponiendo que los menores de edad están habilitados para obrar con su capacidad genérica, aunque se les delimita un campo de acción determinado para la realización de dichos actos.

De la misma forma piensa Fraga (1984) quien expone que “es necesario hacer compatibles el ámbito que socialmente se le reconoce a la libre actuación de los menores de edad, con el ámbito de lo que jurídicamente justifican”, este profesor parte de la idea de que la capacidad de los niños y niñas es variable o flexible, en función del grado de desarrollo intelectual y personal que socialmente corresponde a cada edad, y por ello considera que es obligación de quien construye la norma darle la respectiva importancia jurídica, es decir, transformar esa limitada y variable capacidad natural en capacidad jurídicamente relevante (p. 884).

En efecto, en nuestro contexto, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF en el año 2016, emitió el Concepto 22, para dar solución al problema jurídico sobre la viabilidad de que los padres menores de edad ejerzan la representación legal de sus hijos en el trámite de pasaporte; donde analizaron aspectos de la capacidad y la autonomía de la voluntad. En el concepto se plantea lo siguiente:

La Convención sobre los Derechos del Niño los reconoce como sujetos de derechos y no como objetos de protección, dotados de autonomía progresiva como atributo propio

de acuerdo con una etapa de la vida en permanente desarrollo, que le permite desplegar autonomía en sus actos y decisiones de manera progresiva y de acuerdo con la evolución de sus facultades.

A propósito de ello, exponen también que el artículo quinto de la Convención contiene una forma de darle solución a la anterior problemática. Al establecer que el ejercicio de los derechos de los niños es progresivo gracias a la “evolución de sus facultades” como se mencionó anteriormente, y que a los padres o responsables directos de estos, les corresponde impartir "orientación y dirección apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención" por tanto, corresponde al Estado y la familia, proteger y apoyar el desarrollo del niño de manera que progresivamente construya su autonomía en el ejercicio de sus derechos.

El reconocimiento de los menores de edad como sujetos de derecho y ya no como objetos de protección, concibe al niño en su situación de persona y titular de derechos humanos, lo que permite precisar el concepto jurídico de la infancia y la adolescencia moderna. Analizando lo anterior, se puede afirmar, que se está ante un nuevo desafío, que, como algunos autores lo han llamado es: “convertir al menor de edad en ciudadano” y dicho argumento, requiere innegablemente que el Estado y la sociedad reconozcan los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, sin desconocerlos en ningún caso.

Por otro lado, acercándonos un poco a la esfera educativa, Mesa Castillo (2009) afirma que, la noción anterior requiere que el derecho, la pedagogía, la psicología, y las ciencias se integren, ya que abordar el concepto de capacidad progresiva es descubrir el epicentro de la democracia familiar y una evolución jurídica del Estado. De acuerdo a este principio de capacidad progresiva, y en relación con el ejercicio de los derechos personalísimos, es importante preguntarse por los medios de participación y ejercicio de los mismos derechos por parte de los menores de edad, en los asuntos que les competen, atendiendo al desarrollo de sus facultades, madurez, edad, evolución cognitiva, entre otros aspectos necesarios para ejercer una decisión de manera consiente.

Sara Castro Trujillo (2015), en su artículo, “Capacidad Legal de los Niños, Niñas y Adolescentes como accionistas en la Sociedad por Acciones Simplificadas (S.A.S.)” analiza el concepto de niños, niñas y adolescentes y su capacidad legal, llegando a la conclusión de

que, en Colombia, a nivel jurisprudencial y legal han ocurrido cambios en la concepción tradicional de los niños y adolescentes, lo que ha dado pie al desarrollo de la figura de habilitación parcial de la capacidad legal o capacidad progresiva para obrar de los menores de edad, teniendo presente la prevalencia del interés superior del niño y sus derechos fundamentales.

Desde otra mirada, acercándonos al concepto de autonomía progresiva del niño, Miguel Cillero Bruñol (2004) expone que es importante constituir una nueva concepción del niño y de sus relaciones con la familia, la sociedad y el Estado. Dicho pensamiento se fundamenta en el reconocimiento expreso del niño como sujeto de derecho en oposición a la idea predominante de niño definido a partir de su incapacidad jurídica (p. 4).

Tanto es así, que el Comité de los Derechos del Niño, a través de la Observación General 12, propone que los Estados partes no pueden olvidar la premisa de que un niño tiene la capacidad de formarse una opinión autónoma y que este tiene el derecho de expresar dichas opiniones. Por ello, el Comité invita a los Estados a no impedir al niño por ningún motivo y menos por su edad expresar su opinión libremente, pues esto sucede en consecuencia de su propia madurez.

Cillero (2004) en su artículo “La Autonomía Progresiva en la Niñez y Adolescencia”, sostiene que la infancia y la adolescencia son formas de ser persona y tienen igual valor que cualquier otra etapa de la vida, por ello, un niño y un adolescente puede tener los mismos derechos que un adulto, y decidir sobre ciertas cuestiones que lo involucran como sujeto. Expresa, además, que la infancia tampoco se idealiza a partir de los conceptos de dependencia de estos hacia los adultos, pues contrario a ello, esta etapa fundamental del desarrollo se concibe como una época de desarrollo efectivo y progresivo de la autonomía. El proceso de construcción de los menores de edad de la autonomía progresiva está estrechamente relacionado con un par de principios rectores de la Convención, que complementan su implementación en diversos aspectos, estos son, el interés superior del niño y el derecho de participación.

Según Montejo Rivero (2012) los conceptos de evolución de las facultades y autonomía progresiva de los niños, niñas y adolescentes admiten elementos configurativos de la

capacidad progresiva; cuyo reconocimiento delinea posibilidades de actuación de los menores de edad, no solo con fines patrimoniales, sino también, en la esfera de sus derechos personalísimos en aras de implementar en cada caso concreto su interés superior, teniendo siempre presente su responsabilidad y la responsabilidad parental.

