



## **Sentencia C-246/17**

Referencia: Expediente D-11620

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículo 3° y 5° (parcial) de la Ley 1799 de 2016

Demandante: Efraín Armando López Amarís

Magistrada sustanciadora:  
GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Bogotá, D. C., veintiséis (26) de abril de dos mil diecisiete (2017).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, conformada por los Magistrados Luis Guillermo Guerrero Pérez, quien la preside, Alejandro Linares Cantillo, Aquiles Arrieta Gómez, Hernán Leandro Correa Cardozo, José Antonio Cepeda Amarís, Iván Humberto Escrucería Mayolo, Antonio José Lizarazo Ocampo, Gloria Stella Ortiz Delgado y Alberto Rojas Ríos y, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial de las previstas en el numeral 4° del artículo 241 de la Constitución Política, cumplidos todos los trámites y requisitos contemplados 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, Efraín Armando López Amarís presentó ante esta Corporación demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 3° y 5°

(parcial) de la Ley 1799 de 2016, “[p]or medio de la cual se prohíben los procedimientos médicos y quirúrgicos estéticos para menores de edad y se dictan otras disposiciones”, 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.

Mediante auto del 29 de agosto de 2016, se admitieron los cargos por vulneración de los artículos 13, 15, 16 y 25 de la Constitución, y se inadmitieron los restantes. Así mismo, se concedió el término legal al demandante para corregir la demanda frente a la inadmisión, sin embargo, no hubo escrito de corrección. Por tanto, mediante auto del 20 de septiembre de 2016, se rechazaron los cargos inicialmente inadmitidos<sup>1</sup> y se ordenó: (i) continuar con el trámite en relación con los cargos admitidos; (ii) fijar en lista las normas parcialmente acusadas para garantizar la intervención ciudadana; (iii) comunicar al Presidente del Congreso, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), a la UNICEF, al Ministerio de Telecomunicaciones, al Ministerio del Trabajo, al Ministerio de Salud, a la Superintendencia Nacional de Salud, al Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), a la Asociación Colombiana de Jurisprudencia, a la Asociación Colombiana de Cirujanos Plásticos, al Sindicato Colombiano de Cirujanos Plásticos, a la Sociedad Colombiana de Cirugía Plástica Estética y Reconstructiva, a la Sociedad Colombiana de Cirugía Plástica Facial y Rinología, a la Red Colombiana contra el Trabajo Infantil; para que, si lo estiman pertinente, presenten concepto sobre la constitucionalidad de las normas demandadas dentro de los diez (10) días siguientes al del recibo de la comunicación respectiva; (iv) invitar al Observatorio Laboral de la Universidad del Rosario, al Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social (PAIIS), a Women’s Link Worldwide, y a las facultades de derecho y de medicina de las universidades Andes, Nacional, ICESI de Cali, San Buenaventura de Cali, Libre-Seccional Pereira-, EAFIT, Antioquia, del Norte (Barranquilla) y Nariño para que, si lo consideraban adecuado, se pronunciaran sobre la constitucionalidad de las normas parcialmente demandadas; y (v) correr traslado al Procurador General de la Nación, para lo de su competencia.

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de esta clase de juicios y previo concepto del Procurador General de la Nación, procede la Corte a decidir sobre la demanda de la referencia.

## **II. TEXTO DE LA NORMA DEMANDADA**

A continuación, se transcribe y subraya el texto de las normas acusadas:

### *“LEY 1799 DE 2016*

---

<sup>1</sup> Una vez analizada la demanda el despacho de la Magistrada sustanciadora admitió los cargos contra el artículo 3° de la Ley 1799 de 2016, por violación de los artículos 15 y 16 de la Constitución, y desestimó el cargo sobre vulneración del derecho a la imagen. Así mismo, admitió los cargos contra el inciso 2° del artículo 5° de la misma normativa, por violación de los artículos 13 y 25 de la Constitución, y desechó los propuestos por violación del artículo 26 de la Carta, 23-1 de la Declaración Universal de los Derecho Humanos y del principio de confianza legítima.

*Por medio de la cual se prohíben los procedimientos médicos y quirúrgicos estéticos para menores de edad y se dictan otras disposiciones*

**EL CONGRESO DE COLOMBIA**

**DECRETA:**

*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.*

*Prohíbese la difusión de aquellas campañas a las que se refiere el inciso anterior, que previa la entrada en vigencia de la presente ley utilizan la imagen de modelos menores de edad”.*

**III. LA DEMANDA**

El demandante considera que el artículo 3° de la normativa demandada, vulnera los derechos reconocidos en los artículos 15-1 y 16 de la Constitución, y el derecho a la imagen. Así mismo, sostiene que el inciso 2 del artículo 5° del mismo cuerpo normativo, desconoce los artículos 13 y 25 de la Constitución.

***Argumentos por los cuales el actor considera que el artículo 3° de la Ley 1799 de 2016 es inconstitucional***

En primer lugar, afirma que el artículo 3° de la Ley 1799 de 2016 transgrede el **artículo 15-1 Superior**, es decir, el derecho fundamental a la intimidad personal. El demandante hace una distinción entre los niños que cobija la norma y explica que existen diferencias importantes entre los efectos jurídicos de la norma para los niños de 0-13 años (impúberes) y los adolescentes entre 14 y 18 años de edad. Así pues, la norma acusada afecta principalmente a los púberes, ya que en su concepto se inmiscuye de manera desproporcionada en su esfera personal y les impide practicarse procedimientos estéticos, lo cual afecta su derecho a decidir libremente y a optar por una “*mejor apariencia física*”.

En este sentido, insiste en que la prohibición impartida por el Legislador, disminuye la autodeterminación privada e íntima de la que gozan los púberes a decidir sobre su aspecto físico. En relación con ello, sostiene que la norma desconoce que dichos sujetos detentan cierta capacidad jurídica para realizar determinados actos que tienen validez en el mundo jurídico, tales como: contraer matrimonio, elaborar testamento y adoptar, y que por lo tanto, la prohibición impartida en la Ley 1799 de 2016, desconoce su autodeterminación y limita su capacidad jurídica.

Asimismo, el actor manifiesta que *“(...) si un púber quiere realizarse un cambio estético en sí mismo, es porque no se siente conforme con esa parte de su cuerpo que quiere mutar, puesto que en algunos casos es objeto de burla, afectando en forma desmedida su derecho al buen nombre”*<sup>2</sup>.

En segundo lugar, sostiene que la norma viola el **artículo 16 de la Constitución**, esto es el derecho al libre desarrollo de la personalidad porque no permite a los púberes elegir su propia opción de vida. Así, indica que la capacidad del menor de edad se reconoce en mayor o menor grado según se encuentre en una u otra etapa de la vida y la complejidad de los asuntos. Igualmente, cita la **sentencia T-565 de 2013** en la que se dijo que una de las formas de reafirmar la personalidad es la apariencia física, ya que se refiere a *“decisiones centrales acerca de cómo el sujeto se reafirma en su identidad y decide presentarse hacia los otros”*<sup>3</sup>. Por esto, plantea que los procedimientos estéticos son una forma de reafirmar la identidad, pues buscan mejorar los aspectos físicos de las personas, de manera que *“(...) si se plasma una prohibición a quienes lo pueden practicar, se vería frustrada entonces la reafirmación de la identidad del menor, pues no habrá quien lo asista, lo que conllevaría a la vulneración de su derecho fundamental al libre desarrollo de su personalidad”*<sup>4</sup>.

Adicionalmente, señala que la posibilidad de un púber de practicarse cirugías estéticas, no se puede limitar, ya que: (i) no afecta los derechos fundamentales de otras personas; y (ii) la prohibición impuesta por el Legislador no tiene fundamento constitucional, pues *“(...) su superficial fundamento gira en torno a la protección a la salud del menor. Lo cual es fingido toda vez que si el joven quiere mutar alguna parte de su cuerpo es porque no se siente a gusto con ella, y además, son pocos los casos de afectaciones graves derivados de una cirugía estética, pues como todo proceso médico, conlleva riesgos”*<sup>5</sup>. Así pues, considera que la norma no puede limitar indirectamente el plan de vida del púber e impedir que se le practiquen cirugías estéticas.

***Argumentos por los cuales el demandante considera que el inciso 2º del artículo 5º de la Ley 1799 de 2016 es inconstitucional***

---

<sup>2</sup> Folio 6.

<sup>3</sup> Folio 7.

<sup>4</sup> Folio 7.

<sup>5</sup> Folio 8.

Por otro lado, expone que el inciso 2° del artículo 5° de la ley mencionada, desconoce los artículos 13 y 25 de la Constitución.

En relación con la vulneración del **artículo 25 de la Constitución**, el demandante sostiene que el Legislador introdujo unas prohibiciones injustificadas para que los púberes puedan ejercer su derecho fundamental al trabajo, que no tienen sustento constitucional y legal, puesto que son diferentes a las exigidas en el artículo 35 del Código de la Infancia y la Adolescencia.

Afirma que el trabajo goza de un núcleo esencial, el cual reside en la libertad de seleccionar la actividad laboral *“sin que puedan impedírsele terceras personas o el Estado, a quien por el contrario le compete adoptar políticas proteccionistas y garantistas”*<sup>6</sup>. A su vez, explica que los dos principios que guían el derecho al trabajo desarrollados por la jurisprudencia son el de igualdad de oportunidades para los trabajadores y la especial protección al trabajador menor de edad. En este sentido, indica que las limitaciones al derecho al trabajo de los mayores de 15 años se refieren a que: (i) el menor no tenga 15 años cumplidos; (ii) el trabajo que pretende ejercer afecte la salud, la integridad y la seguridad, o impida su derecho a la educación; (iii) se trate de explotación laboral o económica; (iv) se trate de trabajos riesgosos; (v) el trabajo impida su desarrollo físico, mental o moral; y (vi) el trabajo a realizar afecte los derechos de los demás, sea inmoral o afecte el bienestar general de la sociedad. Así, sostiene que la prohibición es injustificada, pues no encuadra dentro de ninguna de las anteriores causales y por lo tanto viola el derecho al trabajo.

Además, enfatiza que el trabajo de modelo de campañas publicitarias de cirugías estéticas, en nada afecta los derechos a la salud o a la integridad personal de los menores de edad que ejercen dicha labor y la única restricción posible se refiere a las autorizaciones que se deben expedir y a las horas laborables.

Por último, el accionante elabora un test estricto de igualdad, por medio del cual pretende evidenciar que la normativa mencionada desconoce el derecho consagrado en el **artículo 13 de la Constitución**. En este sentido, manifiesta que el uso de menores de edad como modelos de campañas publicitarias de cirugías estéticas genera en este grupo de personas una posición de desigualdad frente al resto de menores de edad que trabajan en cualquier otro oficio, ya que quienes pretenden ejercer la labor de modelos de campañas estéticas, no lo pueden hacer bajo ninguna consideración, mientras que aquellos que son menores de edad y buscan ejercer algún oficio, solamente le son aplicables las restricciones establecidas en la ley y la Constitución.

Insiste, en que dicha desigualdad se evidencia en mayor medida, *“(...) entre los jóvenes modelos a quienes se le realizó la prohibición, y los jóvenes modelos que se desempeñan en otras facetas del modelaje, como lo son de*

---

<sup>6</sup> Folio 22.

*fashion, modelos portavoces o de catálogo, a quienes libremente se les permite el ejercicio de ese oficio, mientras que al modelo de campañas de cirugías estéticas, se le ha restringido indirectamente su labor”<sup>7</sup>.*

Así pues, concluye que: (i) “*el fin buscado con la medida de la prohibición de usar menores como modelos de campañas publicitarias resulta inconstitucional, ya que cabe la posibilidad que la campaña vaya dirigida a una población adulta*”; (ii) la prohibición de utilizar modelos menores de edad en campañas alusivas a procedimientos estéticos, resulta exagerada, absurda e impide totalmente que esta labor se pueda ejercer y desarrollar; y (iii) la imposibilidad de que se practiquen cirugías estéticas en menores de edad, no implica que la publicidad hecha por dicho sujeto para promocionar las cirugías estéticas, esté encaminada exclusivamente a mayores de edad.

#### IV. INTERVENCIONES

##### 1. Ministerio de Salud y Protección Social

La apoderada del Ministerio de Salud y Protección Social solicita que se declare la **INCONSTITUCIONALIDAD** del artículo 3° de la Ley 1799 de 2016. Presenta varios argumentos por los cuales estima que el referido precepto, que consagra una prohibición, vulnera el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores de edad (arts. 16 y 44 C. P.).

Inicialmente, recuerda que el Estado colombiano está obligado a garantizar el pleno ejercicio de las prerrogativas reconocidas a favor de los menores de edad, con el fin de satisfacer sus necesidades psicológicas, intelectuales y sociales y de fomentar su libre desarrollo a través de herramientas educativas. Explica que esa obligación tiene diversos contenidos presentes en la jurisprudencia constitucional, en los convenios internacionales<sup>8</sup> y en las políticas públicas sobre niños, niñas y adolescentes.

Cita extensa jurisprudencia a partir de la cual desarrolla varias ideas. La *primera* de ellas va dirigida a establecer que existe una diferencia entre las categorías de niño y adolescente, que responde a criterios psicológicos, intelectuales y sociales, y cuyo objetivo primordial es el de fomentar la participación de los adolescentes en temas de su interés con un nivel de autonomía mayor que el previsto para los niños y niñas. Dentro de estos temas de interés está el directamente relacionado con su propia salud<sup>9</sup>.

La *segunda* idea está relacionada con la protección que desde la jurisprudencia se ha dado al derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores de edad. Especifica que las medidas de intervención de las decisiones que sobre su intimidad adopten los menores de edad, deben ser inversamente proporcionales

<sup>7</sup> Folios 30 y 31.

<sup>8</sup> Cita especialmente la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por Colombia a través de la Ley 12 de 1991; la Observación General N° 12 de 2009 emitida por el Comité de los derechos del niño; y la CEDAW.

<sup>9</sup> En este punto cita especialmente la sentencia C-019 de 1993, M. P. Ciro Angarita Barón.

a las capacidades intelecto-volitivas de los adolescentes, teniendo en cuenta variables como la madurez psicológica y/o las necesidades de autodeterminación y de reafirmación de la identidad, todo para propender por una eficacia máxima de este derecho en ellos<sup>10</sup>.

En ese orden de ideas, considera que *“la normatividad cuya constitucionalidad se discute, contempla un medida totalmente excesiva que impide a los menores de edad la posibilidad de decidir en el ámbito de su voluntad progresiva, si se practican o no este tipo de procedimientos quirúrgicos, situación que pretende ser justificada bajo el carácter prevalente de los derechos fundamentales de los niños, desconociendo que en aspectos relacionados con las prácticas y las decisiones en salud, es completamente necesaria su participación y opinión..., máxime si con ello no se están transgrediendo los derechos ajenos o el ordenamiento jurídico existente”*<sup>11</sup>.

De otra parte, el Ministerio explica que existen medidas menos restrictivas del derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores de edad, que pueden cumplir el fin propuesto por la norma. En efecto, desarrolla medidas como la adopción de políticas públicas que fomenten la eliminación de prejuicios, estereotipos y patrones culturales relacionados con ciertos prototipos de belleza, alcanzados a través de las cirugías plásticas; y la capacitación y exigencia de idoneidad a los profesionales que evalúen cada caso particular, entre otras.

Para el Ministerio, la medida prohibitiva consagrada en el artículo 3° de la Ley 1799 de 2016, además de inconstitucional puede acarrear efectos adversos como el de desencadenar la generación de servicios clandestinos que se ofrezcan a adolescentes, con un alto potencial de afectar su salud y su vida. Con lo cual, se indica, que es una medida restrictiva, exagerada, desproporcionada y que no va a resultar efectiva para intervenir en las causas estructurales y problemáticas que llevan a los menores de edad a optar por este tipo de procedimientos quirúrgicos, como mecanismo para lograr la aceptación social y/o cumplir los arquetipos y estereotipos de belleza impuestos.

Resalta que para intervenir realmente en esa problemática, se requiere abordar los determinantes sociales sobre el concepto de belleza que ofrece la cultura patriarcal y las discriminaciones injustificadas por este motivo. Ello a través de articular acciones de educación en derechos humanos, ciudadanía, género, respeto por la diferencia, autoestima y auto confianza en los niños. Así mismo, explica que se debe garantizar una política de igualdad de género desde la primera infancia *“que permita construir generaciones incluyentes, que reconozcan y respeten al otro, con flexibilidad de roles... o promover experiencias que apunten a deconstruir ciertos estereotipos de belleza”*<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> Cita entre muchas otras sentencias la T-562 de 2013, M. P. Mauricio González Cuervo y T-532 de 1992, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz

<sup>11</sup> Folios 78 y 79.

<sup>12</sup> Folios 81 y 82.