En lo que respecta al interés superior del menor de edad, el Comité de los Derechos del Niño, consagra en su Observación General 14, que el artículo tercero de la Convención concede a los niños y niñas el derecho a que se les considere y se tenga en cuenta de manera primordial su interés superior en todas las medidas o decisiones que le afecten, ya sea en el contexto público o en un entorno privado. También se expone que el objetivo del interés superior del niño, expresado por Fernández (2017) como derecho sustantivo, principio jurídico interpretativo fundamental y norma de procedimiento, es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño. Recuerda además que en la Convención no hay una jerarquía de derechos; todos los derechos previstos responden al interés superior del niño y ningún derecho debería verse perjudicado por una interpretación negativa sobre este principio (p. 176).

Por su parte, el autor Nicolás Corvera (2011) en su artículo “Participación ciudadana de los niños como sujetos de derechos”, expone que las sociedades con los cambios que han intentado realizar sobre la concepción de los niños los clasifican en dos grupos: los que están en peligro y los que son peligrosos, configurándose la mirada de la modernidad hacia ellos como objetos bien de protección, o bien de corrección. En este orden, los niños han sido tratados como un fenómeno social, por una serie de especialistas, como sociólogos, psicólogos o pedagogos, que creen saber lo que les pasa o aparentemente los comprenden, interpretando la capacidad que poseen los niños, pero no necesariamente con los niños, y es allí donde el principio del interés superior del menor debe prevalecer ante dichos análisis. En este contexto, cabe preguntarse: ¿se tienen en cuenta las opiniones de los niños?, ¿existen instancias para que puedan expresarlas? (p.74).

Así pues, pensando en el derecho de los niños a participar y ser escuchados, es importante recordar sobre qué aspectos pueden opinar y a quienes afectan con ello, por tanto, “el ejercicio del poder que tienen los niños y niñas para hacer que sus opiniones sean tomadas en cuenta y para asumir de forma responsable sus consecuencias, deben observarse según su

grado de madurez, contemplando asuntos que afectan sus vidas y la comunidad” (Nomura y Solari, 2005, p.9). Esta definición, hace gran énfasis en el grado de madurez y desarrollo, conceptos ligados estrechamente con la autonomía progresiva del menor de edad y como esta permite que él en sus diferentes etapas pueda actuar conscientemente y por decisiones propias.

En síntesis, la noción de autonomía progresiva de niños y niñas se consolida para transformar el principio de la “incapacidad jurídica de ejercicio” de los menores de edad, dotada de su naturaleza transitoria y relativa, aunque en un tiempo determinado y acciones específicas, de cuyo contenido quedan excluidos los derechos personalísimos, pues justamente en el ámbito de tales, el principio de capacidad o autonomía progresiva de niños tendría en la actualidad una mayor aceptación pero debe seguirse trabajando sobre ello (Herrera, 2011).

Capítulo III

Niños y Jóvenes como ciudadanos de pleno derecho en la jurisprudencia colombiana

La facultad de los niños y niñas de ejercer sus derechos desde su autonomía, con perspectiva de progresividad de acuerdo a la edad, obliga una renuncia a las prácticas de control, dependencia y subordinación por parte de los padres, las instituciones, el Estado, y los adultos en general, pero más que eso, se requiere el cambio de esas acciones por un trabajo de guía, orientación y educación para que los niños y adolescentes accedan y practiquen los derechos de los que son titulares responsablemente.

A continuación, se desarrollará un rastreo a través de algunas providencias judiciales que han debido decidir sobre la autonomía de los menores de edad, y que sustentos han empleado para los fallos dados, analizando si en dichas sentencias de la Corte Constitucional se ha cumplido lo expuesto anteriormente en el artículo. Éstas sentencias fueron elegidas a partir del criterio de tener relevancia por sus temáticas, al igual, que han sido referenciadas por los

medios de comunicación quienes las han criticado por la amplitud de protección a los niños y niñas.

El derecho de los menores de edad a participar en la toma de decisiones en salud

La Convención propone el derecho de los niños y niñas a participar en la toma de decisiones concernientes a su salud y atención sanitaria, lo anterior se encuentra consagrado en el artículo 24 de la misma, como también en la planificación y modalidad de suministro de los servicios sanitarios que los involucran. En la misma línea, el numeral segundo literal e, del mismo artículo, resalta la importancia de “asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los niños, conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna, la higiene y el saneamiento ambiental y las medidas de prevención de accidentes, tengan acceso a la educación pertinente y reciban apoyo en la aplicación de esos conocimientos”.

La legislación colombiana, en materia del uso de la capacidad de obrar en cabeza de adolescentes, evidentemente carece de contenido y explicitud, lo que genera diversas posiciones en las decisiones que involucran el tema. Por ello, se verá como en diferentes casos los menores adultos pueden ejercer su autonomía plena.

La Corte en su Sentencia C-246 de 2017, analiza el caso de la prohibición para los menores de edad de realizarse procedimientos estéticos. La acción de inconstitucionalidad fue presentada por el ciudadano Efraín Armando López Amarís, en contra los artículos 3° y 5° (parcial) de la Ley 1799 de 2016, “Por medio de la cual se prohíben los procedimientos médicos y quirúrgicos estéticos para menores de edad y se dictan otras disposiciones”:

Artículo 3°. Prohibición. Se prohíbe la realización de procedimientos médicos y quirúrgicos estéticos en pacientes menores de 18 años. El consentimiento de los padres no constituye excepción válida a la presente prohibición.

Artículo 5°. Restricciones Publicitarias. Prohíbese la promoción publicitaria dirigida a menores de edad de procedimientos médicos y quirúrgicos estéticos. Prohíbese el uso

de modelos menores de edad en campañas de promoción de cirugías estéticas, consultorios y clínicas de cirugía estética, y procedimientos estéticos de cualquier tipo.