A la par, propone diversos marcos de acción para reconocer y combatir la violencia simbólica que se ejerce a través de la publicidad, la industria de la moda y la televisión que están generando la “*hipersexualización de las niñas*”. Afirma que “*más que un prohibición de cirugías estéticas, se deberían regular concursos de belleza infantiles como el resonado hace pocos meses de ‘Miss Tanguita’*”<sup>13</sup>.

Establecidos estos argumentos por los cuales el Ministerio considera que el artículo 3° es inconstitucional, explica que no se pronunciará frente a la segunda norma demandada (artículo 5° parcial), ya que los cargos presentados son de resorte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en adelante ICBF, y del Ministerio del Trabajo.

## 2. Universidad del Rosario

La Universidad, a través de uno de sus profesores titulares, solicita que se declare la **INEXEQUIBILIDAD** de las normas acusadas en este proceso. Para sustentar su petición, hace referencia al consentimiento informado en procedimientos médicos en general y a la prohibición contenida en el artículo 3° de la Ley 1799 de 2016, a la luz del derecho médico colombiano.

Después de citar legislación relacionada<sup>14</sup>, resalta que en Colombia se privilegia la autonomía de la voluntad de los pacientes cuando se trata de la práctica o no de procedimientos médicos. Por esta razón, y en concordancia con el derecho a la dignidad humana, sólo se permite la realización de un acto médico cuando éste es precedido del consentimiento libre e informado del paciente. Recuerda que según jurisprudencia de esta Corte, el consentimiento libre e informado es un derecho fundamental en cabeza de los pacientes, así éstos sean menores de 18 años, que además solo admite regulación o limitación a través de una ley estatutaria. Por tanto, afirma que el artículo 3° demandado es inconstitucional, al afectar el núcleo esencial de esa garantía para un sector de la población y estar limitado en un ley ordinaria.

Explica que cuando se trata de niños se ha aplicado tanto el *consentimiento presunto*, en caso de urgencia, como el *sustituto*, cuando son sus representantes legales los que lo otorgan. Sin embargo, se “*ha avanzado en punto a reconocer la capacidad de los menores a (sic) tomar decisiones en el ámbito médico de manera autónoma*”<sup>15</sup>. Cita como ejemplos la práctica de interrupciones voluntarias del embarazo, el cambio de sexo, la extracción de órganos o amputaciones de miembros o las transfusiones de sangre sobre menores de edad.

Sostiene que la norma prohibitiva no distingue entre cirugías estéticas reconstructivas y cosméticas, con lo cual vulnera el derecho a la salud de los

---

<sup>13</sup> Folio 82.

<sup>14</sup> Cita la Ley 23 de 1981, por la cual se expide el Código de Ética Médica y la Ley 1733 de 2014, por la cual se regula la aplicación de cuidados paliativos, entre otras.

<sup>15</sup> Folio 101.

menores de edad que necesiten una cirugía, que si bien es estética, es necesaria para lograr un estado de salud psíquica y psicológica óptima en ellos, como cuando son necesarias intervenciones relacionadas con obesidad mórbida, el tamaño de los senos o la presencia de cicatrices. Igualmente, argumenta que la norma desconoce la libertad religiosa, pues prohíbe la práctica de cirugías como la circuncisión en niños y adolescentes.

Ahora bien, al momento de evaluar el inciso 2° del artículo 5° de la norma acusada, señala que *“no se entiende cuál es el valor constitucional que permite que a los menores (sic) se les restrinja el derecho que tiene todo ciudadano al trabajo, a la elección de profesión u oficio, y a la explotación de la propia imagen, resultando una intromisión indebida del Estado que solamente se podría justificar a través de una actitud paternalista, lo cual es absurdo”*<sup>16</sup>.

### 3. Superintendencia de Salud

La apoderada de la Superintendencia solicita que se declare la **EXEQUIBILIDAD** de las normas de la Ley 1799 de 2016 que fueron demandadas, debido a que las mismas tienen un sustento constitucional válido. Argumenta que la norma acusada *“tuvo como objeto buscar la protección integral de la salud de los menores de edad, especialmente en lo referente a los riesgos a que son expuestos frente a la realización de algunas cirugías plásticas...”*<sup>17</sup>.

Para la Superintendencia, la integralidad del derecho a la salud de los niños, niñas y adolescentes encuentra un límite razonable y justificado en la práctica de procedimientos estéticos, que además están excluidos del POS contributivo y subsidiado. Señala que desde ese ente de control se puede afirmar *“con certeza que son muchas las fallas en la prestación de servicios de salud, máxime en los eventos de cirugías, cuando no son realizadas por profesionales especializados en el ramo y cuando estas intervenciones quirúrgicas y estéticas, no corresponden a las excepciones que trae la norma [art. 4° L. 1799/16]”*. Por lo anterior, la prohibición apunta claramente a la protección de los menores de edad, al blindarlos legalmente con una herramienta que impide la práctica de procedimientos *“que son innecesarios y ponen en riesgo su integridad personal”*<sup>18</sup>.

En relación con la prohibición publicitaria, argumenta que *“proteger a los menores de edad no es violar el derecho a la igualdad y menos al trabajo”*. Lo anterior, porque el espíritu de la norma pretende excluir a los niños, niñas y adolescentes de todo tipo de promoción de cirugías estéticas, *“porque no convienen, ni corresponden a su edad”*. De igual forma, se sostiene que la norma propende por la protección del derecho a la vida *“porque son muchísimos los casos registrados de personas tanto menores de edad como adultos que se han practicado procedimientos estéticos innecesarios en centros*

---

<sup>16</sup> Folios 104 y 105.

<sup>17</sup> Folio 107.

<sup>18</sup> Folio 108.

*de salud, que no cuentan con la debida habilitación legal para la prestación del servicio de cirugía estética y posteriormente han fallecido*”<sup>19</sup>.

#### **4. Juan Diego Buitrago Galindo**

En su calidad de ciudadano colombiano, Juan Diego Buitrago Galindo interviene para solicitar que se declare la **INHIBICIÓN** por ineptitud sustantiva de la demanda, y en subsidio, pide la **EXEQUIBILIDAD** de los artículos 3° y 5° de la Ley 1799 de 2016, al considerar que los mismos no vulneran la Constitución.

El interviniente refiere el alcance de la norma con el fin de aclarar que, de la lectura armónica de los artículos 3° y 4° de la Ley 1799 de 2016, se extrae que la prohibición tiene excepciones reguladas. Es decir, sí podrán hacerse cirugías estéticas en menores de edad si las mismas se tratan de procedimientos en la nariz, en las orejas, son reconstructivas y/o iatrogénicas de otras cirugías, peelings químicos, depilación láser o están motivadas por cuestiones patológicas físicas o psicológicas, siempre y cuando medie autorización de la entidad territorial de salud.

Una vez definido el alcance de la norma, explica que el cargo por violación al libre desarrollo de la personalidad carece de especificidad, pertinencia y suficiencia, en tanto la demanda se funda en apreciaciones subjetivas carentes de sustento científico sobre la afectación o no del derecho a la salud de los menores de edad derivada de cirugías plásticas. Por tanto, tampoco logra efectuar una confrontación entre las normas demandadas y la Constitución. No obstante lo expuesto, argumenta que si la Corte decide estudiar el cargo de fondo, este debe ser desestimado ya que *“la aplicación de cirugías estéticas en menores de edad se ve drásticamente afectada por la inestabilidad emocional y madurez propia de su etapa de desarrollo...”*<sup>20</sup>.

Afirma que el cargo por violación del principio de igualdad contra el artículo 5° de la Ley 1799 de 2016, no cumple los requisitos para su estudio, debido a que la prohibición de la publicidad en cirugías estéticas para niños y niñas tienen un objeto ilícito establecido en la ley, que no puede ser una actividad comparable con la publicidad en la moda o en otros sectores que tienen objetos lícitos. Además, según el ciudadano resulta razonable la prohibición en el uso de la publicidad, *“precisamente para desincentivar dicho tipo de cirugías”*<sup>21</sup>. Por tanto, si se estudia la norma, la Corte debería llegar a la conclusión de que la misma no vulnera los derechos a la igualdad ni al trabajo.

#### **5. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF**

La jefe oficina asesora jurídica del Instituto solicita que se declare la **EXEQUIBILIDAD** de las normas acusadas. No obstante, en sus argumentos

---

<sup>19</sup> Folio 109.

<sup>20</sup> Folio 116.

<sup>21</sup> Folio 118.

también plantea la **ineptitud sustantiva de la demanda en relación con los cargos en contra del artículo 5° parcialmente demandado**. Después de citar el marco internacional y constitucional de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, explica que la Ley 1799 de 2016 busca un fin esencial que es prevenir cualquier afectación a los derechos a la salud, a la integridad y a la vida de los niños. Manifiesta que estos derechos deben ser ponderados con los del libre desarrollo de la personalidad y la intimidad, pues si bien es cierto que las medidas demandadas pueden llegar a afectar a éstos últimos, las mismas obedecen a un fin constitucionalmente válido.

Explica que la prohibición prevista en el artículo 3° acusado, sólo limita los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la autoimagen por un lapso determinado, que es proporcionado si se lo evalúa desde la perspectiva de los derechos a la salud, a la integridad y a la vida.

De otra parte, indica que los cargos contra el inciso 2° del artículo 5° no cumplen con los requisitos que avalen un pronunciamiento de fondo, ya que en primer lugar, no se demandó la proposición jurídica completa y, en segundo lugar, la demanda hace una exposición general, confusa e indeterminada que pretende confrontar sujetos y actividades no equiparables. Sostiene que la prohibición no está encaminada a coartar la libertad de escogencia de profesión u oficio, sino a evitar que menores de 18 años sean incitados a practicarse cirugías plásticas. Lo cual es perfectamente válido pues el Legislador tiene competencia para ello.

Después de hacer estas apreciaciones sobre la demanda, el ICBF efectúa una explicación de los objetivos específicos de la norma y las justificaciones que motivaron su expedición. Entre otros, resalta que se pretendió disminuir el riesgo de cirugías en niños, niñas y adolescentes, desincentivar el aumento de estos procedimientos y desestimular los estereotipos de belleza como medios de aceptación social.

Por último, explica que la ley acusada es claramente una excepción válida al principio de autonomía progresiva de los niños, niñas y adolescentes, justificada en la posición de garante que el Estado y la sociedad debe ejercer frente a éstos y en el principio de interés superior del menor. Con lo cual no se deja de reconocer que éstos son sujetos con plenos derechos reconocidos por el Estado. En este punto hace referencia a la jurisprudencia constitucional, a partir de la cual se han establecido los parámetros que permiten o no limitan el derecho a la autodeterminación y al libre desarrollo de la personalidad en menores de edad<sup>22</sup>.

## 6. Ministerio del Trabajo

El jefe de la oficina asesora jurídica del Ministerio solicita que se declare la **EXEQUIBILIDAD** del inciso 2° del artículo 5° de la Ley 1799 de 2016, “*dada su congruencia y armonía con los preceptos normativos de rango*

<sup>22</sup> Cita especialmente las sentencias T-634 de 2013, C-900 de 2011 y T-182 de 1996.

*constitucional, convencional y legal..., más aún si se tiene en cuenta el criterio de aplicación normativa de favorabilidad a los intereses superiores del niño, niña o adolescente, que en el presente caso debe realizarse en pro del menor trabajador”<sup>23</sup>.*

Para sustentar su petición, el Ministerio hace referencia a la normativa vigente en materia de protección de derechos de los niños, niñas y adolescentes y resalta, especialmente, la obligación de protección que tiene el Estado frente a los menores trabajadores. También trae a colación la exposición de motivos de la Ley acusada, para destacar que el inciso 2° del artículo 5° buscó disminuir los patrones de asociación entre cirugía estética y modelos imposibles de juventud, reducir la “*sobresexualización de los menores de edad*”, y evitar la profusión de falsas expectativas sociales de tipo estético.

El Ministerio sostiene que en el momento de la formación de la ley se escuchó a la Presidenta de la Sociedad Colombiana de Cirugía Plástica, Estética y Reconstructiva, quien afirmó “*su preocupación por el aumento en el número de cirugías plásticas que se realizan en Colombia y señaló que es necesario que se apruebe una normatividad sobre esta materia*”, además dictaminó que “*con excepción de las cirugías de nariz y orejas, es claro que tanto el cuerpo de los niños como el de las niñas aun no tienen un metabolismo estable, fuera de que es imposible conocer las implicaciones futuras que tiene dicha intervención*”<sup>24</sup>.

## V. INTERVENCIONES EXTEMPORÁNEAS

### 1. Universidad San Buenaventura de Cali

En un escrito inicial, la asesora jurídica de la Universidad indica que al no contar con facultad de Medicina, no les es posible emitir concepto la constitucionalidad de las normas demandadas. Sin embargo, con posterioridad se allegó el concepto presentado por la Decana de la Facultad de Derecho y Ciencias de la Universidad, en el cual se solicita a la Corte declarar la **EXEQUIBILIDAD** de los artículos acusados.

### 2. Universidad de Antioquia

En el concepto presentado por la Decana de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad se solicita a la Corte declarar la **EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA** del artículo 3° de la Ley 1799 de 2016, en el sentido de mantenerse la prohibición “*en los casos en los cuales no se haga un control previo por parte del área de medicina y psicosocial, que determine que la cirugía no implica riesgo alguno para los menores de edad y que a su vez dictamine que la decisión de realizarla se adoptó de manera libre*

---

<sup>23</sup> Folio 133, reverso.

<sup>24</sup> Folio 132 reverso, y 133.

y autónoma; adicional a la condición de que dichos dictámenes sean emitidos por los profesionales vinculados al sector público”<sup>25</sup>.

Respecto de inciso 2° del artículo 5° de la normativa demandada, propone la declaratoria de **INEXEQUIBILIDAD** debido a que el modelaje en publicidad de cirugías estéticas, no implica perjuicio para la salud y seguridad de los menores de 18 años, pero sí una violación al derecho al trabajo y al principio de igualdad.

### 3. Universidad de Nariño

El Director del Consultorio Jurídico de la Universidad solicita a la Corte declarar *“INEXEQUIBLES los artículos 3 y 5 (parcial) de la Ley 1799 de 2016... y se DECLARE por parte de esta corporación la posibilidad que tienen los menores de adelantar procedimiento médicos y quirúrgicos estéticos siempre que cuenten con la autorización de sus padres”*<sup>26</sup>.

### 4. Facultad de Medicina de la Universidad de Antioquia

La coordinación de la Sección de Cirugía Plástica, Maxilofacial y de la Mano de la Facultad de Medicina de la Universidad de Antioquia solicita a la Corte que declare **PARCIALMENTE EXEQUIBLE** el artículo 3° de la Ley 1799 de 2016, *“concediéndole la posibilidad al mayor de 14 años de ser sometido (sic) examen de maduración física de la estructura a intervenir por parte del cirujano plástico tratante y a una evaluación psicológica externa en un centro independiente del médico tratante que certifique su capacidad para tomar decisiones y comprender los efectos y complicaciones de los mencionados procedimientos”*<sup>27</sup>. De otra parte, solicita que el artículo 5° (parcial) de la Ley 1799 de 2016 se declare **EXEQUIBLE**.

## VI. CONCEPTO DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

La Procuraduría General de la Nación solicita a la Corte Constitucional que declare **EXEQUIBLES** los artículos 3° y 5° (parcial) de la Ley 1799 de 2016. Así, considera que lo que la Corte debe resolver es *“si es condicionalmente exigible que la exequibilidad del artículo 3° de la Ley 1799 de 2016 deba condicionarse en el sentido de que no se pueda aplicar a los adolescentes entre los 14 y los 18 años de edad a fin de garantizar así sus derechos a la intimidad y al buen nombre (artículo 15 y 16 superiores). Y, de otra parte, si el inciso demandado del artículo 5° de la Ley 1799 de 2016 es contrario al principio – derecho a la igualdad y al derecho al trabajo (artículos 13 y 25 constitucionales”*<sup>28</sup>.

---

<sup>25</sup> Folios 193 a 194.

<sup>26</sup> Folios 196.

<sup>27</sup> Folio 232.

<sup>28</sup> Folio 210.

Para la Vista Fiscal, no existen razones para considerar que la política del Legislador que busca desestimular que los menores de edad se realicen procedimientos médicos y quirúrgicos estéticos, mediante la prohibición para los médicos de realizarlos y de contratarlos para participar en campañas publicitarias relacionadas.

En su criterio, las medidas buscan salvaguardar a los menores de edad de la injerencia de ciertos valores promovidos por paradigmas culturales de la belleza e intereses económicos durante su proceso de formación, lo cual concuerda con los artículos 15 y 16 de la Carta. Lo anterior, por cuanto la prohibición busca proteger a las personas de tomar decisiones definitivas e invasivas hasta el momento en el que estén en la capacidad de *“escoger los valores que regirán sus vidas, realizar sus propios negocios y decidir con criterio, libertad e información sobre sí mismos”*<sup>29</sup>. Luego, el fin de la norma es proteger la esfera privada e íntima de los niños y los adolescentes de nuevas formas de interferencia e intromisión.

A continuación, cita los fundamentos de la exposición de motivos de la ley enjuiciada parcialmente en los que dice que el objetivo del Legislador es promover *“el correcto desarrollo del cuerpo y la psique de los niños y jóvenes”*<sup>30</sup>, prevenir la sobresexualización de la juventud *“incluso en ocasiones con la anuencia de sus padres”*<sup>31</sup>, así como su sometimiento a procedimientos innecesarios y riesgosos para adecuarse a un particular prototipo de belleza. Sumado a lo anterior, indica que el Legislador consideró que la medicina moderna ofrece procedimientos innecesarios por fuera de la curación y el manejo de las enfermedades, lo cual acarrea consecuencias físicas y psicológicas que muchas veces son irreversibles.

Recalca que la prohibición no es absoluta y permite las cirugías en ciertos casos como las mamoplastias reconstructivas o las rinoplastias funcionales, entre otras. Precisa que el marco jurídico de la ley acusada al que alude la exposición de motivos incluye tres ejes específicos que comparte plenamente como suficientes, idóneos, pertinentes y constitucionales: (i) la salud, dentro de lo cual se encuentran los deberes éticos de los médicos; (ii) el libre desarrollo de la personalidad en relación con la capacidad de consentimiento de los menores de edad; y (iii) el ejercicio responsable de la patria potestad.

A pesar de lo anterior, explica que *“también entiende que, al menos en principio no le corresponde al Estado valorar los tratamientos estéticos como inútiles o irrelevantes, así como tampoco juzgar si los ciudadanos deben o no adecuarse a un determinado estándar cultural de belleza, como en efecto lo hace con la norma demandada, en tanto ésta es una apreciación que atañe a los individuos en razón de su autonomía moral, la cual brota de la dignidad humana”*<sup>32</sup>. Pero, lo anterior no es suficiente para considerar que no es

---

<sup>29</sup> Folio 211.

<sup>30</sup> Folio 211.

<sup>31</sup> Folio 212.

<sup>32</sup> Folio 213.

desproporcionado impedir la “*intromisión de fuertes criterios culturales, ideológicos y económicos en los adolescentes, con el propósito de que, al momento de alcanzar su mayoría de edad ellos mismos realicen opciones más libres e informadas*”<sup>33</sup>.

De conformidad con lo anterior, sostiene que las normas acusadas lo que hacen es desarrollar los derechos a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad para salvaguardarlos y que los niños puedan ejercer estos derechos plenamente en su adultez. Además, anota que la ley solo prohíbe los procedimientos más riesgosos e invasivos y ajenos a su salud física y psicológica.

En cuanto a la acusación relativa al derecho al trabajo de los menores de edad, plantea que “*parte de la premisa de que es constitucionalmente adecuado impedir que ciertos prototipos o modelos creados por la cultura y el mercado modernos, o con intereses particulares y específicos, se impongan a los menores de edad obstruyendo su capacidad de adoptar decisiones verdaderamente libres sobre su apariencia y proyecto de vida entonces, también se entiende que sea necesario limitar la posibilidad de que las campañas publicitarias de procedimientos y clínicas estéticas se dirijan a esta población, para (sic) no es suficiente prohibir que ello sea pactado como objeto contractual, sino que además es necesario que se prohíba la participación de otros menores de edad en esas campañas*”<sup>34</sup>.

Posteriormente, señala los parámetros constitucionales, convencionales y legales que considera que protegen a los niños y concluye que “*existe una habilitación para el trabajo de los menores de edad bajo determinadas circunstancias de protección, especialmente relacionadas con impedir la explotación y las peores formas de trabajo infantil, así como con la garantía de los derechos a la vida la integridad, el desarrollo armónico, la educación y la recreación de los niños las niñas y los adolescentes*”<sup>35</sup>.

Por último, sostiene que la mencionada restricción es proporcional cuando los modelos son niños y quieren alejarlos de la industria, porque no es suficiente prohibir que las campañas estén dirigidas a menores de edad, y “*precisamente de acuerdo con lo anterior, existen razones suficientes para establecer un tratamiento diferenciado entre el modelaje en general y el modelaje para la promoción de procedimiento y clínicas estéticas*”<sup>36</sup>.

## VII. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

### Competencia

---

<sup>33</sup> Folio 213.

<sup>34</sup> Folio 214.

<sup>35</sup> Folio 215 – 216.

<sup>36</sup> Folio 216.

1. En virtud de lo dispuesto en el artículo 241, numeral 4° de la Carta Política, la Corte Constitucional es competente para conocer de esta demanda, pues se trata de una acusación de inconstitucionalidad contra preceptos que forman parte de una ley de la República y sobre los cuales no ha habido pronunciamiento anterior.

### **Consideraciones previas: aptitud de la demanda**

2. Uno de los ciudadanos intervinientes, Juan Diego Buitrago Galindo, y el ICBF solicitan que se declare la inhibición por ineptitud sustantiva de la demanda. En cuanto al cargo en contra del artículo 3° de la Ley 1799 de 2016, el ciudadano estima que el mismo carece de especificidad, pertinencia y suficiencia, pues parte de apreciaciones que no tienen soporte científico y argumentativo. En particular, su reproche va en contra de los argumentos acerca de los efectos de las cirugías mediante los cuales el demandante asevera que son pocos los casos con consecuencias nocivas y que no todas las cirugías estéticas conllevan un menoscabo a la salud<sup>37</sup>. Para el interviniente, esas afirmaciones no tienen un sustento científico y son vagas, indeterminadas, indirectas, abstractas y globales. Luego en su criterio, al tratarse de apreciaciones subjetivas el cargo carece de pertinencia y tampoco hay suficiencia *“porque no hay elementos de juicio para iniciar el estudio de constitucionalidad de la norma de tal manera que no permiten despertar dudas sobre la constitucionalidad de la norma”*<sup>38</sup>. A su vez, precisa que para que el cargo fuera apto, debía demostrar por qué las excepciones del artículo 4° de la misma ley, son insuficientes<sup>39</sup>.

3. Por otro lado, considera que el cargo en contra del artículo 5° (parcial) de la Ley 1799 de 2016 por la supuesta violación al derecho a la igualdad es inepto, pues la norma no trata de forma diferente a dos grupos iguales, sino que se trata de un mismo grupo, los menores de edad entre 15 y 18 años<sup>40</sup>. En el mismo sentido, el ICBF planteó que el cargo en contra de dicha disposición no es apto, pues, de una parte, no se demandó la proposición jurídica completa y, de otra, porque la norma no pretende coartar la libre escogencia de profesión u oficio, sino que *“lo que está prohibiendo el Legislador es que participen en campañas publicitarias en donde se incite a los menores de 18 años a practicarse*

---

<sup>37</sup> Folio 115. *“Es importante señalar que la demanda parte de apreciaciones subjetivas que carecen de soporte científico y argumentativo. Me refiero en particular a las apreciaciones contenidas en la página 15 de la demanda, según las cuales “son pocos los casos de afectaciones graves derivados de una cirugía estética, pues como todo proceso médico, conlleva riesgos”, y que “el argumento de la protección a la salud del menor sería válido en una dimensión donde toda cirugía estética conllevara un menoscabo a la salud del púber, pero no es así”.*

<sup>38</sup> Folio 116.

<sup>39</sup> Folio 116. *“De otra parte, precisamente el artículo 4° de la misma Ley 1799 de 2016 establece las cirugías que por excepción sí pueden practicarse en menores de edad. La exigencia mínima para un cargo de constitucionalidad sería entonces la de señalar por qué dicho listado no es suficiente de acuerdo con el estado de la ciencia médica. Entender lo contrario significaría trasladar a la H Corte Constitucional la carga de presentar las demandas de inconstitucionalidad.”*

<sup>40</sup> Folio 117. *“El cargo por igualdad debe comparar el tratamiento diferenciado dado por el legislador a dos grupos iguales, lo cual no se cumple porque se está haciendo referencia a un mismo grupo de personas, que son los menores entre 15 y 18 años de edad. Lo anterior es suficiente para que se deseche el cargo”.*

*cirugías estéticas, evitando con ello la construcción de estereotipos de belleza*”<sup>41</sup>. Entra la Sala a estudiar estos planteamientos.

4. El artículo 2° del Decreto 2067 de 1991 señala los elementos que debe contener la demanda en los procesos de control de constitucionalidad<sup>42</sup>. Específicamente, el ciudadano que ejerce la acción pública de inconstitucionalidad contra una disposición determinada debe precisar: el *objeto* demandado, el *concepto de la violación* y la razón por la cual la Corte es *competente* para conocer del asunto. La concurrencia de los tres requerimientos mencionados hace posible un pronunciamiento de fondo.

En cuanto al concepto de la violación, la jurisprudencia ha sido constante<sup>43</sup> en manifestar que los argumentos de inconstitucionalidad que se prediquen de las normas acusadas deben ser **claros**, esto es, que exista un hilo conductor en la argumentación que permita comprender el contenido de la demanda y las justificaciones que la sustentan; **ciertos**, pues la demanda habrá de recaer sobre una proposición jurídica real y existente; **específicos**, en la medida que el ciudadano precise la manera como la norma acusada vulnera la Constitución y formule al menos un cargo concreto; **pertinentes**, ya que el reproche debe fundarse en la apreciación del contenido de una norma superior que se explica y se enfrenta con la norma legal acusada, más no en su aplicación práctica; y **suficientes**, por cuanto el demandante debe exponer todos los elementos de juicio necesarios para iniciar el estudio y éstos deben generar alguna duda sobre la constitucionalidad de la disposición acusada.

5. Como se advirtió, el demandante sostiene que el artículo 3° de la Ley 1799 de 2016 viola los derechos a la intimidad (art. 15 C.P.) y al libre desarrollo de la personalidad (art. 16) al inmiscuirse de forma desproporcionada en la esfera personal, principalmente de los púberes, por impedir cambios en su aspecto físico, lo cual contradice su presunción de capacidad y el ejercicio de su autodeterminación<sup>44</sup>. Adicionalmente, porque considera que la disposición restringe la posibilidad de construir la identidad, lo que limita el proyecto de vida de estos sujetos.

6. Los reproches del interviniente acerca de la aptitud, se enfocan en: (i) un asunto preciso de los argumentos, en relación con las consecuencias de las cirugías estéticas; y (ii) la falta de elaboración acerca del contenido normativo

---

<sup>41</sup> Folio 124.

<sup>42</sup> Dice norma citada: “Artículo 2°. Las demandas en las acciones públicas de inconstitucionalidad se presentarán por escrito, en duplicado, y contendrán: 1. El señalamiento de las normas acusadas como inconstitucionales, su transcripción literal por cualquier medio o un ejemplar de la publicación oficial de las mismas; 2. El señalamiento de las normas constitucionales que se consideren infringidas; 3. Las razones por las cuales dichos textos se estiman violados; 4. Cuando fuera el caso, el señalamiento del trámite impuesto por la Constitución para la expedición del acto demandado y la forma en que fue quebrantado; y 5. La razón por la cual la Corte es competente para conocer de la demanda”.

<sup>43</sup> Ver, entre otros, auto 288 de 2001 y sentencias C-1052 de 2001 y C-568 de 2004, todas las providencias con ponencia del Magistrado Manuel José Cepeda Espinosa, y C-980 de 2005, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>44</sup> Es preciso aclarar que sólo se hace referencia a los cargos admitidos y se excluyen los argumentos que fueron rechazados.

de otro artículo de la Ley 1799 de 2016, que establece excepciones a la prohibición del artículo 3° acusado.

En cuanto al *primer* argumento de ineptitud de la demanda, la Sala constata que ese no es el planteamiento central de la misma. Independientemente de si existen o no efectos nocivos respecto de las cirugías estéticas, lo cierto es que la disposición, en efecto, limita la capacidad de los menores de edad para acceder a ese tipo de procedimientos al establecer la prohibición de la realización de los mismos. Así, el argumento central de la demanda cuestiona la limitación para los menores de edad de su capacidad para tomar decisiones que tienen que ver con su cuerpo. Entonces, el ataque del interviniente acerca de si las cirugías o procedimientos son o no nocivos para la salud y su falta de sustento científico no desvirtúa la aptitud del cargo, sino que ataca una cuestión de fondo, relativa a si es o no justificada la limitación en razón al derecho a la salud de los niños.

El *segundo* de los cuestionamientos de ineptitud, tampoco desvirtúa el cumplimiento de los requisitos mínimos del artículo 2° del Decreto 2067 de 1991. Esto, ya que el cargo de inconstitucionalidad planteado no se refiere al número de procedimientos que se permiten o no dentro del universo de cirugías y tratamientos estéticos, sino a que la disposición acusada limita un derecho de forma desproporcionada. Por lo tanto, de nuevo, el reproche apunta a cuestionar el fondo del problema al sugerir que la norma es proporcionada, pues la prohibición no es absoluta ya que hay cirugías y tratamientos que sí se permiten. De conformidad con lo anterior, la Sala encuentra que el cargo cumple con los requisitos mínimos para ser analizado en sede de control abstracto.

7. El demandante plantea que el artículo 5° (parcial) de la Ley 1799 de 2016 viola el derecho a la igualdad, ya que genera una restricción desproporcionada respecto del derecho al trabajo<sup>45</sup> entre los modelos que se dedican al modelaje que no pueden hacer campañas publicitarias para cirugías estéticas y los niños entre los 15 y 18 años de edad que se dedican a labores diferentes del modelaje, quienes pueden trabajar si tienen las autorizaciones respectivas, dentro de los límites impuestos por la Constitución y la ley<sup>46</sup>.

La solicitud de declaración de ineptitud del cargo en contra del artículo 5° (parcial) de la Ley 1799 de 2016 se fundamenta en que éste incumple el primero de los requisitos para los cargos de igualdad: la identificación de los

---

<sup>45</sup> Es preciso aclarar que sólo se hace referencia a los cargos admitidos y se excluyen los argumentos que fueron rechazados.

<sup>46</sup> Folio 15. “*El criterio comparativo: El artículo 35 del Código de la Infancia y la adolescencia, establece una edad mínima para acceder al trabajo cual es 15 años; según el anterior precepto legal, todo menor adulto mayor de 15 años y menores de 18, tiene derecho a trabajar, siempre que obtenga la respectiva autorización de que habla el artículo. En adición a lo anterior, todo aquel que tenga entre 15 y 18 años, y pretenda trabajar, debe procurar que la labor no se halle encuadrada dentro de una de las causales de prohibiciones constitucionales, convencionales y legales, expresadas cuando se fundamentó la violación al artículo 25 superior. Una vez la ley 1799 de 2016 prohibió el uso de menores como modelos en campañas publicitarias de cirugías estéticas, genera en este grupo de jóvenes una posición de desigualdad frente a los demás menores adultos del país de entre 15 y 18 años frente a los cuales las únicas restricciones laborales existentes son las constitucionales, convencionales y legales antes mencionadas*”.

términos de comparación. Para el interviniente, no se trata de dos grupos diferenciables, sino de un solo grupo: los menores de edad entre 15 y 18 años de edad.

La Sala constata que la anterior aproximación no es cierta, ya que los términos planteados en la demanda sí se refieren a dos grupos diferenciables: los niños trabajadores de entre 15 a 18 años y los niños de esa misma edad que trabajan como modelos para publicidad de campañas de cirugías y procedimientos estéticos. Luego, sí existen dos grupos que se distinguen por su labor. Unos que ejercen el modelaje publicitario de cirugías estéticas y otros que ejercen otras labores. No obstante, es cierto que comparten unas características que hacen que los mismos sean comparables: (i) la edad; y (ii) las limitaciones que imponen la Constitución y la ley para el ejercicio del trabajo infantil. Específicamente, las características planteadas por el demandante que hacen posible que los niños mayores de 15 años puedan trabajar son: (a) el cumplimiento de la edad; (b) que el trabajo que se pretende ejercer no afecte la salud, la integridad, la seguridad o impida el derecho a la educación; y (c) no se trate de explotación laboral o económica, de un trabajo riesgoso o que la labor impida el desarrollo físico, mental o moral.

De acuerdo con lo anterior, el demandante sí presentó los términos de comparación respecto de los cuales considera que la norma viola el derecho a la igualdad y cumplió con el requisito de suficiencia para el cargo de violación al derecho a la igualdad.

8. De otra parte, el ICBF plantea la ineptitud del mismo cargo en relación con un argumento de la libre escogencia de profesión. Se advierte que el cargo sobre la supuesta violación del artículo 26 de la Constitución fue rechazado, por lo tanto no hace parte del debate trabado en esta oportunidad y no incide en la aptitud del cargo admitido.

En virtud de lo anterior, la Corte también encuentra que el cargo elevado en contra del artículo 5° (parcial) de la Ley 1799 de 2016 es apto y será analizado.