Por considerar que vulneran los artículos 13, 15-1, 16, 25, 26 de la Constitución, el principio de confianza legítima, el derecho a la imagen y el artículo 23-1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que desarrolla el derecho a elegir el trabajo. A su vez, la Corte expresó que la edad de 14 años es el momento que, en general, se ha establecido que los menores de edad pueden tener la madurez para comenzar a asumir obligaciones y responsabilidades en la sociedad, como, por ejemplo, el matrimonio. Así, supone un mínimo razonable que cumple con la obligación del Estado de proteger a los niños y niñas de los posibles daños para la salud y de determinaciones que podrían comprometer su autonomía futura, sin desconocer que a partir de dicha edad hay otros derechos que también deben ser garantizados.

En la sentencia mencionada, la misma Corte sostiene que la decisión acerca de acceder o no a una intervención en el ámbito de la salud debe en principio tomar en cuenta la capacidad del menor de edad, siempre debe escucharse, pero la decisión final sobre el acceso o no a la intervención sanitaria depende de si se demuestra la capacidad para tomar o participar de la decisión frente a lo cual, en caso de no ser así, prima la decisión de los padres en el ejercicio de su responsabilidad parental.

Finalmente, el Tribunal realiza un análisis de proporcionalidad en sentido estricto, permitiendo que los menores de edad entre los 14 y 18 años, en los términos del consentimiento informado y calificado y en conjunto con sus padres, participen de las decisiones acerca de su cuerpo y su identidad, en los eventos en que sus capacidades evolutivas lo permitan. Por ende, la norma acusada tiene problemas de inconstitucionalidad al establecer una prohibición que no respeta las capacidades evolutivas de los adolescentes a partir de los 14 años en la adopción de decisiones acerca de su cuerpo que involucran intervenciones en la salud y en su identidad personal.

Por otro lado, lo que, si deja claro la sentencia, es que los niños y niñas, menores de 14 años, no están habilitados para tomar dichas decisiones, atendiendo igualmente a la

autonomía progresiva y sus capacidades evolutivas, que considera la Corte no se encuentran lo suficientemente desarrolladas para ejercer su voluntad.

En esta misma línea, la Corte Constitucional, en la sentencia C-131 de 2014 se enfrentó al análisis de inconstitucionalidad planteado por los ciudadanos Yuly Ramírez Gómez, Pedro Antonio Cano Álvarez, Brahiam Daniel Montoya Zuleta, Charles Bohórquez Zabala y Gloria Rivera Ocampo, quienes demandaron el artículo 7 de la Ley 1412 de 2010: “Por medio de la cual se autoriza la realización de forma gratuita y se promueve la ligadura de conductos deferentes o vasectomía y la ligadura de trompas de Falopio como formas para fomentar la paternidad y la maternidad responsable”, específicamente el artículo demandado: “Prohibición. En ningún caso se permite la práctica de la anticoncepción quirúrgica a menores de edad”.

Al analizar las reglas sobre autonomía en relación con una norma que establecía la prohibición de esterilización de menores de edad, el Magistrado Mauricio González Cuervo reiteró que la capacidad se encuentra estrechamente relacionada con el ejercicio pleno del derecho al libre desarrollo de la personalidad y aun cuando reconoció que cada caso debía mirarse individualmente formuló dos extremos:

A menor edad y mayor implicación de la decisión en relación con el goce efectivo de los derechos fundamentales, se presume la incapacidad total o relativa del menor, por lo cual mayor será la intensidad de las medidas de protección restrictivas de sus libertades. Por ejemplo, en temas relativos a la salud del niño que impliquen un riesgo para su vida o integridad, se hace más riguroso el examen de la capacidad del menor para decidir sobre tratamientos o intervenciones médicas, ampliando el alcance de la representación de sus padres o representantes legales.

Por el contrario, cuando se trata de menores adultos o púberes, se hace necesario armonizar el goce efectivo de sus derechos y el respeto por su libertad de autodeterminación. No pueden prohibirse los comportamientos de los jóvenes respecto de su autocuidado, como el tabaquismo o del trabajo infantil de los mayores de 14 años, o de la apariencia personal, porque en estos casos el Estado no puede intervenir en la esfera privada de las personas, a menos de que la conducta afecte a terceros.

Por tanto, la Corte finalmente decide que no es necesario establecer la prohibición de practicar la anticoncepción quirúrgica de los menores de edad, pues considera que es una práctica constitucional porque es el desarrollo de la facultad que la Constitución otorgó al Legislador para regular la paternidad responsable y la protección de los niños, recordando igualmente el ámbito de aplicación de la decisión solo para mayores de 14 años, por lo que los menores de dicha edad no cuentan con la capacidad relativa que la ley exige para decidir sobre sus derechos sexuales y reproductivos.

En conclusión, en estos procesos la Corte, desarrolló los conceptos de evolución de las facultades y autonomía progresiva de los adolescentes quienes admiten elementos configurativos de la capacidad relativa para ejercer sus derechos, contrario a lo que se expresa en ambas sentencias sobre los niños y niñas, o menores de 14 años, para quienes no aplica plenamente esa autonomía progresiva.

El derecho de los menores de edad a morir dignamente

Una de las decisiones más polémicas que una persona puede tomar es la de morir por voluntad propia; si es complicado dicho proceso para los adultos tal vez lo sea aún más para los niños y niñas. En el caso de la eutanasia ¿Cuál es el tratamiento que se la ha dado en Colombia a los adolescentes? ¿Puede alguno de ellos decidir morir sin que medie nadie en su decisión? Se conoce que, desde el año de 1997 en cabeza de Carlos Gaviria Díaz, la Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-239 de 1997 abrió la posibilidad legal para que el derecho a morir dignamente fuera posible sin conllevar una responsabilidad penal, siempre que se cumplieran los parámetros indicados en la misma, cabe aclarar, para los adultos.