9. Finalmente, el ICBF indicó que el cargo en contra del artículo 5° (parcial) no es apto por no demandar la proposición jurídica completa. Cabe advertir que no señaló cuál es la proposición que se debió demandar y sólo afirmó lo precedente. Al margen de lo anterior, la Corte Constitucional ha dicho que la regla general es la inhibición cuando el demandante haya omitido realizarla<sup>47</sup>. En efecto, la jurisprudencia constitucional ha indicado que la potestad de integrar oficiosamente la unidad normativa es de **carácter excepcional**. El fundamento de dicha excepcionalidad radica en la naturaleza rogada pero

---

<sup>47</sup> En esta providencia se reitera la regla jurisprudencial enunciada en la sentencia C-619 de 2015 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Al respecto, véase también: Sentencias C-539 de 1999 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-055 de 2010 M.P. Juan Carlos Henao Pérez; C-553 de 2010 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; Sentencia C-595 de 2010 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; C-879 de 2011 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; C-889 de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; C-1017 de 2012, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; Sentencia C-767 de 2014, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; C-881 de 2014 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, entre otras.

integral de la acción pública de inconstitucionalidad<sup>48</sup>, puesto que la conformación de la unidad normativa implica un control oficioso del ordenamiento, al integrar disposiciones no demandadas expresamente y, por lo tanto, una restricción del carácter participativo de la acción, pues los intervinientes no pueden pronunciarse sobre los preceptos con los que se conformó la unidad normativa<sup>49</sup>.

Como consecuencia de ello, este Tribunal no podrá realizar la integración oficiosa de la unidad normativa cuando la demanda sea inepta por ininteligibilidad de la norma acusada o por ausencia de integración de la proposición jurídica completa, aún si los intervinientes han presentado algunos cargos de constitucionalidad suficientes para proferir una sentencia de fondo<sup>50</sup>. Lo anterior, puesto que el mandato de la Corte radica en la garantía, a partir de la formulación de un cargo apto, del acceso a la administración de justicia y la prevalencia del derecho sustancial, en aplicación del principio *pro actione*.

10. En este caso se encuentra que la disposición acusada, el inciso segundo del artículo 5° de la Ley 1799 de 2016, es inteligible de manera autónoma y se ha formulado, al menos, un cargo apto. Por lo tanto, en virtud del principio *pro actione* se pasará a revisar si se requiere de una integración normativa como lo alegó el ICBF y si se encuentra en los supuestos excepcionales que permiten su procedencia.

### **Integración normativa**

11. Como se advirtió, antes de pasar a delimitar el problema jurídico y la metodología de resolución, es preciso verificar si la expresión demandada del artículo 5° de la Ley 1799 de 2016 goza de un contenido normativo autónomo.

El artículo 6° del Decreto 2067 de 1991 permite a la Corte Constitucional pronunciarse sobre aquellas normas que, a su juicio, conforman una unidad normativa con el precepto acusado<sup>51</sup>. Esta facultad conocida como la **integración normativa** desarrolla importantes mandatos constitucionales

<sup>48</sup> Sentencia C-125 de 2013, M.P. Alexei Julio Estrada; Sentencia C-219 de 2015, M.P. Mauricio González Cuervo.

<sup>49</sup> Sentencia C-410 de 2015 M.P. Alberto Rojas Ríos reiterando la Sentencia C-814 de 2014, M.P. Martha Victoria SÁCHICA Méndez. Sentencia C-105 de 2013 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; C-595 de 2010 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; Sentencia C-403 de 2013 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

<sup>50</sup> Así lo expresó esta Corporación en Sentencia C-1256 de 2001 M.P. Rodrigo Uprimny Yepes. En este fallo, la Corte rechazó la posibilidad de integrar la unidad normativa cuando los cargos de inconstitucionalidad presentados en la demanda fueran ineptos incluso, a pesar de que con posterioridad a la demanda, los intervinientes hayan presentado argumentos ciertos, específicos, pertinentes y suficientes que, de haberse planteado en la demanda, configurarían cargos de constitucionalidad idóneos. En este caso, “*la decisión inhibitoria, lejos de afectar, fortalece la democracia participativa*” toda vez que “*la decisión inhibitoria no hace tránsito a cosa juzgada y, por el contrario, permite que el actor, o cualquier otro ciudadano, pueda volver a presentar la demanda de inconstitucionalidad, teniendo la posibilidad de profundizar en el estudio del tema y hacer más fecundo el debate en una nueva oportunidad*”.

<sup>51</sup> El tercer inciso del artículo 6° del Decreto 2067 de 1991 establece, en lo pertinente: “*El magistrado sustanciador tampoco admitirá la demanda cuando considere que ésta no incluye las normas que deberían ser demandadas para que el fallo en sí mismo no sea inocuo, y ordenará cumplir el trámite previsto en el inciso segundo de este artículo. La Corte se pronunciará de fondo sobre todas las normas demandadas y podrá señalar en la sentencia las que, a su juicio, conforman unidad normativa con aquellas otras que declara inconstitucionales*”.

como la economía procesal y la seguridad jurídica, a través de la eficacia del control abstracto de constitucionalidad, y la efectividad de sus principios, derechos y deberes, al garantizar la coherencia del ordenamiento<sup>52</sup>.

Así pues, la Corte Constitucional ha determinado que la integración oficiosa de la unidad normativa sólo será procedente cuando: (i) se demande una disposición cuyo contenido deóntico no sea claro, unívoco o autónomo; (ii) la disposición cuestionada se encuentre reproducida en otras disposiciones que posean el mismo contenido deóntico de aquella<sup>53</sup> y finalmente, cuando (iii) la norma se encuentre intrínsecamente relacionada<sup>54</sup> con otra disposición que pueda ser, presumiblemente, inconstitucional<sup>55</sup>.

Ahora bien, para el primer supuesto, en el cual un contenido normativo puede no ser autónomo, como en el caso de la demanda de expresiones de una norma, este Tribunal ha precisado que no siempre que se demanda un fragmento de una disposición normativa se está frente a una proposición jurídica incompleta<sup>56</sup>. Igualmente, en este punto debe tenerse en cuenta que, aunque una expresión resulte desde el punto de vista semántico y de la sintaxis, clara y unívoca, puede ocurrir que tales atributos no resulten predicables desde la perspectiva jurídica<sup>57</sup>.

---

<sup>52</sup> Sentencia C-1017 de 2012 M.P. Luis Guillermo Pérez Guerrero; Sentencia C-500 de 2014, M.P. Mauricio González Cuervo; Sentencia C-516 de 2015, M.P. Alberto Rojas Ríos.

<sup>53</sup> Sobre este particular, véase: Sentencia C-410 de 2015 M.P. Alberto Rojas Ríos en la cual la Corte decidió integrar la unidad normativa dado que existe otra norma que “*posee el mismo contenido deóntico que las dos disposiciones demandadas*”. Igualmente, en la Sentencia C-595 de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio la Corte estableció que no resulta imperiosa la integración de la unidad normativa pese a que algunas de las expresiones normativas demandadas se encuentren reproducidas en otros preceptos, siempre que estas partan de un contenido normativo diferente y se refieran a hipótesis distintas de la norma acusada. Así, la mera similitud no hace imperiosa la integración, dado que la norma cuestionada constituye un enunciado completo e independiente cuyo contenido normativo puede determinarse por sí solo.

<sup>54</sup> Respecto de la existencia de una relación intrínseca, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que esta causal se refiere a casos en los cuales las normas tienen un sentido regulador y autónomo pero resulta imposible, estudiar la constitucionalidad de una norma sin analizar las otras disposiciones, pues de lo contrario se produciría un fallo inocuo. Sentencia C-286 de 2014 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; Sentencia C-349 de 2004 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; Sentencia C-538 de 2005 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

<sup>55</sup> Es indispensable resaltar que, “*para que proceda la integración normativa por esta [última] causal, se requiere la verificación de dos requisitos distintos y concurrentes: (1) que la norma demandada tenga una estrecha relación con las disposiciones no cuestionadas que formarían la unidad normativa; (2) que las disposiciones no acusadas aparezcan, a primera vista, aparentemente inconstitucionales*”. Sentencias C-539 de 1999 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y C-041 de 2015 M.P. Mauricio González Cuervo. En esta providencia se reitera la regla jurisprudencial enunciada en la sentencia C-619 de 2015 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado: “(i) *Cuando un ciudadano demanda una disposición que, individualmente, no tiene un contenido deóntico claro o unívoco, de manera que, para entenderla y aplicarla, resulta absolutamente imprescindible integrar su contenido normativo con el de otra disposición que no fue acusada; (ii) en aquellos casos en los cuales la disposición cuestionada se encuentra reproducida en otras normas del ordenamiento que no fueron demandadas, con el propósito de evitar que un fallo de inexequibilidad resulte inocuo; (iii) cuando la norma demandada se encuentra intrínsecamente relacionada con otra disposición que, a primera vista, presenta serias dudas de constitucionalidad*”. Al respecto, véase también: Sentencia C-410 de 2015 M.P. Alberto Rojas Ríos. Sentencia C-881 de 2014 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

<sup>56</sup> Sentencia C-055 de 2010 M.P. Juan Carlos Henao Pérez: “*que lo acusado presente un contenido comprensible como regla de derecho, susceptible de ser cotejado con los postulados y mandatos constitucionales*” y “*que los apartes normativos que... no son objeto de pronunciamiento de la Corte, mantengan la capacidad para producir efectos jurídicos y conserven un sentido útil para la interpretación y aplicación normativa*”.

<sup>57</sup> Sentencia C-055 de 2010 M.P. Juan Carlos Henao Pérez

Por estas razones, la jurisprudencia constitucional ha indicado que, para resolver los cargos de inconstitucionalidad formulados contra fragmentos normativos, deben tenerse en cuenta dos aspectos: (i) que lo acusado sea un contenido comprensible como regla de derecho que pueda contrastarse con las normas constitucionales; y (ii) si los apartes que no han sido demandados perderían la capacidad de producir efectos jurídicos en caso de declararse la inexequibilidad del fragmento normativo demandado, evento en el cual es procedente la integración de la unidad normativa<sup>58</sup>.

12. En esta oportunidad, sólo fue demandado el segundo inciso del artículo 5° de la Ley 1799 de 2016 que regula las restricciones publicitarias. Así, el primer inciso de tal disposición establece la prohibición publicitaria de procedimientos médicos y quirúrgicos estéticos dirigida a menores de edad. El segundo inciso, efectivamente acusado, prohíbe 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. El tercero, prohíbe *“la difusión de aquellas campañas a las que se refiere el inciso anterior, que previa la entrada en vigencia de la presente ley utilizan la imagen de modelos menores de edad”*.

De acuerdo con lo precedente, es evidente que el tercer inciso no sólo está relacionado con el segundo, específicamente en lo que se refiere a las campañas donde aparezcan menores de edad, sino que no tiene un contenido autónomo. En efecto, la operatividad del tercer inciso está ligada al contenido del aparte normativo demandado. En estos términos, una posible declaratoria de inexequibilidad del inciso segundo del artículo 5° modificaría el contenido del tercero, para darle un nuevo significado o perdería su efectividad. Esto, porque si se considera que los niños sí pueden aparecer en las campañas publicitarias de la naturaleza enunciada desaparecería la prohibición, lo que a su vez haría que se pierda el fundamento del deber de retirar las campañas realizadas con anterioridad a la vigencia de esa ley.

13. En conclusión, la Sala constata que el tercer inciso del artículo 5° de la Ley 1799 de 2016 que no fue demandado, está dentro del supuesto que la jurisprudencia ha indicado en el cual procede la integración normativa y, por lo tanto, se integrará la proposición jurídica completa con el mismo y también será analizado.

---

<sup>58</sup> Sentencia C-055 de 2010 M.P. Juan Carlos Henao Pérez: *“que lo acusado presente un contenido comprensible como regla de derecho, susceptible de ser cotejado con los postulados y mandatos constitucionales”* y *“que los apartes normativos que... no son objeto de pronunciamiento de la Corte, mantengan la capacidad para producir efectos jurídicos y conserven un sentido útil para la interpretación y aplicación normativa”*. Esta Corporación además ha resaltado que existe una relación inescindible de conexidad entre la norma demandada y otros apartes no demandados, cuando, *“en caso de que la Corte decidiera declarar inexequibles los apartes acusados, perdería todo sentido la permanencia en el orden jurídico,”* de las expresiones no demandadas. Véase también: Sentencia C-109 de 2006 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; Sentencia C-055 de 2010 M.P. Juan Carlos Henao Pérez; En la Sentencia C-547 de 2007 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra la Corte explica que *“las expresiones aisladas carentes de sentido propio que no producen efectos jurídicos solas o en conexidad con la disposición completa de la cual hacen parte, no son constitucionales ni inconstitucionales”*. Véase también: Sentencia C-233 de 2003 M.P. Jaime Córdoba Triviño; Sentencia C-064 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas Hernández; Sentencia C-055 de 2010 M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

## **Planteamiento del problema jurídico y metodología de resolución**

### **Artículo 3° de la Ley 1799 de 2016**

14. El demandante considera que la prohibición contenida en el artículo 3° de la Ley 1799 de 2016 de realizar procedimientos médicos y quirúrgicos estéticos en niños, niñas y adolescentes, inclusive con el consentimiento de los padres, viola sus derechos a la intimidad (art. 15 C.P.) y al libre desarrollo de la personalidad (art. 16 C.P.). Lo anterior, pues sostiene que esto limita su capacidad y desconoce el ejercicio de su autodeterminación, especialmente la de los púberes, para construir su identidad y tomar decisiones acerca de su aspecto.

El Ministerio de Salud y Protección Social solicita que se declare la inexecutable de la norma, pues considera que viola el derecho de los menores de edad a la autodeterminación y a la identidad al tratarse de una medida excesiva que no tiene en cuenta sus capacidades evolutivas que ordena que en todo ámbito de la salud se tenga en cuenta su opinión y que puedan participar de este tipo de decisiones. En este sentido, considera que además de que la medida no es efectiva ya que puede desencadenar la clandestinidad de estos servicios, existen otras medidas de política pública que pueden cumplir con el objetivo de la norma y que son menos restrictivas. La Universidad del Rosario también solicita la declaratoria de inexecutable por los mismos motivos relativos al reconocimiento de las capacidades evolutivas de los menores de edad al otorgar su consentimiento en procedimientos de salud. Adicionalmente, plantea que la norma desconoce la posibilidad de realizar ciertas intervenciones necesarias como las relacionadas con la obesidad mórbida, el tamaño de los senos y aquellas ligadas a prácticas religiosas como la circuncisión.

La Superintendencia de Salud solicita que se declare la exequibilidad de la norma por tratarse de una limitación razonable que pretende proteger el derecho a la salud y la integridad personal de los niños, niñas y adolescentes. El ICBF coincide con esta posición y plantea que la norma es una excepción válida al derecho a la autonomía de los menores de edad y es proporcionada, al establecer una limitación temporal en razón a los derechos a la salud, a la integridad física y a la vida. En el mismo sentido, el interviniente Buitrago Galindo considera que la norma es razonable, pues los menores de edad no tienen la estabilidad emocional para tomar esas decisiones y por lo tanto, la norma los protege.

Para la Procuraduría General de la Nación el artículo 3° es constitucional y no viola los artículos 15 y 16 de la Carta, ya que dicha prohibición tiene como objetivo proteger a los menores de edad de tomar decisiones definitivas e invasivas hasta el momento en que estén en la capacidad de hacerlo. Además, recalca que la prohibición no es absoluta y permite diferentes cirugías y procedimientos estéticos como mamoplastias reconstructivas y rinoplastias funcionales, entre otras. En su criterio, la disposición protege efectivamente la intimidad y el libre desarrollo de la personalidad de los niños, niñas y

adolescentes, pues la restricción lo que hace es prevenirlos de comprometer el ámbito de posibilidades para que puedan ejercer estos derechos plenamente en su adultez.

### **Artículo 5° (parcial) de la Ley 1799 de 2016**

15. El demandante plantea que el artículo 5° (parcial) de la Ley 1799 de 2016 viola el derecho a la igualdad, pues genera una restricción desproporcionada respecto del derecho al trabajo entre los modelos que se dedican al modelaje que no pueden hacer campañas publicitarias para cirugías estéticas y los niños entre los 15 y 18 años de edad que se dedican al modelaje de otros productos y a labores diferentes del modelaje, quienes pueden trabajar si tienen las autorizaciones respectivas, dentro de los límites impuestos por la Constitución y la ley.

La Universidad del Rosario solicita que se declare la inexecutable del aparte acusado, por considerar que el mismo constituye una intromisión indebida del Estado en el ejercicio del derecho al trabajo, a la elección de la profesión u oficio y a la explotación de la propia imagen.

La Superintendencia de Salud solicita la executable del aparte de la norma acusada, pues la restricción pretende proteger a los menores de edad así como el derecho a la vida, pues como consecuencia de dichos procedimientos muchas personas han fallecido. Para el ICBF, la norma pretende desincentivar los estereotipos de belleza como medios de aceptación social, lo cual encuentra válido en el marco constitucional. A su vez, el Ministerio del Trabajo considera que la norma es executable, debido a que se trata de una medida de protección para los menores de edad que busca disminuir modelos imposibles de juventud y la reducción de la *sobresexualización* de los menores de edad. Juan Diego Buitrago Galindo también considera que la disposición es constitucional, al tratarse de un desincentivo de ese tipo de cirugías que tienen un objeto ilícito, por estar prohibidas. Por lo tanto, no encuentra ninguna violación a los derechos a la igualdad y al trabajo.

La Vista Fiscal solicita que se declare la executable de la norma parcialmente acusada, pues considera que la medida es adecuada ya que busca proteger a los menores de edad de ciertos prototipos creados por la cultura y el mercado, con intereses particulares que impiden a los menores de edad tomar decisiones verdaderamente libres acerca de su apariencia y su proyecto de vida. Luego, sostiene que la medida es proporcionada, en tanto no es suficiente que las campañas no estén dirigidas a menores de edad, por lo tanto en su criterio es válido establecer un tratamiento diferente respecto de las restricciones para el modelaje en general.

16. De conformidad con lo anterior, la Sala encuentra que los problemas jurídicos que debe resolver son:

¿La prohibición de realizar procedimientos médicos y quirúrgicos estéticos en niños, niñas y adolescentes, inclusive con el consentimiento de los padres, viola sus derechos a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad?

¿La prohibición para los menores de edad de aparecer como modelos en campañas de promoción de publicidad de cirugías estéticas viola su derecho a la igualdad en relación con los otros niños, niñas y adolescentes que no tienen ninguna restricción en el ejercicio de trabajo de modelos?

Para resolver las cuestiones precedentes, la Corte abordará los siguientes asuntos: (i) el margen de configuración del Legislador en la restricción de derechos fundamentales; (ii) el derecho al libre desarrollo de la personalidad y sus limitaciones; (iii) el consentimiento de los menores de edad en las intervenciones de la salud; (iv) el trabajo infantil; para finalmente (v) resolver los problemas planteados.

### **El margen de configuración del Legislador en la restricción de derechos fundamentales**

17. La jurisprudencia constitucional ha establecido de forma unívoca que los derechos fundamentales, en general, no tienen un carácter absoluto y pueden ser limitados<sup>59</sup>. Tal posibilidad responde al deber de armonización los derechos, libertades, deberes y los demás bienes y valores reconocidos en la Carta Superior, pues de lo contrario la convivencia no sería posible. Luego, el Estado no tiene el deber de garantizar el alcance pleno de cada derecho y por lo tanto el Legislador se encuentra habilitado para restringirlos bajo parámetros específicos<sup>60</sup>.

18. En efecto, esta Corporación ha dicho que la restricción de un derecho fundamental es procedente cuando se fundamenta en: (i) el carácter prevalente de los principios y valores contenidos en la Constitución<sup>61</sup>; (ii) el interés general<sup>62</sup>; (iii) la salubridad pública<sup>63</sup>; (iv) el orden público; (v) la protección

<sup>59</sup> Ver entre muchas otras: Sentencia C-435 de 2013 M.P. Mauricio González Cuervo; Sentencia C-581 de 2001 M.P. Jaime Araujo Rentería; Sentencia C-199 de 1998 M.P. Hernando Herrera Vergara; Sentencia C-475 de 1997 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>60</sup> Sentencia C-258 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. En esta providencia, la Corte revisó una acción de inconstitucionalidad en contra del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, por la infracción de los artículos 13 y 47 de la Constitución. En dicha oportunidad, este Tribunal explicó que los derechos adquiridos no eran absolutos y que debían ceder ante principios de mayor valor constitucional. No obstante, precisó que esta restricción debe hacerse con base en unos criterios, como lo son: (i) el carácter prevalente de los principios y valores que la Constitución Política consagra; (ii) la correlatividad de los derechos frente a los deberes establecidos en el artículo 95 de la Constitución; y (iii) la salvaguarda del interés general.

<sup>61</sup> Sentencia C-1287 de 2001. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

<sup>62</sup> Sentencia C-511 de 2013 M.P. Nilson Pinilla Pinilla en relación con la limitación del derecho a la libre circulación en el territorio colombiano; Sentencia C-133 de 2009 M.P. Jaime Araujo Rentería en relación con la posibilidad de expropiar propiedad privada en el marco de ciertos requisitos; Sentencia C-309 de 1997 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>63</sup> Por ejemplo, sentencia C-639 de 2010 M.P. Humberto Sierra Porto citando la sentencia SU-337 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero. “En otras ocasiones, el rechazo de una intervención médica puede tener efectos negativos no sólo sobre el paciente sino también frente a terceros, lo cual puede justificar, dentro de ciertos límites, la realización de ciertos procedimientos, incluso contra la voluntad de la propia persona. Esto explica la obligatoriedad de ciertas vacunas que protegen contra enfermedades muy contagiosas,

de otros derechos y libertades<sup>64</sup>; (vi) los derechos de terceros<sup>65</sup>; y (vii) la correlatividad de los derechos frente a los deberes establecidos en el artículo 95 de la Constitución<sup>66</sup>, entre otros. En el mismo sentido, ha trazado los criterios que el Legislador debe respetar para que esa limitación se ajuste a la Constitución, aún bajo los anteriores fundamentos, a saber: (a) el respeto al “núcleo esencial del derecho”<sup>67</sup>; y (b) la razonabilidad y proporcionalidad de la restricción.

19. En lo que se refiere al desconocimiento del *núcleo esencial*, la Corte ha dicho que es posible limitar el ejercicio de los derechos, pero ello no puede conllevar al desconocimiento de su contenido esencial o a hacer nugatorio su ejercicio. En otras palabras, no puede limitarse tanto un derecho que lo vuelva impracticable<sup>68</sup>.

20. Con respecto al segundo criterio, como lo ha advertido ampliamente la jurisprudencia constitucional, **el principio de proporcionalidad impone que para que una restricción de derechos sea razonable, ésta no puede vulnerar una garantía específica y debe superar el juicio de proporcionalidad y razonabilidad**. Es decir, la restricción debe: (i) perseguir un fin constitucionalmente imperioso; (ii) constituir un medio adecuado e idóneo para alcanzarlo; (iii) ser necesaria, por no existir otro medio menos lesivo con igual o similar eficacia para alcanzar el fin propuesto; y (iv) debe existir proporcionalidad entre los costos y los beneficios constitucionales que se obtienen con la aplicación de la medida.

---

*susceptibles de afectar gravemente la salud colectiva, o la imposición de ciertas medidas sanitarias, como el aislamiento o la cuarentena de los enfermos, para evitar la propagación de una epidemia”.*

<sup>64</sup> Sentencia C-663 de 2000 M.P. Antonio Barrera Carbonell; Sentencia C-606 de 1992 M.P. Ciro Angarita Barón

<sup>65</sup> Sentencia C-122 de 2012 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

<sup>66</sup> Sentencia C-435 de 2013 M.P. Mauricio González Cuervo: “*la vida en comunidad conlleva forzosamente el cumplimiento de una serie de deberes recíprocos por parte de los asociados, el primero de los cuales es el de respetar los derechos de los demás. De ello se desprende la consecuencia lógica de que el hombre en sociedad no es titular de derechos absolutos, ni puede ejercer su derecho a la libertad de manera absoluta ; los derechos y libertades individuales deben ser ejercidos dentro de los parámetros de respeto al orden jurídico existente y a los valores esenciales para la vida comunitaria como son el orden, la convivencia pacífica, la salubridad pública, la moral social, bienes todos estos protegidos en nuestro ordenamiento constitucional”*; Sentencia C-246 de 2002 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Al analizar la función de los deberes constitucionales en el Estado Social de Derecho, la Corte sostuvo que éstos “*cumplen la función de ser, principalmente, patrones de referencia para la formación de la voluntad legislativa y de ser fundamentos para la creación legal de obligaciones específicas que constituyen un desarrollo de la Constitución, normas que pueden llegar a justificar limitaciones razonables de los derechos constitucionales y referentes objetivos de la interpretación constitucional realizada por los jueces para resolver un caso concreto o específicamente para defender la supremacía e integridad de la Constitución, entre otras funciones*”(subrayado fuera del texto original).

<sup>67</sup> Sentencia C-838 de 2013 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; Sentencia C-511 de 2013 M.P. Nilson Pinilla Pinilla; Sentencia C-349 de 2009 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; Sentencia C-756 de 2008 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

<sup>68</sup> Sentencia C-581 de 2001 M.P. Jaime Araujo Rentería. Los derechos fundamentales no son absolutos, en la medida que: “(i) *pueden sufrir restricciones por parte del legislador, siempre y cuando no vulneren su núcleo esencial; (ii) el legislador puede reglamentar el ejercicio de los derechos por razones de interés general o para proteger otros derechos o libertades de igual o superior entidad, pero esas regulaciones no pueden llegar hasta el punto de hacer desaparecer el derecho; (iii) los derechos fundamentales necesariamente deben armonizarse entre sí y con los demás bienes y valores protegidos por la Carta pues, de lo contrario, ausente esa indispensable relativización, la convivencia social y la vida institucional no serían posibles; (iv) las pretensiones respecto de un determinado derecho no pueden ser ilimitadas, sino que deben ajustarse al orden público y jamás podrán sobrepasar la esfera donde comienzan los derechos y libertades de los demás”.*

21. Ahora bien, la jurisprudencia también ha determinado que el juicio de proporcionalidad y razonabilidad no se aplica con la misma intensidad en todos los casos. Así, ha distinguido tres niveles de intensidad: leve, intermedio y estricto. El juicio leve exige que la medida persiga un fin legítimo o no prohibido por la Constitución y que sea idónea para alcanzar el fin propuesto<sup>69</sup>. En el juicio intermedio se requiere que el fin sea legítimo y además constitucionalmente *importante*, ya que la medida promueve intereses públicos que gozan de protección constitucional. Además, el medio no sólo debe ser adecuado sino *efectivamente conducente* para alcanzar el fin buscado y no puede ser desproporcionado en la relación entre el bien constitucionalmente perseguido y el sacrificado<sup>70</sup>.

Por último, en el juicio estricto la finalidad de la medida debe ser imperiosa, el medio no sólo debe ser adecuado y efectivamente conducente, sino necesario, esto es que no exista un medio alternativo menos lesivo y debe ser estrictamente proporcional, en cuanto que los beneficios de adoptar la medida deben ser claramente superiores a las restricciones que ella impone a los principios constitucionales afectados con la misma. Este se aplica “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; 2) cuando la medida recae principalmente en personas en condiciones de debilidad manifiesta, grupos marginados o discriminados, sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones o minorías insulares y discretas; 3) cuando la medida prima facie afecta el goce de un derecho constitucional fundamental; 4) cuando se examina una medida que crea un privilegio*”<sup>71</sup>.

22. En conclusión, el margen de configuración del Legislador para restringir derechos fundamentales debe responder a un motivo legítimo, como: (i) el carácter prevalente de los principios y valores contenidos en la Constitución; (ii) el interés general; (iii) la salubridad pública; (iv) el orden público; (v) la protección de otros derechos y libertades; (vi) los derechos de terceros; y (vii) la correlatividad de los derechos frente a los deberes establecidos en el artículo 95 de la Constitución. Pero adicionalmente debe respetar el *núcleo esencial*

---

<sup>69</sup> En la sentencia C-720 de 2007 M.P. Catalina Botero Mariño se reiteraron los criterios establecidos por la jurisprudencia compilados en la sentencia C-673 de 2001: “De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corte, tal es el estándar que, en principio, corresponde aplicar cuando se enjuician medidas que versan exclusivamente sobre materias 1) económicas, 2) tributarias o 3) de política internacional, sin que ello signifique que el contenido de una norma conduzca inevitablemente a un test leve; 4) cuando está de por medio una competencia específica definida por la Constitución en cabeza de un órgano constitucional; 5) cuando se trata del análisis de una normatividad preconstitucional derogada que aún surte efectos en el presente; y 6) cuando del contexto normativo del artículo demandado no se aprecie prima facie una amenaza para el derecho en cuestión”.

<sup>70</sup> En la sentencia C-720 de 2007 M.P. Catalina Botero Mariño se reiteraron los criterios establecidos por la jurisprudencia compilados en la sentencia C-673 de 2001: “Dicho estándar ha de aplicarse, según lo establecido por esta Corte: 1) cuando la medida puede afectar el goce de un derecho constitucional no fundamental, o 2) cuando existe un indicio de arbitrariedad que se refleja en la afectación grave de la libre competencia”.

<sup>71</sup> Sentencia C-720 de 2007 M.P. Catalina Botero Mariño.

del derecho que limita y su restricción debe responder a un juicio de proporcionalidad en sentido estricto.

### **El derecho al libre desarrollo de la personalidad y sus limitaciones. Reiteración de jurisprudencia.**

23. El artículo 16 de la Constitución Política reconoce el derecho de las personas a desarrollar su personalidad sin más limitaciones que los derechos de los demás y el orden jurídico. De conformidad con este enunciado constitucional, la Corte ha dicho que **este derecho se encuentra íntimamente ligado con la dignidad humana y se encuadra en la cláusula general de libertad que le confiere al sujeto la potestad para decidir autónomamente sobre sus diferentes opciones vitales**, dentro de los límites mencionados<sup>72</sup>.

Así, este derecho protege la adopción de las decisiones durante la existencia de los individuos *“que son consustanciales a la determinación autónoma de un modelo de vida y de una visión de su dignidad. En una sociedad respetuosa de la autonomía y la dignidad, es la propia persona quien define, sin interferencias ajenas, el sentido de su propia existencia y el significado que atribuye a la vida y al universo”*<sup>73</sup>. Entonces, la autonomía personal garantiza y protege la elección libre y espontánea que realice una persona entorno a su estilo y plan de vida, lo cual implica la obligación de respetar la posibilidad de actuar y sentir de manera diferente, fijar sus opciones de vida acorde con las propias elecciones y anhelos<sup>74</sup>.

24. En este orden de ideas, el derecho al libre desarrollo de la personalidad como una extensión de la autonomía indudablemente conlleva a la construcción de la identidad personal como la facultad de decidir quién se es como ser individual<sup>75</sup>. Es decir, la posibilidad de autodefinirse desde la apariencia física, el modelo de vida que se quiere llevar hasta la identidad sexual o de género<sup>76</sup>. Lo anterior incluye un amplio espectro de decisiones que abarcan desde la ropa que se lleva<sup>77</sup>, el peinado<sup>78</sup>, los aretes, adornos,

<sup>72</sup> Sentencia T-565 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>73</sup> Sentencia C-373 de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

<sup>74</sup> Sentencia C-639 de 2010. M.P. Humberto Sierra Porto.

<sup>75</sup> Sentencia T-086 de 2014 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub en relación a la posibilidad del cambio de nombre acorde a la identidad sexual.

<sup>76</sup> Sentencia T-622 de 2014 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; Sentencia T-789 de 2013 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez citando Sentencia SU-641 de 1998 que dijo: *“Más allá de lo anotado, el largo del cabello y la forma del peinado, el maquillaje y el adorno corporal, así como el uso de accesorios hacen parte del derecho a la propia imagen, en cuyo ejercicio toda persona está facultada para decidir de manera autónoma cómo desea presentarse ante los demás, si acepta que su figura sea captada y difundida por los medios de comunicación cuando no se halla en un lugar público o abierto al público, si usa barba o bigote, si disimula o resalta determinada característica física, si usa o no las prendas que están de moda, etc”*; Sentencia T-1025 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>77</sup> Ver entre muchas otras, sentencias: T-243 de 1999 M.P. Martha Victoria SÁCHICA Méndez y T-832 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

<sup>78</sup> Ver, entre otras las sentencias: T-1023 de 2010 M.P. Juan Carlos Henao Pérez, T-578 de 2008 M.P. Nilson Pinilla Pinilla, T-356 de 2013 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y T-789 de 2013 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

tatuajes o su ausencia<sup>79</sup>, el modelo de vida que se quiere llevar hasta la determinación del género como “*las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y [e]l significado social y cultural que se atribuye a esas diferencias biológicas*”<sup>80</sup> y el nombre.

25. Correlativamente, este derecho implica **una restricción para el Estado como una obligación de no interferencia y para la sociedad del respeto de las decisiones que hacen parte del ámbito de la intimidad de cada persona**, lo cual incluye la expresión exterior del sujeto en el ejercicio de la autonomía personal, siempre que ésta no afecte derechos de terceros ni los valores y principios del Estado. Así pues, el ejercicio de algunas de las libertades que se derivan del libre desarrollo de la personalidad a su vez se inscriben en las protecciones del derecho a la intimidad que “*hace parte de la esfera o espacio de vida privada no susceptible de la interferencia arbitraria de las demás personas, que al ser considerado un elemento esencial del ser, se concreta en el derecho a poder actuar libremente en la mencionada esfera o núcleo, en ejercicio de la libertad personal y familiar, sin más limitaciones que los derechos de los demás y el ordenamiento jurídico*”<sup>81</sup>.