El derecho a la salud de los niños y niñas exige un compromiso riguroso de las autoridades garantizando que puedan acceder a todos los servicios necesarios para la protección de su derecho a la vida y a la dignidad humana. La Corte en la Sentencia T-970 de 2014 ordenó regular el tema del derecho a morir con dignidad de los menores de edad, posteriormente en la Sentencia T-544 de 2017, requirió al Ministerio de Salud para que regulase “el procedimiento para hacer efectivo el derecho a morir con dignidad de los niños, las niñas y los adolescentes”. El Ministerio de Salud, cumplió con la tarea otorgada por el honorable tribunal, y expidió la Resolución 825 de 2018 que estableció situaciones concretas para las

diferentes edades, pero que exige que se cumpla con el supuesto de que la enfermedad sea terminal y el sufrimiento constante, insoportable y no pueda ser aliviado.

La Sentencia T-970 de 2014, realizó una revisión del fallo proferido por el Juzgado Décimo Civil Municipal de la Ciudad de Medellín, que resolvió en primera y única instancia, la acción de tutela promovida por la ciudadana Julia en contra de Coomeva E.P.S. quien sustentó que padecía una enfermedad terminal que comprometía gravemente sus funciones vitales, en 2008 la Fundación Colombiana de Cancerología dictaminó que padecía cáncer de colon. En el año 2010, su enfermedad hizo “progresión en pelvis” (metástasis), tristemente en el año 2012, la Clínica Vida concluyó que la enfermedad había hecho “progresión pulmonar y carcinomatosis abdominal”. El 4 de junio de 2013, un médico oncólogo adscrito a la Clínica Vida dejó constancia de que el cáncer que padecía la paciente, no solo se encontraba en constante progresión, sino que además había deteriorado su estado funcional y calidad de vida. En consecuencia, el especialista ordenó suministrarle el “mejor cuidado de soporte por cuidados paliativos”.

Ante estas circunstancias, en varias oportunidades le solicitó al médico especialista Dr. Ronald Alexander Ayala Ospina que le practicara el procedimiento de “eutanasia”, no obstante, el médico “verbalmente le expreso que dicho pedido de morir dignamente a través de la eutanasia era un homicidio que no podía consentir”. De este modo, pidió al juez tutelar su derecho fundamental a la vida digna y, por tanto, determinar en la sentencia la fecha y hora para “morir dignamente y de manera tranquila a través de la eutanasia”.

Así pues, a partir de este acontecimiento, MinSalud, en su resolución, explica que se solicita el consentimiento incuestionable del paciente a partir de los 12 años cuando “el concepto de muerte se consolida como irreversible, universal e inexorable”. Los menores de 6 años quedan excluidos, es decir, son totalmente incapaces para tomar dicha decisión, así como aquellos con discapacidades mentales o trastornos psiquiátricos “que alteren la competencia para entender, razonar y emitir un juicio reflexivo”. Entre los 6 y los 12 años de edad, solo se realizará en casos exhaustivamente estudiados y particulares, contrario con las edades entre 12 y 14 años, donde prevalece la autonomía progresiva del menor, pero será

obligatoria la concurrencia de los padres. Y a partir de los 14, solo es necesaria la voluntad del adolescente para decidir.

Partiendo de lo anterior, se observa nuevamente como el criterio de la Corte para otorgar a unos u otros la capacidad progresiva versa en análisis específicos de las capacidades evolutivas, y la madurez mental que socialmente se ha construido para ellos, por esto la edad con mayor ámbito de decisión fundada en su autonomía progresiva es de 14 años en adelante, aunque en este caso, contrario al anterior, se les concede un poco más a los menores de 14.

El derecho de los menores de edad a elegir el sexo

Por otro lado, se encuentra otro ámbito de gran importancia para el libre desarrollo de la personalidad, poder decidir sobre su sexo, y ser aceptado legal y jurídicamente por el Estado. La sentencia SU-337 de 1999 es un referente fundamental en cuanto a la protección de derecho que tiene las personas menores de 18 años, de tomar decisiones libres y autónomas en relación con sus opciones sexuales, concretamente, cuando se trata de la decisión sobre el sexo y los órganos reproductivos a partir de los cuales quieren desarrollar su identidad.

En la providencia se llevó a cabo el estudio del caso de una niña de tres años que se le encontraron genitales ambiguos, debido a dicho diagnóstico se determinó que la pequeña tenía “seudohermafroditismo masculino” y se recomendó un tratamiento quirúrgico que consistía en la readecuación de los genitales por medio de la extirpación de las gónadas y la plastia o remodelación del falo, de los labios y de la vagina. Los médicos se negaron a practicar la intervención de readecuación por cuanto la decisión debía ser tomada por la menor de edad. La madre presentó la acción de tutela para que se le permitiera decidir por la niña.

En relación con la petición de la madre, y la postura médica de acuerdo con la cual la menor debía tomar la decisión sobre la adecuación de su sexo, la Sala Plena de la Corporación sostuvo que la edad adecuada para tomar tal decisión, es el momento aquél en el que confluyen diferentes factores que permitan afirmar que la decisión es libre y autónoma. Y propuso un importante cuestionamiento ¿cuál es la edad en la que una persona puede decidir libremente el sexo que lo acompañará el resto de su vida, a partir de la determinación

biológica y las recomendaciones que con base en esta hacen los médicos? Para la Sala, no puede afirmarse que para todos los casos hay una única edad a partir de la cual una persona esté preparada para tomar una decisión de esa importancia; tampoco, que esa edad es los 18 años.