26. En este sentido, el reconocimiento de la autonomía personal comprende el respeto del ámbito que le corresponde a la persona como sujeto ético: dejarla que decida sobre lo más radicalmente humano, sobre lo bueno y lo malo, sobre el sentido de su existencia, pero también acerca de su apariencia y su identidad sexual o de género. De ahí que decidir por éste es “*arrebatarse brutalmente su condición ética, reducirla a objeto, cosificarla, convertirla en medio para los fines que por fuera de ella se eligen*”<sup>82</sup>. Así pues, el ámbito que encierra este derecho, comprende la libertad general de acción, esto es, que la persona pueda hacer o no lo que considere conveniente. La amplitud de su objeto se explica por el propósito del Constituyente de reconocer “*(...) un derecho*

<sup>79</sup> Ver entre muchas: Sentencia T-789 de 2013 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez acerca de la facultad de llevar el pelo corto o largo en el colegio en el marco del derecho al libre desarrollo de la personalidad. “*Esta Corporación ha resaltado la importancia de la palabra “libre” en la caracterización de este derecho, ya que ella implica la imposibilidad de exigir determinados modelos de personalidad admisibles frente a otros que se consideran inaceptables o impropios. Por ello se ha insistido en que el ejercicio de este derecho debe ser un reflejo de los intereses, deseos y convicciones de las personas, bajo el reconocimiento de una libertad general de acción, en los distintos campos de actuación del individuo*”; Sentencias T-259 de 1998 M.P. Carlos Gaviria Díaz y T-839 de 2007 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

<sup>80</sup> Sentencia T-084 de 2014 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio citando Orientación sexual e identidad de género en el derecho internacional de los derechos humanos. Oficina Regional para América del Sur del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos -ACNUDH-, 20 de noviembre de 2013. Definiciones tomadas de Recomendación general núm. 28 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, relativa al artículo 2° de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. CEDAW/C/GC/28, 16 de diciembre de 2010, párr. 5.

<sup>81</sup> Sentencia C-881 de 2014 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva: “*El derecho fundamental a la intimidad se proyecta en dos DIMENSIONES: (i) como secreto que impide la divulgación ilegítima de hechos o documentos privados, o (ii) como libertad, que se realiza en el derecho de toda persona a tomar las decisiones que conciernen a la esfera de su vida privada*” Reiterando las sentencias T-517 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-692 de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; C-872 de 2003, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-787 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-336 de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño; T-405 de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño; T-158A de 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-303 de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-708 de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-916 de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-044 de 2013, M.P. Gabriel Eduardo Martelo Mendoza; T-634 de 2013, M.P. María Victoria Calle Correa y C-850 de 2013, M.P. Mauricio González Cuervo.

<sup>82</sup> Sentencia C-098 de 2003. M.P. Jaime Araujo Rentería.

*completo a la autonomía personal, de suerte que la protección de este bien no se limite a los derechos especiales de libertad que se recogen en el texto constitucional, sino que las restantes manifestaciones bajo la forma de derechos subjetivos de autonomía ingresen en el campo del libre desarrollo de la personalidad. El mencionado derecho representa la cláusula de cierre de la libertad individual”<sup>83</sup>.*

27. En conclusión, el derecho al libre desarrollo de la personalidad como una extensión de la autonomía personal protege la posibilidad para los individuos de escoger libre y espontáneamente, según sus convicciones y criterios, el modelo de vida que deseen llevar a cabo, sin interferencias indebidas. Lo anterior, significa la posibilidad de construir la identidad personal mediante la autodefinición, lo cual cobija desde la apariencia física y el modo de vida hasta la identidad sexual o de género. Esto es, un amplio espectro de decisiones que abarcan desde la ropa que se lleva, el peinado, los aretes, adornos o tatuajes o su ausencia hasta la identidad de género. En concordancia, la naturaleza de estas determinaciones también está amparada por el derecho a la intimidad y de la garantía de ambas protecciones se fundamenta la prohibición de interferencia del Estado o terceros en el ejercicio de este derecho que encuentra sus límites en los derechos de los demás y el orden jurídico.

### **Las restricciones generales al derecho al libre desarrollo de la personalidad**

28. En línea con lo anterior, esta Corporación ha proscrito las medidas paternalistas que busquen imponer a los ciudadanos determinados modelos. Es decir, medidas de corte “perfeccionista” o de “moralismo jurídico” ya que invaden de manera desproporcionada la autonomía de las personas al prevenirles de adoptar decisiones donde, por ejemplo, decidan ponerse en riesgo conscientemente, como el consumo de tabaco o el alcohol<sup>84</sup>. Sin embargo, esta Corporación sí ha admitido medidas de corte preventivo que tengan como objetivo **proteger los intereses de la propia** persona ya que “(...) *no se fundan en la imposición coactiva de un modelo de virtud sino que pretenden proteger los propios intereses y convicciones del afectado*”<sup>85</sup>. En el precedente ámbito se distinguen, por ejemplo, las medidas que desincentivan el consumo del tabaco<sup>86</sup>.

---

<sup>83</sup> Sentencia C-387 de 2014. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

<sup>84</sup> Sentencia C-639 de 2010 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; Sentencia C-830 de 2010 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>85</sup> Sentencia C-309 de 1997. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>86</sup> Dentro de los ejemplos más comunes referidos en estudios dogmáticos, se presentan las políticas gubernamentales tributarias que pretenden desincentivar precisamente el consumo de tabaco o de alcohol, mediante el establecimiento de altas tasas impositivas a su producción y consumo. Y, en el mismo sentido, aquellas en las que el Estado opta por proporcionar gratuitamente métodos anticonceptivos a las personas, como medida de estímulo a la realización de ciertas conductas. Este tipo de medidas son distintas a las de corte paternalista que requieren un control estricto de constitucionalidad, pues no suponen la imposición de una sanción so pretexto de realizar o no una actividad de auto-protección, sino la imposición de otras cargas que dejan intacto el margen de decisión del ámbito personal de los ciudadanos. En últimas, el Estado puede promocionar o degradar la realización de ciertas conductas o actividades, pero no puede en principio vulnerar

De este modo, esta Corporación ha sostenido que las medidas de carácter paternalista “*pueden justificarse a la luz del orden constitucional, siempre que: (i) procuren el bienestar y protección de las personas, en relación con derechos que la misma Constitución haya privilegiado como objeto de garantía reforzada; y (ii) sean medidas proporcionales en sentido estricto, esto es, a) que busquen el cumplimiento de una finalidad afincada en los principios constitucionales, b) que el grado de restricción del derecho de autonomía, sea acorde a la importancia del principio constitucional que se pretende garantizar, c) que la medida resulte necesaria porque no existe otra para lograr la misma finalidad, y d) que su implantación no implique el sacrificio de principios o valores más importantes que aquellos que se pretenden proteger. Esta Corporación ha denominado a la metodología de análisis anterior, ‘test de proporcionalidad’*”<sup>87</sup>.

29. En este sentido, en la **sentencia C-639 de 2010**<sup>88</sup> esta Corporación analizó la constitucionalidad del artículo 3° de la Ley 1335 de 2009 que estableció la prohibición de la venta de cigarrillos por unidad, y estableció que dicha norma era exequible en la medida de que no tenía una injerencia en las decisiones de las personas de consumir o no tabaco. De igual manera, manifestó que las autoridades públicas se encuentran autorizadas para promocionar o degradar la realización de ciertas conductas o actividades cuya única justificación es el propio bienestar de quien es objeto de la medida, siempre que no vulneren la autonomía de los individuos. Así, sostuvo que los individuos no sólo pueden, sino que **tienen el derecho de ponerse en situaciones inconvenientes o riesgosas o nocivas para ellos mismos, siempre que su conducta no comprometa los derechos de los demás**. Por ejemplo, el Estado puede imponer la regla de que las personas usen cinturón de seguridad, pero no puede prohibir que ingieran alcohol o tabaco.

30. En la misma dirección, en la **sentencia C-830 de 2010**<sup>89</sup> la Corte estudió las normas que prohibían la publicidad de productos que contengan tabaco<sup>90</sup>. Para este Tribunal, las medidas eran proporcionadas ya que contribuían a la salud de las personas, tanto usuarios como fumadores pasivos, así como a la conservación del medio ambiente. En consecuencia, consideró que la imposición de intensas restricciones a las actividades económicas que buscan promover el consumo del cigarrillo, eran adecuadas para cumplir con el propósito constitucionalmente obligatorio para el Estado de garantizar la salud

---

la autonomía de los individuos a partir de la imposición de sanciones tendientes a castigar la ejecución o abstención de actividades, cuya única justificación es el propio bienestar de quien es objeto de la medida.

<sup>87</sup> Sentencia C-639 de 2010 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

<sup>88</sup> M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

<sup>89</sup> M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>90</sup> En la decisión la Corte estudió la constitucionalidad de los artículos 14, 15, 16 y 17 de la Ley 1335 de 2009 “*disposiciones por medio de las cuales se previenen daños a la salud de los menores de edad, la población no fumadora y se estipulan políticas públicas para la prevención del consumo del tabaco y el abandono de la dependencia del tabaco del fumador y sus derivados en la población colombiana*”. El demandante indicó que estas normas vulneraban los artículos 333 y 334 de la Constitución, que prevén la libre iniciativa privada y la libertad de empresa, toda vez estas limitaciones cercenaban los canales adecuados y suficientes para que los consumidores conocieran las condiciones y calidades de los bienes ofrecidos (tabaco), más aun cuando se trata de mercancías cuya comercialización está permitida por el Estado.

pública y el medio ambiente. En otras palabras, “(...) *el fin que tiene el legislador para prohibir la publicidad, promoción y patrocinio de productos de tabaco es la garantía de la salud pública y el medio ambiente, objetivos que no solo son compatibles con la Carta Política, sino que conforman verdaderas obligaciones estatales, pues preceden a la eficacia de derechos fundamentales de los asociados, como la vida, la salud y la integridad física, junto con otras garantías de índole colectivo, como gozar de un ambiente sano*”.

De igual manera, enfatizó que el desincentivo, y no prohibición del consumo de tabaco, no era una medida paternalista que desconocía la autonomía individual, puesto que la prohibición de publicidad, promoción y patrocinio de tabaco no se opone a que las personas mayores de edad adquieran y consuman tabaco, ni les impone barreras o condiciones para el acceso a estos productos.

31. Otras medidas de restricción de la autonomía de la voluntad de las personas, que son constitucionalmente admisibles, han sido denominadas por la jurisprudencia como “(...) *medidas de protección de los intereses de la propia persona, o de manera más abreviada, medidas de protección, ya que en virtud de ellas, el Estado, respetando la autonomía de las personas (CP art. 16), busca realizar los fines de protección que la propia Carta le señala (CP art. 2º). En efecto, estas medidas de protección, algunas de las cuáles tienen expreso reconocimiento constitucional, como la educación primaria obligatoria (CP art. 67), el carácter irrenunciable de la seguridad social (CP art. 48), o los derechos de patria potestad (CP art. 42), son constitucionalmente legítimas en un Estado fundado en la dignidad humana, ya que en el fondo buscan proteger también la propia autonomía del individuo*”<sup>91</sup>.

Así, las políticas de justicia distributiva se insertan en aquellas medidas de protección del propio interés de las personas, a partir de las cuales el orden normativo prohíbe a los ciudadanos, por ejemplo, renunciar a los derechos laborales, o a inscribirse y cotizar en los sistemas de seguridad social. Si bien estas medidas buscan el propio bienestar, no se configuran como medidas paternalistas injustificadas, sino que se entienden como medidas mínimas que debe garantizar el Estado para que cada uno de los ciudadanos forme una persona social y desarrolle las capacidades que le permitirán adquirir los bienes primarios<sup>92</sup>.

32. Ahora bien, estas políticas de protección también encuentran sustento en el hecho de que la Constitución no es neutra en relación con determinados intereses jurídicos, que no sólo son derechos fundamentales de los cuales es titular la persona, sino que son además valores del ordenamiento. En otras palabras, el Texto Superior no es indiferente al momento de establecer una serie de obligaciones a las autoridades públicas para que intervengan en decisiones individuales que afecten el interés general y valores constitucionales. Esto ocurre

---

<sup>91</sup> *Ibíd.*

<sup>92</sup> C-639 de 2010. M.P. Humberto Sierra Porto.

particularmente en los casos de los derechos a la vida, a la salud, a la integridad física, y a la educación, que la Carta no sólo reconoce como derechos de la persona (C.P. artículos 11, 12, 49, y 67), sino que también incorpora como valores que el ordenamiento busca proteger y maximizar. No obstante, estas medidas restrictivas sólo son posibles si tienen el propósito de proteger los derechos de terceras personas, busquen el mantenimiento del orden constitucional y sean proporcionales en sentido estricto.

Por ejemplo, en la **sentencia C-309 de 1997**<sup>93</sup>, la Corte estudió la constitucionalidad del artículo 178 del Decreto 1809 de 1990 que le exigía a todas las personas utilizar el cinturón de seguridad. En dicha oportunidad, la Corte determinó que era obligatorio el uso del cinturón, aun cuando esto fuera decisión de tipo personal, toda vez que el Estado debe procurar por: (i) la integridad física de la persona que no desea utilizarlo; y (ii) por la seguridad y **protección de terceros que puedan verse afectados** con la decisión que adopte la persona de no ponerse el dispositivo de seguridad.

Asimismo, en la **sentencia SU-337 de 1999**<sup>94</sup>, esta Corporación sostuvo que *“(...) el rechazo de una intervención médica puede tener efectos negativos no sólo sobre el paciente sino también frente a terceros, lo cual puede justificar, dentro de ciertos límites, la realización de ciertos procedimientos, incluso contra la voluntad de la propia persona. Esto explica la obligatoriedad de ciertas vacunas que protegen contra enfermedades muy contagiosas, susceptibles de afectar gravemente la salud colectiva, o la imposición de ciertas medidas sanitarias, como el aislamiento o la cuarentena de los enfermos, para evitar la propagación de una epidemia”*.

33. Así pues, en relación con las limitaciones al derecho al libre desarrollo de la personalidad los parámetros constitucionales proscriben las medidas paternalistas de carácter prohibitivo y que buscan imponer a las personas un modelo de vida específico a partir de consideraciones acerca de lo “bueno” y lo “malo”, inclusive en casos en que la conducta supone un riesgo para la salud; pero permiten aquellas medidas de autocuidado que sin prohibir ciertas conductas sí buscan desincentivarlas. De otra parte, también permiten las medidas que aun cuando limitan la autonomía tienen el objetivo de proteger los propios intereses de las personas, como las medidas de justicia distributiva, al igual que aquellas que **afectan los derechos de terceros y los valores superiores de la Constitución**, como las medidas de vacunación o el uso del cinturón de seguridad.

### **El derecho al libre desarrollo de la personalidad de los niños, niñas y adolescentes**

34. Acorde con su naturaleza, la jurisprudencia de este Tribunal y la ley han establecido que el pleno ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad está relacionado con la capacidad que tienen las personas de

<sup>93</sup> M.P. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>94</sup> M.P. Alejandro Martínez Caballero.

tomar decisiones, que depende de una voluntad reflexiva formada. Para el caso de los menores de edad, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, esto se traduce en que a mayor capacidad, los niños, niñas y adolescentes tendrán mayor posibilidad de disponer de este derecho, pero siempre guiada por la salvaguarda de su mejor interés y en concordancia con el ejercicio de la patria potestad y la responsabilidad parental.

35. Por ende, existen diferentes ámbitos en los cuales la autonomía de los menores de edad se ve limitada o condicionada según la etapa de la vida. Es decir, existen claras diferencias entre los comportamientos y la extensión de las conductas que los niños, niñas y adolescentes pueden llevar a cabo o no respecto de los adultos. Por ejemplo, el Código Civil establece los 18 años como la edad para contraer matrimonio, no obstante, admite el matrimonio de mayores de 14 años de edad, siempre que cuente con el consentimiento de los padres<sup>95</sup>, pero lo prohíbe para los menores de esa edad<sup>96</sup>. A su vez, fija el mismo parámetro, 14 años, para prohibir, hacia abajo, y permitir, hacia arriba, el trabajo infantil con ciertas especificidades. Estas distinciones responden a que aun cuando la Constitución reconoce plenamente a los menores de edad como sujetos de derecho, también entiende que el pleno ejercicio de derechos conlleva deberes y responsabilidades que deben acompasarse con la capacidad de asumirlos. Luego, las limitaciones a esa capacidad legal se fundamentan en la idea de que las restricciones amparan y salvaguardan los derechos de los niños, niñas y adolescentes y su posibilidad de ejercer mayor autonomía en el futuro<sup>97</sup>.

36. La Corte Constitucional, en la **sentencia C-131 de 2014**<sup>98</sup>, al analizar las reglas sobre autonomía en relación con una norma que establecía la prohibición de esterilización de menores de edad, 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 saber:

<sup>95</sup> Código Civil. Artículo 117. Sentencia C-344 de 1993 M.P. Jorge Arango Mejía.