En consecuencia, en el caso concreto, dijo la Sala: “(...) como no existe un evidente riesgo de que se comprometa el derecho a la vida de la menor si no se practica la operación, no es posible que, en el presente caso, la madre autorice la intervención y los tratamientos hormonales para su hija, que ya tiene más de ocho años. Por consiguiente, esas intervenciones sólo podrán ser adelantadas con el consentimiento informado de niños y niñas, por lo cual la tutela no debe ser concedida, pues no se acogerá la solicitud concreta de la madre que pretendía la autorización de los procedimientos”. (Sentencia SU-337 de 1999).

Así pues, vemos como la Corte, adopta las medidas necesarias para proteger el interés superior del menor, su libre desarrollo de la personalidad y el derecho a su identidad sexual, advirtiendo igualmente que a la madre y su hija se le debe brindar apoyo interdisciplinario a lo largo de todo el proceso. Adicionalmente, se puede observar como en la Sentencia C-552 de 2013 se decide sobre un caso de un menor de edad que mediante su madre solicitan se ordene a la EPS realizar el procedimiento de reasignación de sexo. Charlie Santiago Noriega, un adolescente transgénero de 17 años, quien deseaba realizarse el proceso de reasignación de sexo mediante la ejecución de tres intervenciones quirúrgicas: mastectomía, histerectomía y ooforectomía. El urólogo Sergio David Arroyo, adscrito a la Clínica La Estancia de Popayán, ordenó que posteriormente se le realizara “reconstrucción de pene, uretra y escroto”.

La madre después de cumplir con todo lo solicitado por la EPS Asmet Salud, acudió nuevamente para recibir la orden, pero le dijeron “que la cirugía no era viable por cuanto su hija era menor de 18 años y no se podía mutilar”, por ello, la madre acudió a la acción de tutela para defender el derecho de su hijo. Al fallar la sala autoriza le sean realizados los procedimientos necesarios para dicha reasignación, basando su decisión en los siguientes aspectos:

El alto tribunal sostiene que la autonomía necesaria para tomar una decisión sanitaria no es una noción idéntica a la capacidad legal, es decir, no equipara la autonomía progresiva de

los niños y niñas a la capacidad jurídica que en ocasiones viola el derecho de los menores de edad a decidir, brindando así una amplia claridad al porque se les permite por tanto tomar este tipo de decisiones.

Sostuvo también que, el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño, aprobada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991 y prevalente en el orden interno, establece el deber 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”.

Haciendo acápites en la autonomía y la capacidad, la Sala expresa que cuando se genere un choque de trenes entre el principio de autonomía, que fundamenta la exigencia de consentimiento del paciente, y el principio de beneficencia, según el cual el Estado y los padres deben proteger los intereses del menor, se debe realizar una ponderación en cada caso, teniendo en cuenta tres criterios centrales “- la urgencia e importancia misma del tratamiento para los intereses del menor, - los riesgos y la intensidad del impacto del tratamiento sobre la autonomía actual y futura del niño y - la edad del paciente”.

En este sentido, analizando todo lo expuesto por la Corte se puede concluir que un menor de edad que es legalmente incapaz, puede ser plenamente competente para tomar una decisión de tal magnitud en razón a su autonomía progresiva. Así pues, la edad del paciente puede ser tenida como indicador de su grado de autonomía, pero no se trata de un criterio definitivo, ya que menores con idéntica edad pueden, sin embargo, en la práctica, evidenciar una distinta capacidad de autodeterminación. Por tanto, deberá tenerse en cuenta que la protección de la autonomía “es más intensa cuanto mayores sean las facultades de autodeterminación del menor de edad, las cuales, son plenas a partir de la edad en que la ley fije la mayoría de edad”.

La protección del derecho a la identidad de género de los menores de edad.

Recientemente, la Corte Constitucional expidió la Sentencia T-447 de 2019, la cual contiene un análisis jurisprudencial que reafirma la autonomía progresiva de los menores de edad, y sostiene el principio del Interés Superior del Menor contenido en nuestra legislación. La acción de tutela fue presentada por “*Paloma*” la madre del menor de edad, para protección

de su intimidad y la de su familia sus nombres fueron sustituidos por unos ficticios. Paloma, formuló la acción con el fin de que se modificara el registro civil de nacimiento de su hijo para que fuera acorde al nombre y sexo que lo identifican actualmente, es decir, le sea sustituido el nombre de “Lucrecia” por “Joaquín” y se modifique el sexo de femenino a masculino, evitando se vea violentada la identidad de género del menor de edad.

La accionante explicó que en el periodo de su embarazo los médicos nunca pudieron concluir cual era el sexo del bebe por nacer. El día siete de noviembre de 2008, cuando el niño nació identificaron una malformación en los genitales que no les permitió determinar con precisión el sexo, pero consideraron que el bebé había nacido con órganos genitales femeninos. Los médicos recomendaron a la madre que el recién nacido fuera registrado con el sexo femenino y criado bajo esa identidad de género. A pesar de ello, varios años posteriores al nacimiento del menor de edad, se realizaron unas pruebas genéticas, que revelaron que los cromosomas correspondían el sexo masculino “*cariotipo 46XY*”.

Así pues, conociendo la situación biológica y fisiológica del menor, la madre expresó que su hijo de pocos años de edad desarrollo genitales masculinos, y adicional a esto, el niño que hoy tiene 10 años, reiteradamente expresa su inconformidad con su crianza como niña, es constante y enfático en que se identifica con el género masculino, y asegura que no volverá a usar más ropa femenina.

Por tanto, la madre atendiendo a las solicitudes de su hijo, y procurando salvaguardar sus derechos, solicitó ante la Notaría de *Ciudad Violeta* fueran cambiados su nombre y sexo en el Registro Civil de Nacimiento; la respuesta de la Notaría adujo que la petición no cumplía con los requisitos previstos y negó la solicitud. Concretamente fue negada en atención a la edad del peticionario, porque no se aportaron conceptos médicos en los que se demostrara que el niño adelantó algún proceso de reafirmación de su identidad de género, y adujeron que no advirtió el consentimiento libre, informado y cualificado del solicitante.

La Sala Sexta de la Corte en el análisis de la tutela formulada por Joaquín a través de su madre, concluyó que en Colombia no se ha creado un mecanismo o herramienta notarial para modificar el elemento “sexo” del estado civil de los menores de edad y que esta omisión no es más que un incumplimiento notorio de una obligación en cabeza del Estado de proteger y

garantizar el pleno desarrollo identitario de los sujetos, el cual se refuerza en los casos de los menores de edad, que son de especial protección constitucional.

Asimismo, el Alto Tribunal reiteró que la identidad de género, es una cuestión que apunta exclusivamente a la vivencia y a la autodeterminación de las personas, está totalmente ligada a su personalidad y su identidad, y es menester del Estado y la sociedad respetar las diversas manifestaciones personales en atención a la dignidad humana. Debido a lo anterior, se puede concluir que la Notaría vulneró los derechos fundamentales del menor de edad al impedirle materializar una de las expresiones de su identidad como niño y como hombre que esperaba con esta decisión desarrollar su vida en condiciones dignas.

En este sentido, la Sala afirmó que Joaquín, contaba con la capacidad para decidir y, que dicha decisión, se expresó de manera libre, informada y autónoma. Además, debatió la exigencia de pruebas médicas y sustentó:

La protección de las diversas manifestaciones de la identidad de género no puede estar sujeta a pruebas médicas, legales o administrativas dirigidas a demostrar o ratificar esa identidad. Por el contrario, el respeto y la protección de esas manifestaciones debe activarse cuando se advierte la decisión libre y autónoma de los individuos.

Respecto a la capacidad, la Corte realizó una comparación fundamental que no puede dejarse de lado, los menores de edad tienen capacidad de goce irrestricta, pero su capacidad de ejercicio está limitada, por tanto, opera la representación como una herramienta que facilita el ejercicio de sus derechos y permite otorgar el consentimiento sustituto. Pero hay casos que deben analizarse a la luz de las capacidades evolutivas y la autonomía progresiva del menor de edad.

En esta misma línea, la Sala confirma todo lo debatido en los capítulos anteriores y expresa que es necesario resaltar que, en una primera instancia, las limitaciones a la capacidad de ejercicio por causa de la edad se fundaron a partir de un paradigma de incapacidad general de los menores de edad, determinado por el predominio de la representación como una acción encaminada a asegurar la tutela de dichos sujetos.

Sin embargo, ese modelo proteccionista y que posicionaba a los niños y niñas como objetos de tutela, se transformó, por un lado, gracias a los instrumentos internacionales, pero también en atención a las construcciones normativas nacionales, para dar paso a una nueva concepción de la capacidad de los menores de edad y de su reconocimiento como sujetos activos en el ejercicio de sus derechos.

En efecto, la Corte sostiene la teoría que se ha defendido a lo largo del artículo, y reconoce la protección especial de la que son titulares los menores de edad en Colombia en razón a su capacidad, e incluye considerar en todos los casos que se involucren estos, sus capacidades evolutivas y respetar su autonomía.

En conclusión, el Alto Tribunal Constitucional, aplicó lo defendido en esta producción textual y en la sentencia sostuvo que:

En atención al interés superior de los menores de edad y con el propósito de otorgarles una mayor protección que se ajuste a su reconocimiento como sujetos de derechos, se apartó del paradigma de incapacidad de naturaleza civil para, en su lugar, considerar las capacidades evolutivas de los niños, niñas y adolescentes y, en consecuencia, emitir medidas de protección de su autonomía.

Finalmente, siendo evidente la violación de los derechos del menor de edad, la Corte ordenó que se realice el cambio de nombre de “Lucrecia” a “Joaquín” reconociendo la íntima relación del nombre con la identidad del individuo y que este se ajuste a su identidad sexual, además, se modifique su sexo femenino por el masculino en su Registro Civil de Nacimiento. Además, exhortó a todos los notarios del país para que a partir de este hito realicen dichos procedimientos con el total respeto de los derechos de cada sujeto, y ordenó la lectura constitucional acorde con el respeto de la dignidad humana y los requisitos de modificación de los componentes del registro civil de nacimiento. Asimismo, impulsó al Congreso de la República regular la materia.

Se observa entonces como en esta decisión se sustenta lo desarrollado anteriormente, brindándole a los niños y niñas la capacidad de decidir en aspectos que eran imposibles para ellos, todo esto, en atención a la autonomía progresiva y las capacidades evolutivas de los menores de edad. Es claro, que estamos ante una nueva mirada paradigmática que implica

reconocer a los niños y niñas, como sujetos de pleno derecho quienes deben ser escuchados y atendidos con el mismo rigor que los adultos.

En definitiva, para establecer la capacidad en las decisiones o elecciones debe partirse de la premisa según la cual la edad es un referente sobre la capacidad evolutiva, pero no permite establecer, de forma objetiva y exclusiva, la posibilidad de emitir el consentimiento en un asunto estrechamente relacionado con la definición de la identidad como la modificación del sexo en el registro civil. En consecuencia, en el caso concreto deberán examinarse las capacidades evolutivas del solicitante considerando, de manera particular, que la comprensión de la identidad de género se alcanza entre los 5 y 7 años (Sentencia T-447 de 2019).

Conclusiones

En definitiva, la infancia y la adolescencia colombiana son una construcción social en constante cambio, y podemos observarlo en el contexto de hoy. Justamente hace menos de una semana la Corte Constitucional expidió una sentencia en la que desarrolla detalladamente el porqué, hoy los niños y niñas deben ser tratados como sujetos de derecho con autonomía progresiva y capacidades evolutivas, dejando en el pasado la concepción de “menor”, o de objeto de tutela, que le había sido asignada por costumbres sociales o jurídicas.