<sup>96</sup> Código Civil. Artículo 140.

<sup>97</sup> Sentencia C-131 de 2014 M.P. Mauricio González Cuervo. *“En este orden de ideas, la Corte ha considerado que los menores de edad no cuentan aún con la capacidad para establecer cuáles son sus intereses largo plazo, por lo cual “es razonable concluir que no se vulnera la autonomía del niño cuando un padre lo obliga a vacunarse, y a pesar de que éste se oponga de momento, por cuanto es lícito suponer que en el futuro, al llegar a la edad adulta, el hijo reconocerá la corrección de la intervención de los padres. Se respeta entonces la autonomía con base “en lo que podría denominarse consentimiento orientado hacia el futuro (un consentimiento sobre aquello que los hijos verán con beneplácito, no sobre aquello que ven en la actualidad con beneplácito)”*”.

<sup>98</sup> M.P. Mauricio González Cuervo. En la sentencia C-131 de 2014 la Corte se pronunció sobre una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 7 de la Ley 1412 de 2010, que establece la prohibición general de someter a menores de edad a esterilizaciones quirúrgicas. En lo relevante, la Corte estudió si esta prohibición era aplicable a menores de edad en situación de discapacidad mental y concluyó que la prohibición se ajustaba a la Constitución ya que *“(i) el Legislador está habilitado para regular todo lo concerniente a la progeneración responsable, (ii) existe un deber constitucional de protección del menor de edad en condición de discapacidad y (iii) la edad no se constituye en criterio semi-sospechoso de discriminación”*. Adicionalmente, indicó que una vez cumplida la mayoría de edad podían acceder al procedimiento si así lo deseaban, y mientras eso sucedía existían métodos reversibles que podían usar. No obstante, determinó que además de la excepción general al consentimiento personal en casos en donde la vida de la persona esté en peligro también era posible ejercer el consentimiento sustituto *“(ii) cuando se trate de una discapacidad profunda severa, certificada médicamente, que le impida al paciente consentir en el futuro, de modo que en estos casos deberá solicitarse autorización judicial”*.

*“-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 auto-cuidado, 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. En estos eventos, se prefieren las medidas que de modo indirecto busquen desincentivar determinada conducta **sin imponer de manera coactiva un modelo ideal, especialmente cuando el menor es consciente de los efectos que su comportamiento implica para su vida**”.*

37. Así pues, la jurisprudencia de esta Corporación ha determinado que la voluntad reflexiva y la posibilidad de adoptar o participar en la toma de decisiones en el campo de las intervenciones sanitarias están atadas a la capacidad de otorgar el consentimiento informado, lo cual, a su vez, responde a la valoración acerca de las capacidades evolutivas de los menores de edad. Veámos.

### **Consentimiento de los menores de edad en intervenciones de la salud**

38. La jurisprudencia constitucional ha determinado que el consentimiento informado, como un principio autónomo que a su vez protege la dignidad humana, la autonomía, el libre desarrollo de la personalidad, la integridad personal, es un componente esencial de los derechos a la salud y de acceso a la información. Por ello, el consentimiento informado debe cumplir con tres requisitos: debe ser **(i) libre**, es decir, debe ser voluntario y sin que medie ninguna interferencia indebida o coacción<sup>99</sup>; **(ii) informado**, en el sentido de que la información provista debe ser suficiente, esto es –oportuna, completa, accesible, fidedigna y oficiosa- y en algunos casos<sup>100</sup>; **(iii) cualificado**, criterio bajo el cual el grado de información que debe suministrarse al paciente para

<sup>99</sup> Sentencia T-622 de 2014 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; Sentencia T-796 de 2012 M.P. María Victoria Calle Correa; Sentencia T-497 de 2012 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; Sentencia T-560 A de 2007 M.P. Rodrigo Escobar Gil; Sentencia SU-377 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero; Sentencia T-452 de 2010 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto: “Así, no es válido, por haber sido inducido en error, el asentimiento de un paciente que es logrado [por ejemplo] gracias a una exageración, por parte del médico, de los riesgos de la dolencia y una minimización de los peligros del tratamiento”.

<sup>100</sup> Sentencia T-622 de 2014 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; Sentencia C-574 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez; Sentencia T-866 de 2006 M.P. Jaime Araujo Rentería; Sentencia T-1229 de 2005 M.P. Jaime Araujo Rentería; Sentencia T-1390 de 2000 M.P. Alejandro Martínez Caballero; Sentencia SU-377 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

tomar su decisión se encuentra directamente relacionado con la complejidad del procedimiento<sup>101</sup>. Así, en los casos de mayor complejidad también pueden exigirse formalidades adicionales para que dicho consentimiento sea válido, como que se dé por escrito para los eventos en los que la intervención o el tratamiento son altamente invasivos<sup>102</sup>. En este sentido, este Tribunal ha determinado que la complejidad de la intervención en la salud también es proporcional al grado de competencia del individuo. Además, para todos los casos se requiere que la persona pueda comprender de manera autónoma y suficiente las implicaciones de la intervención médica sobre su cuerpo<sup>103</sup>.

39. El caso de los menores de edad es uno de los supuestos que ha admitido una excepción a las anteriores reglas sobre la prestación del consentimiento de forma personal<sup>104</sup>. Así pues, en sus primeras etapas, esta Corporación permitió que terceros allegados al paciente pudieran autorizar toda clase de tratamientos, tanto intervenciones ordinarias como extraordinarias<sup>105</sup>, pese a no denominar todavía esta forma de toma de decisiones como consentimiento sustituto<sup>106</sup>. No obstante, también reconoció que la representación legal y el

---

<sup>101</sup> Sentencia T-622 de 2014 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; Sentencia T-452 de 2010 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; Sentencia T-560A de 2007 M.P. Rodrigo Escobar Gil; Sentencia T-823 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil; Sentencia SU-377 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero. La jurisprudencia constitucional ha determinado que los factores que se deben tener en cuenta para establecer el tipo de información que se debe proveer son: En consecuencia, el nivel de información necesario para una intervención sanitaria dependerá de: (i) el carácter más o menos invasivo del tratamiento, (ii) el grado de aceptación u homologación clínica del tratamiento o su carácter experimental, (iii) la dificultad en la realización del tratamiento y las probabilidades de éxito, (iv) la urgencia del tratamiento, (v) el grado de afectación de derechos e intereses personales del sujeto al efectuarse el tratamiento, (vi) la afectación de derechos de terceros de no realizarse la intervención médica, (vii) la existencia de otros tratamientos que produzcan resultados iguales o comparables, y las características de estos y, (viii) la capacidad de comprensión del sujeto acerca de los efectos directos y colaterales del tratamiento sobre su persona.

<sup>102</sup> Sentencia SU-337 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero; Sentencia T-823 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>103</sup> Sentencia C-182 de 2016 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

<sup>104</sup> Sentencia T-401 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. En este fallo, la Corte Constitucional expresó: “Existen por lo menos tres situaciones claras en las cuales no se cuenta con dicho consentimiento: 1) cuando el estado mental del paciente no es normal; 2) cuando el paciente se encuentra en estado de inconsciencia y 3) cuando el paciente es menor de edad.” Esta regla fue reiterada en: Sentencia T-823 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>105</sup> Sentencia T-401 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. En esta decisión la Corte Constitucional distingue entre una “intervención ordinaria, que no conlleva una mayor perturbación en el curso ordinario de las actividades del enfermo, y una intervención extraordinaria, que trae consigo una intromisión determinante en la vida del paciente.” A su vez, diferencia entre la posibilidad de otorgar el consentimiento frente a cada tipo de intervención. En este sentido, se consideran cuatro hipótesis, a saber: (i) intervención ordinaria con capacidad de consentir, (ii) intervención extraordinaria con capacidad de consentir, (iii) intervención ordinaria sin capacidad de consentir y (iv), intervención extraordinaria sin capacidad de consentir. En los supuestos (iii) y (iv) debe predominar el consentimiento de los familiares. Al respecto, se sostuvo en el citado fallo: “En los dos casos restantes - caracterizados por la incapacidad para manifestar el consentimiento -, la doctrina internacional ha considerado que el médico debe acudir a los parientes del paciente antes de adelantar su tratamiento. Si bien esto es especialmente claro en el caso de intervenciones extraordinarias, tratándose de las ordinarias parece también recomendable el mismo recurso, teniendo en cuenta el hecho de que ningún consentimiento implícito puede ser deducido del silencio del paciente”; Sentencia T-477 de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero. “en casos determinados, es legítimo que los padres y el Estado puedan tomar ciertas medidas en favor de los menores, incluso contra la voluntad aparente de estos últimos, puesto que se considera que éstos aún no han adquirido la suficiente independencia de criterio para diseñar autónomamente su propio plan de vida y tener plena conciencia de sus intereses... si los menores no tienen capacidad jurídica para consentir, otros deben y pueden hacerlo en su nombre y para proteger sus intereses”.

<sup>106</sup> Sentencia T-401 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Las primeras menciones del consentimiento sustituto se realizan en la sentencia SU-337 de 1999 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) “La Carta autoriza entonces que otras personas ejerzan un “consentimiento sustituto” en beneficio de aquellos pacientes que no pueden directamente decidir.” Pese a que no se especifica a qué tipo de sujetos se aplica este consentimiento

ejercicio de la patria potestad y la responsabilidad parental no dan a los padres un poder absoluto y están sujetas a limitaciones. En este sentido, la Corte Constitucional, por ejemplo, ha rechazado decisiones como la negativa de los padres, en ejercicio de su consentimiento sustituto, a hospitalizar a una menor de diez meses de edad, dado que tal determinación podía poner en riesgo la salud y el desarrollo futuro de la niña<sup>107</sup>.

40. Posteriormente, a raíz de los casos de menores de edad intersexuales, dejó de otorgarse plena prevalencia al consentimiento paterno<sup>108</sup> y se definieron criterios que matizaban la intervención parental y permitían la posibilidad de escuchar el consentimiento del sujeto al que se le pretendía hacer una operación de sexo. En los mencionados casos, el fundamento de la protección es la posibilidad de ejercer la autonomía en el futuro respecto de cuestiones determinantes para el libre desarrollo de la persona y la identidad.

Esos criterios han avanzado para proteger **el derecho de los menores de edad a ser escuchados en la toma de decisiones**, cuya participación se determina a partir de las capacidades evolutivas que implican *“una relación de proporcionalidad inversa entre la capacidad de autodeterminación del menor y la legitimidad de las medidas de intervención sobre las decisiones que este adopte”*<sup>109</sup>, premisa que es plenamente aplicable a las manifestaciones de voluntad sobre tratamientos médicos<sup>110</sup>.

En la **sentencia C-900 de 2011**<sup>111</sup> la Corte Constitucional revisó el artículo 46 (parcial) de la Ley 1098 de 2006 que había sido demandado por la supuesta vulneración de los artículos 16, 18 y 29 de la Constitución, por permitir que personal de salud y administrativo actuara de forma inmediata *“cuando un*

(además de los niños), es posible afirmar que se aborda de manera conjunta bajo la categoría de consentimiento sustituto el de los menores de edad y los *“demás incapaces”*. Ver: Sentencia SU-337 de 1999 (M.P. Alejandro Martínez Caballero. Nota al pie de página 70.) Allí se plantea la existencia en la doctrina de un *“debate ético contemporáneo del consentimiento sustituto en menores y otros incapaces”*.

<sup>107</sup> Así, en la sentencia T-411 de 1994 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), la Corte aceptó la agencia oficiosa ejercida por el médico tratante de una menor de diez meses de edad, y protegió sus derechos a la vida y a la salud, en contra de la decisión de sus padres, quienes se negaban a hospitalizarla, alegando que su credo religioso se los impedía. En dicha oportunidad, la Corte, si bien aceptó la legitimidad de la patria potestad, estableció que dicha figura tiene como límite permitir el desarrollo futuro de la vida del menor, como condición previa y necesaria para el ejercicio de sus demás derechos. En similar sentido, la sentencia SU-377 de 1999 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) consideró que *“tampoco podría un padre, invocando sus convicciones religiosas, rechazar para su hijo de pocos meses un tratamiento que resulta indispensable para proteger su vida, por cuanto se estaría sacrificando al menor en función de la libertad religiosa del padre, lo cual es contrario al deber del Estado de proteger de manera preferente la vida, la salud y la dignidad de los niños”*.

<sup>108</sup> Sentencia T-477 de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero: *“en principio los padres pueden tomar ciertas decisiones en relación con el tratamiento médico de sus hijos, incluso, a veces, contra la voluntad aparente de éstos. Sin embargo, ello no quiere decir que los padres puedan tomar, a nombre de su hijo, cualquier decisión médica relativa al menor, por cuanto el niño no es propiedad de sus padres sino que él ya es una libertad y una autonomía en desarrollo, que tiene entonces protección constitucional”*.

<sup>109</sup> La Corte Constitucional ha establecido *“una relación de proporcionalidad inversa entre la capacidad de autodeterminación del menor y la legitimidad de las medidas de intervención sobre las decisiones que éste adopte. Así, a mayores capacidades intelecto-volitivas, menor será la legitimidad de las medidas de intervención sobre las decisiones adoptadas con base en aquéllas.”* Sentencia SU-337 de 1999. M.P. Alejandro Martínez Caballero; Sentencia SU-642 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; Sentencia T-552 de 2013 M.P. María Victoria Calle.

<sup>110</sup> **Al respecto ver también la sentencia C-085 de 2016 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.**

<sup>111</sup> M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

*niño, niña o adolescente se encuentre hospitalizado o requiera tratamiento o intervención quirúrgica y exista peligro inminente para su vida”*. Lo anterior, pues esa disposición obvia el consentimiento de los menores de edad y de sus padres o tutores. En esa oportunidad, la Corte consideró que la norma contemplaba una excepción válida a las reglas generales sobre consentimiento de niños, niñas y adolescentes y declaró su exequibilidad, ya que se trataba de una situación de urgencia en los casos en que la vida de los menores de edad se encontrara en peligro inminente<sup>112</sup>. Al analizar el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el consentimiento informado y las intervenciones quirúrgicas estableció que *“que la capacidad civil de los niños no es aplicable en forma automática al consentimiento en los tratamientos médicos. Por el contrario, el concepto de autonomía, supone el reconocimiento de la dignidad humana por parte del Estado y de la sociedad, lo que impone tratar al individuo como un sujeto moral, que tiene derecho a decidir libre y con total independencia el futuro de su proyecto de vida”*.

En ese orden de ideas, reiteró que el respeto del mejor interés del menor<sup>113</sup> implica reconocer su derecho a ser escuchado en la toma de decisiones, en atención a sus capacidades evolutivas, especialmente aquellas que involucran su cuerpo y su identidad, por lo tanto *“debe tenerse en consideración la opinión del niño, en razón de su edad y madurez psicológica, pero además esta Corporación ha señalado que las prácticas médicas consideradas altamente invasivas, de difícil realización, riesgosas o vinculadas estrechamente con la definición de la propia personalidad del individuo, imponen necesariamente el consentimiento del paciente para su ejecución”*.

Para establecer el alcance del derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser escuchados, se refirió a la Observación General No. 12 del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas que establece que la anterior garantía supone: (i) el reconocimiento de los menores de edad como sujetos de derechos, independientemente de que carezcan de la autonomía de los adultos; y que (ii) este derecho debe ser tenido en cuenta para la interpretación de sus otras garantías. Al respecto, la Observación dice:

*“1- Ante todo el ejercicio del derecho a emitir su opinión es una opción no una obligación de los menores de 18 años. 2- los Estados partes deben partir del supuesto de que el niño, niña o adolescente tiene capacidad para formarse su propio juicio respecto de los asuntos que afectan su vida y reconocerles el derecho a expresarse. Es decir, no les corresponde*

<sup>112</sup> Ley 1098 de 2006. Artículo 46. (...) *“cuando un niño, niña o adolescente se encuentre hospitalizado o requiera tratamiento o intervención quirúrgica y exista peligro inminente para su vida”*.

<sup>113</sup> Sentencia C-900 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. *“En definitiva, (i) el principio del interés superior de los niños, las niñas y adolescentes se realiza en el estudio de cada caso en particular y tiene por fin asegurar su desarrollo integral; (ii) este principio, además, persigue la realización efectiva de los derechos fundamentales de los menores de 18 años y también resguardarlos de los riesgos prohibidos que amenacen su desarrollo armónico. Estos riesgos no se agotan en los que enuncia la ley sino que también deben analizarse en el estudio de cada caso particular y (iii) debe propenderse por encontrar un equilibrio entre los derechos de los padres o sus representantes legales y los de los niños, las niñas y adolescentes. Sin embargo, cuando dicha armonización no sea posible, deberán prevalecer las garantías superiores de los menores de 18 años. En otras palabras, siempre que prevalezcan los derechos de los padres, es porque se ha entendido que ésta es la mejor manera de darle aplicación al principio del interés superior de los niños, las niñas y adolescentes”*.