La minoría de edad y por consiguiente la ausencia de plena capacidad legal para obrar, presumen algunas limitantes tanto a los derechos como a las responsabilidades derivadas de los actos de los niños y niñas. La ley fundamenta límites sobre acciones que supone que el niño o el adolescente no tiene capacidad legal suficiente para hacer por su cuenta y riesgo, y se le exime de la responsabilidad de actos que se considera no se le pueden imputar por su falta de capacidad para actuar, pero eso hoy está cambiando con la diferencia de que poseen una capacidad de goce irrestricta, pero su capacidad de ejercicio está limitada, construyendo un margen de acción que puede ser analizado y debatido en casos específicos otorgándoles capacidad plena en razón a su autonomía y capacidades evolutivas.

El principio de la autonomía progresiva aportó al cambio de mirada del concepto que tan arraigado tenía la sociedad sobre la incapacidad absoluta de los niños, sin importar ningún

factor influyente como su edad o su grado de comprensión. Dicho principio, gracias a su naturaleza transitoria y relativa, ha logrado que a los menores de edad como sujetos de derecho le sean otorgadas acciones específicas que, aunque determinadas, permiten que el niño o adolescente, decida, participe, y exija sus derechos, y asegura que nadie pueda decidir por él.

Por otro lado, es fundamental señalar el pronunciamiento de la Corte referente a la capacidad que dice que el concepto de autonomía no es una noción idéntica a la capacidad legal, es decir, no equipara la autonomía progresiva de los niños y niñas a la capacidad jurídica que en ocasiones viola el derecho de los menores de edad a decidir, brindando así una amplia claridad al porque se les permite por tanto tomar algunos tipos de decisiones como se evidenció a lo largo del texto.

Así pues, analizando y recogiendo lo desarrollado por la Corte, los expertos y doctrinantes, se puede intentar dar respuesta al interrogante inicial que inspiró la construcción de este artículo: ¿El ejercicio jurídico de la capacidad, le brinda un estatus a niños, niñas y adolescentes como “objetos de protección” o como “sujetos de derecho”? Si bien los niños son reconocidos hoy como sujetos de protección, y gracias a diferentes miradas y mecanismos pueden ejercer su capacidad de decisión, son a su vez sujetos de protección pero, en el entendido de que tienen un interés superior por su posición especial en la sociedad y deben ser cuidados y garantizados sus derechos, así pues, el ejercicio de la capacidad jurídica da un estatus privilegiado a los menores de edad, que hoy en día como se evidencia pueden decidir, libre y voluntariamente dependiendo de su madurez y la normatividad vigente.

El concepto de Autonomía Progresiva ha logrado impactar de manera positiva en el desarrollo de la vida cotidiana. Lo familiarizado a la decisión y la voluntad en casos específicos ha sido esclarecido exponiendo, que a mayor edad mayor autonomía ha construido el menor, en consecuencia, se idealizó la aptitud para que los niños, niñas y adolescentes sean “sujetos titulares de derechos” y de la protección correspondiente como sujetos, y no como objetos. Desde muchos ámbitos, se invita al legislador, a realizar una reforma legal suficiente y necesaria para terminar de llenar los vacíos con los que se inició el análisis, para brindar mayor claridad a los falladores y mayor interés a los niños y niñas.

Entre otras cosas, teniendo en cuenta que los impúberes son actualmente los niños y las niñas de cero a 12 años, mientras que los púberes son los adolescentes de 12 a 18 años, en el análisis de las providencias judiciales y el otorgamiento de capacidad de decisión por parte de los jueces, en la mayoría de casos se plantea una gran diferencia entre los adolescentes de 14 años en adelante y los menores de 14 años. Así pues, si bien jurídicamente hay una distinción entre púberes e impúberes, respecto a la autonomía progresiva y a la capacidad relativa, se acerca más a una clasificación por edad, tomando como punto de partida los 14 años; pues los mayores de 14 tienen sus capacidades evolutivas más desarrolladas según la Corte, y pueden decidir en más ámbitos que los menores de dicha edad.

Finalmente, la jurisprudencia constitucional colombiana ha transformado su concepción sobre el elemento sexo del estado civil. Inicialmente y durante mucho tiempo, dicho componente se pensó como un aspecto inmodificable determinado a partir de un criterio biológico. Sin embargo, progresivamente el Alto Tribunal fue cambiando la comprensión del concepto tratado y actualmente considera que el sexo está íntimamente relacionado con la afirmación de la identidad de los sujetos, sin importar su edad. Por lo tanto, hoy en día existen mecanismos judiciales y administrativos para modificar dicho aspecto del estado civil a los que pueden acudir las personas para que se ajuste a su identidad de género, y se respeten así sus derechos, especialmente su dignidad humana.

Referencias

- Álzate, M. (2003) La Infancia. Concepciones y Perspectivas. Colombia [Consultado: 20 de diciembre de 2014] Disponible en: <http://blog.utp.edu.co/investigacioneneducacionypedagogia/files/2011/02>
- Bácares, C. (2017, 27 de julio). La infancia como construcción social. Revista Magisterio. Recuperado de: <https://www.magisterio.com.co/articulo/la-infancia-como-construccion-social>
- Blasco, J., y Pérez, J. (2007). Metodologías de investigación en las ciencias de la actividad física y el deporte: ampliando horizontes.
- Casas, F. (1998). Infancia: perspectivas psicosociales. Barcelona: Paidós.
- Casas, F. (1998). Infancia y representaciones sociales. Revista Política y Sociedad. Vol. 43. Número 1. Barcelona.
- Chong, I. (2007). Métodos y técnicas de la investigación documental. Investigación y Docencia en Bibliotecología. México: Facultad de Filosofía y Letras. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Cillero, M. (1997). Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios mimeografía.
- Cillero, M. (1999). El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Santa Fe de Bogotá, Colombia: Temis.
- Cillero, M. (2004). El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. En Infancia, Ley y Democracia en América Latina. García Méndez, E. y Beloff, M. (comps). Bogotá, Colombia: Editorial Themis.

Concepto 22 (2016). Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF.

Corte Constitucional, sentencia SU-337 de 1999. Magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional, sentencia T-552 de 2013 Magistrado ponente María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional, sentencia C-131 de 2014. Magistrado ponente Mauricio González Cuervo.

Corte Constitucional, sentencia T-970 de 2014. Magistrado ponente Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional, sentencia T-544 de 2017. Magistrado ponente Gloria Stella Ortiz Delgado.

Corte Constitucional, Sentencia T-447 de 2019. Magistrado ponente Gloria Stella Ortiz Delgado.

Corvera Nicolás (2011). Participación ciudadana de los niños como sujetos de derechos. Revista Persona y Sociedad, Universidad Alberto Hurtado. Vol. XXV. Chile.

Cussiánovich, A. (2006). Ensayo sobre Infancia. Sujeto de derechos y protagonista. Perú: Diskopy EIRL.

De Castro, F. (1952). Derecho Civil de España, Tomo II, Parte General. Madrid. Civitas.

Delgado. B. (1998). Historia de la infancia. Editorial Ariel. Madrid. p.p 17-37.

Fernández, W. (2017). *La Autonomía Progresiva del Niño y su Participación en el Proceso Judicial*. Vox Juris, Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres. Lima, Perú.

Gaitán, L. (2006) El bienestar social de la infancia y los derechos de los niños. Política y Sociedad, Vol. 43 Núm. 1.

Halliday, M.A. (1994). El lenguaje como semiótica social. La interpretación del lenguaje y del significado. Bogotá, Fondo de Cultura Económica

- Herrera, M. (2011). Autonomía, capacidad y participación en el ejercicio de derechos personalísimos de niños, niñas y adolescentes a un lustro de la ley 26.061.
- Jordano Fraga, F. (1984). La capacidad general del menor. En, La tutela de los derechos del menor. Córdoba: Universidad de Córdoba
- Kemelmajer, A. (2010). El Nuevo Derecho de Familia. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Lafont, P. (2007). Derecho de Familia – Derecho de Menores y de Juventud-. Bogotá: Librería Ediciones El Profesional
- Ley 84 de 1873, Código Civil Colombiano. Diario Oficial No. 2.867 de 31 de mayo de 1873.
- Ley 12 de 1991. Por medio de la cual se aprueba la Convención sobre los Derechos Del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.
- Ley 1098 de 8 de noviembre de 2006 “Por medio del cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”
- Matías, C. (2012) Tendencias y enfoques de la investigación en derecho. Editorial. Diálogos de Saberes. No. 36. Centro de Investigaciones Socio Jurídicas. Facultad de Derecho. Universidad Libre. Bogotá. Enero – junio 2012. ISSN 0124-0021. p. 9-15
- Mesa Castillo, O. (2009, 11, 6). Capacidad progresiva de las niñas, niños y adolescentes. Un reto para el Derecho. III Encuentro Internacional sobre Protección Jurídica a los Derechos del Menor. La Habana
- Ministerio de Salud y Protección social, Resolución número 825 de 2018; Por medio de la cual se reglamenta el procedimiento para hacer efectivo el derecho a morir con dignidad de los niños, niñas y adolescentes.
- Montejo Rivero, Jetzabel Mireya. (2012). Menor de edad y capacidad de ejercicio: reto del derecho familiar contemporáneo. En Revista sobre la infancia y la adolescencia, 2, 23-36. Cuba.
- Nomura. B, Solari. G. (2005). Participación de niños, niñas y adolescentes a los 15 años de la Convención sobre los Derechos del Niño. Lima: Save the Children Suecia (Programa Regional para América Latina y El Caribe

- O'Callaghan, X. (2007) Compendio de Derecho Civil Tomo III. España
- Ruiz, J. (2003). Metodología de la investigación cualitativa. Universidad de Deusto Bilbao, España.
- Saldaña, S. A. y Hernández, E. (2001). Guía Práctica para la elaboración del proyecto de investigación desde la perspectiva cuantitativa. México.
- T.D. Cook, CH. S. Reichardt (2005). Métodos cualitativos y cuantitativos en investigación evaluativa, 5ª edición Morata.
- Torrado Santiago. 11 de marzo de 2018. Colombia reglamenta la eutanasia para niños y adolescentes; Revista digital El País. Disponible en: https://elpais.com/internacional/2018/03/10/colombia/1520696972_962348.html
- Trujillo. Sara Castro. (2015) Capacidad Legal de los Niños, Niñas y Adolescentes como accionistas en la Sociedad por Acciones Simplificadas (S.A.S.). Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín. Colombia.
- Vanegas Torres, G y otros. (2011) Guía para la elaboración de proyectos de investigación. Tercera Edición. Reimpresión, Julio de 2011. ISBN 978-958-8534-39-8. Bogotá: Centro de Investigaciones Socio Jurídicas. Facultad de Derecho. Universidad Libre
- Vargas Montoya, J& Sáenz, Cuéllar, Rodrigo (1998). El niño como objeto de protección o como sujeto de derechos en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. Revista de Derecho Privado, 22, 94, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Bogotá
- Zeledón. Marcela. (2015) La Autonomía Progresiva en la Niñez y Adolescencia. Revista Jurídica Digital Enfoque Jurídico. San Salvador. Recuperado de: <https://enfoquejuridico.org/2015/03/02/la-autonomia-progresiva-en-la-ninez-y-adolescencia/>