*demostrar previamente que tienen esa capacidad. Es el Estado quien deberá, en concreto, evaluar su capacidad para formarse una opinión autónoma. 3- No existe un límite de edad para que los menores de 18 años manifiesten su libre opinión en todos los asuntos que los afectan, aún más, el Comité desaconseja que los Estados fijen una edad para restringir su derecho a ser escuchados.<sup>114</sup> 4- La disposición que se analiza no evidencia que **la edad** en sí misma determine la trascendencia de la opinión que emiten los menores de 18 años, pues en muchos casos su nivel de comprensión de todo cuanto lo rodea no está ligado a su edad biológica. Se ha demostrado en estudios que la información, la experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales y el nivel de apoyo contribuyen al desarrollo de la capacidad del niño para formarse una opinión. Por ese motivo, las opiniones del niño tienen que evaluarse mediante un examen caso por caso. 5- Respecto a la **madurez**, va ligada con el nivel de comprensión de un asunto y la evaluación de sus consecuencias, podría definirse como “la capacidad de un niño para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente (...) cuanto mayores sean los efectos del resultado en la vida del niño, más importante será la correcta evaluación de la madurez de ese niño”. (iv) La opinión del niño, la niña o adolescente debe escucharse en todos los asuntos que los afecten cuando son capaces de expresar sus propias opiniones frente al mismo”.*

Finalmente, la Corte concluyó que “*si bien algunas decisiones acerca de la salud de los niños, niñas y adolescentes pueden ser adoptadas por sus padres, como consecuencia de su falta de capacidad de ejercicio y del desarrollo de la patria potestad, ello no es trasladable cuando las mismas tienen un alto impacto en la definición de la personalidad del individuo*”.

41. En concordancia, la Corte ha establecido que para sopesar el valor de la opinión del niño y la niña acerca del tratamiento al que se le pretende someter se debe tener en cuenta: (i) la urgencia e importancia del tratamiento para sus intereses; (ii) los riesgos y la intensidad del impacto del tratamiento sobre la autonomía actual y futura del menor de edad; y (iii) su edad<sup>115</sup>. Estos factores

---

<sup>114</sup> En primer lugar (...) a raíz del día de debate general sobre la realización de los derechos del niño en la primera infancia celebrado en 2004, el Comité subrayó que (...) Hay estudios que demuestran que el niño es capaz de formarse opiniones desde muy temprana edad, incluso cuando todavía no puede expresarlas verbalmente. Por consiguiente, la plena aplicación del artículo 12 exige el reconocimiento y respeto de las formas no verbales de comunicación, como el juego, la expresión corporal y facial y el dibujo y la pintura, mediante las cuales los niños muy pequeños demuestran capacidad de comprender, elegir y tener preferencias. En segundo lugar, el niño no debe tener necesariamente un conocimiento exhaustivo de todos los aspectos del asunto que lo afecta, sino una comprensión suficiente para ser capaz de formarse adecuadamente un juicio propio sobre el asunto. En tercer lugar, los Estados Partes también tienen la obligación de garantizar la observancia de este derecho para los niños que experimenten dificultades para hacer oír su opinión. Por ejemplo, los niños con discapacidades (...) minorías (...) indígenas (...) migrantes y otros (...) en la Observación General número 12 de 2009 del Comité de los derechos del niño.

<sup>115</sup> Estos criterios fueron formulados en la sentencia T-477 de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero y fueron reiterados por las sentencias SU-337 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero; sentencia T-551 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero; sentencia T-692 de 1999 M.P. Carlos Gaviria Díaz. Sin embargo, en la sentencia T-1052 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil se identificaron cuatro criterios que incidían en la posibilidad de permitir la prevalencia de la decisión autónoma de los menores de edad, a saber: “(i) la urgencia del tratamiento; (ii) el grado de afectación de la autonomía actual y futura del menor, (iii) el alcance ordinario o invasivo de la práctica médica; y, por supuesto, (iv) la edad del niño.” Pese a ello, este

se relacionan entre sí, para determinar un grado mayor o menor de aplicabilidad del consentimiento sustituto<sup>116</sup>. Así, el consentimiento sustituto no se construye como la decisión del padre o del representante legal, sino que dependiendo de los factores, otorga un mayor o menor peso a la posición de la niña o del niño. De este modo, en algunos casos la figura ha sido abordada desde la construcción de un consentimiento conjunto, en otros ha prevalecido la autonomía del menor de edad y en otros ha prevalecido la determinación de los padres en ejercicio de su responsabilidad parental. En este sentido, la responsabilidad parental es un complemento de la patria potestad y comprende la obligación de orientación, cuidado y acompañamiento de los niños, niñas y adolescentes en formación e implica la responsabilidad de los padres de garantizar sus derechos<sup>117</sup>. Esto comprende la facultad de tomar decisiones por sus hijos con el objetivo de proteger y garantizar sus derechos.

También para los casos de los menores de edad, la jurisprudencia ha formulado reglas como la exigencia para los padres del **consentimiento informado cualificado y persistente** y la regla de cierre en favor de la intimidad de los hogares (*in dubio pro familia*), que en últimas privilegia el

---

fallo estimó que las variables que intervenían en la decisión eran tres: (i) la necesidad y/o urgencia del tratamiento; (ii) el impacto y/o riesgo del mismo; y (iii) la edad y/o madurez del menor.

Debe anotarse en este punto que ninguno de estos configura un criterio puramente objetivo pues no siempre es “evidente distinguir entre intervenciones ordinarias y tratamientos invasivos, pues esta calificación no depende únicamente de la naturaleza objetiva de la terapia sino también de los valores subjetivos del paciente.” Tampoco existe consenso acerca de la urgencia o necesidad de los tratamientos, aún en la ciencia médica. Igualmente, la edad del paciente “no es un elemento que debe ser absolutizado”, aunque sirve de indicador sobre la madurez intelectual del menor, ya que este criterio ha sido reemplazado por el de la capacidad evolutiva de los menores.

<sup>116</sup> Sentencia SU-337 de 1999. M.P. Alejandro Martínez Caballero: “Así, hay tratamientos ordinarios, esto es de poco impacto para la autonomía del niño, realizados en infantes de poca edad y de evidentes beneficios médicos para su salud. En estos eventos, es claro que los padres pueden decidir por el hijo. Así, ninguna objeción constitucional se podría hacer al padre que fuerza a un niño de pocos años a ser vacunado contra una grave enfermedad. En efecto, a pesar de la incomodidad relativa que le puede ocasionar al infante la vacuna, los beneficios de la misma para sus propios intereses son evidentes. Por ello es razonable concluir que no se vulnera la autonomía del niño, a pesar de que éste se oponga de momento a la vacuna, por cuanto es lícito suponer que en el futuro, al llegar a la edad adulta, el hijo reconocerá la corrección de la intervención paterna. Se respeta entonces la autonomía con base en lo que algunos autores denominan un “consentimiento orientado hacia el futuro”, esto es, la decisión se funda en aquello que los hijos verán con beneplácito al ser plenamente autónomos, no sobre aquello que ven en la actualidad con beneplácito.

En cambio, en la hipótesis contraria, no sería admisible constitucionalmente que un padre forzara a su hijo, que está a punto de cumplir la mayoría de edad, a someterse a una intervención médica que afecta profundamente su autonomía, y que no es urgente o necesaria en términos de salud, como una operación de cirugía plástica por meras razones estéticas. En este caso el padre está usurpando la autonomía de su hijo y modelando su vida, pues le está imponiendo, de manera agobiante y permanente, unos criterios estéticos que el menor no comparte. La decisión paterna deja entonces de tener sentido para proteger los intereses del menor y se convierte en la imposición coactiva a los individuos de un modelo estético contrario al que éste profesa, lo cual obviamente contradice la autonomía, la dignidad y el libre desarrollo de la persona, fundamentos esenciales de nuestro ordenamiento jurídico.” Por consiguiente, a mayor impacto benéfico en la salud del paciente, menor edad y menor impacto para su autonomía, se justifica en mayor medida la intervención de terceras personas en las decisiones sobre las intervenciones sanitarias de los menores de edad. En contraste, a menor impacto benéfico, mayor edad y mayor impacto para su autonomía, la conclusión será justamente la contraria.

<sup>117</sup> Ley 1098 de 2006. Artículo 14. “La responsabilidad parental. La responsabilidad parental es un complemento de la patria potestad establecida en la legislación civil. Es además, la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación. Esto incluye la responsabilidad compartida y solidaria del padre y la madre de asegurarse que los niños, las niñas y los adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos. En ningún caso el ejercicio de la responsabilidad parental puede conllevar violencia física, psicológica o actos que impidan el ejercicio de sus derechos”.

ejercicio de la responsabilidad parental<sup>118</sup>. Sin embargo, siempre se mantiene la regla de escuchar la opinión de los niños, niñas y adolescentes acerca de las decisiones que les conciernen, particularmente en los casos en los que se compromete su autonomía futura o aspectos centrales de su determinación.

42. La anterior evolución es consistente con los estándares del derecho internacional de los derechos humanos. Así, el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño requiere a los Estados parte que respeten la responsabilidad parental, pero la provisión claramente limita el alcance de este ejercicio a las “*capacidades evolutivas de los menores*”<sup>119</sup>. En concordancia, el artículo 12(1) de la Convención dispone que “*las capacidades evolutivas de los menores*” deben ser consideradas “*dando el debido peso a la perspectiva del menor de acuerdo con la edad y madurez del menor*”<sup>120</sup>, lo cual enfatiza el incremento gradual de su capacidad de tomar decisiones, que a su vez no puede ser determinado solamente por la edad, sino que depende de una valoración individual mediante un acercamiento flexible<sup>121</sup>.

<sup>118</sup> La denominada regla de cierre en favor de la intimidad de los hogares se estableció a partir de la sentencia SU-377 de 1999 (M.P. Alejandro Martínez Caballero). De conformidad con la misma, “*el papel prima facie preponderante de los padres en la formación de sus hijos, así como la importancia de la intimidad familiar en el desarrollo del pluralismo, incluso en el campo médico, permiten agregar una especie de elemento de cierre, en los casos controvertidos, la cual equivale a una especie de in dubio pro familia, y puede ser formulada así: si el juez tiene dudas sobre la decisión a tomar, éstas deben ser resueltas en favor del respeto a la privacidad de los hogares, por lo cual los desplazamientos de los padres por autoridades estatales deben ser minimizados*”. Por consiguiente, “*si el médico o el juez en un determinado caso, tienen dudas sobre la decisión a tomar, éstas deben ser siempre resueltas a favor del respeto a la privacidad personal o familiar (in dubio pro familia)*”; Sentencia T-1052 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil; Sentencia T-551 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero; Sentencia T-692 de 1999 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

<sup>119</sup> Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas. Resolución 44/25 del 20 de noviembre de 1989 en la sesión 44 de la Asamblea General de Naciones Unidas, Artículo 5. *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*”.

<sup>120</sup> Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas. Resolución 44/25 del 20 de noviembre de 1989 en la sesión 44 de la Asamblea General de Naciones Unidas, artículo 12.1

<sup>121</sup> Tres observaciones generales del Comité de los Derechos del Niño han desarrollado estándares alrededor del consentimiento y la salud de los menores de edad. La Observación General No. 3 sobre los niños y el VIH/SIDA (2003) establece que la opinión de los niños debe ser tomada en cuenta alrededor de las pruebas del VIH, así como en todos los niveles de prevención, tratamiento y servicios. A su vez, establece que se les debe brindar toda la información disponible sobre VIH para su protección y en cuanto al consentimiento, indicó que el acceso a los tratamientos debe siempre guardar la confidencialidad y se puede dar sin el consentimiento de los padres.

La Observación General No. 4 sobre el desarrollo y la salud de los adolescentes (2003), en lo relevante, señala que los Estados se encuentran en la obligación de: “*Garantizar el acceso de los adolescentes a la información que sea esencial para su salud y desarrollo y la posibilidad de que participen en las decisiones que afectan a su salud (en especial mediante un consentimiento fundamentado y el derecho a la confidencialidad), la adquisición de experiencia, la obtención de información adecuada y apropiada para su edad y la elección de comportamientos de salud adecuados*”.

Finalmente, la Observación General No. 12 sobre el derecho a ser escuchado (2009) aborda las capacidades evolutivas de los menores de edad desde su participación en las decisiones que los afectan. Así, reitera el derecho de los niños a expresar sus opiniones a partir de la presunción de que son capaces de participar en todos los asuntos que los afecten, incluyendo los asuntos sobre intervenciones de la salud. A su vez, explica que el ejercicio de los derechos no está determinado por la edad y debe ser considerado individualmente. De otra parte, enfatiza en la necesidad de que se provean las condiciones adecuadas para que los menores de edad puedan expresar sus opiniones, lo cual incluye la provisión de información y la confidencialidad en la relación paciente-médico. Así, el Comité concluyó en la Observación: “*La inversión en la realización del derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos que lo afectan y a que sus opiniones se tengan debidamente en cuenta es una obligación clara e inmediata de los Estados partes en virtud de la Convención. Es un derecho de todos los niños, sin discriminación alguna. El objetivo de lograr oportunidades de aplicar verdaderamente el artículo 12 hace necesario dismantelar las barreras jurídicas, políticas, económicas,*

Así pues, se ha determinado que la participación de los menores de edad en las decisiones es un principio de interpretación en el derecho internacional<sup>122</sup>, según el cual se reconoce que *“a medida que los niños van adquiriendo competencias cada vez mayores, se reduce su necesidad de orientación y aumenta su capacidad de asumir responsabilidades respecto de las decisiones que afectan sus vidas”*<sup>123</sup>. Específicamente, la Asociación Canadiense de Medicina y doctrina de UNICEF<sup>124</sup> han señalado que en la toma de decisiones en el ámbito de la salud algunos de los elementos esenciales para determinar la competencia para la toma de decisiones son:

- *“La habilidad de comprender y comunicar informaciones relevantes: El niño debe ser capaz de comprender cuales son las alternativas disponibles, manifestar una preferencia, formular sus preocupaciones y plantear las preguntas pertinentes.*
- *La habilidad de reflexionar y elegir con un cierto grado de independencia: el niño debe ser capaz de efectuar una elección sin que nadie lo obligue o manipule y considerar detalladamente la cuestión por sí mismo.*
- *La habilidad de evaluar los potenciales beneficios riesgos y daños: el niño debe ser capaz de comprender las consecuencias de las diferentes líneas de conducta, cómo lo afectarán, cuales riesgos se presentan y cuáles son las implicaciones a corto y largo plazo.*
- *La construcción de una escala de valores relativamente estable: el niño debe poder basarse en un sistema de valores para tomar una decisión”*<sup>125</sup>.

43. De otra parte, es indudable que el desarrollo de la autonomía de los niños y jóvenes para poder **participar** en las decisiones que les competen también se **encuentra mediado por las condiciones, la calidad y la suficiencia de la información que se les provee**<sup>126</sup>.

44. Las anteriores reglas cuentan con al menos, dos excepciones expresas establecidas por la jurisprudencia de esta Corporación. La *primera*, consiste en que los menores de edad tienen plena autonomía para decidir de manera libre y voluntaria sobre la interrupción de un embarazo en los casos permitido en el

---

*sociales y culturales que actualmente inhiben la oportunidad de que los niños sean escuchados y el acceso de los niños a la participación en todos los asuntos que los afecten. Ese objetivo exige preparación para hacer frente a los prejuicios acerca de la capacidad de los niños y estimular la creación de entornos en que los niños puedan potenciar y demostrar su capacidad. Exige además un compromiso para destinar recursos e impartir capacitación”.*

<sup>122</sup> Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas. Artículo 5.

<sup>123</sup> UNICEF, Innocenti Insight, Gerison Lansdown, “La evolución de las facultades del niño”, 2005. P. 19.

<sup>124</sup> UNICEF, Innocenti Insight, Gerison Lansdown, “La evolución de las facultades del niño”, 2005. P. 77 citando Harrison, C. y otros, Bio-ethics for clinicians: involving children in medical decisions, Asociación Médica Canadiense, Ottawa, 1997,

<sup>125</sup> UNICEF, Innocenti Insight, Gerison Lansdown, “La evolución de las facultades del niño”, 2005. P. 77-78.

<sup>126</sup> Sentencia T-552 de 2013 M.P. María Victoria Calle Correa.

ordenamiento<sup>127</sup>. En ese sentido, la autonomía reproductiva debe entenderse dentro de la protección reforzada de los derechos de los niños, niñas y adolescentes contemplada en el artículo 44 de la Carta<sup>128</sup>. Así, solo se necesita de la voluntad de la niña para practicarse la interrupción voluntaria del embarazo, lo que requiere, como lo ha explicado la jurisprudencia<sup>129</sup>, que la menor de edad reciba información de manera clara, transparente y atendiendo sus capacidades sobre los riesgos que podrían presentarse en la salud si accede al derecho a la interrupción voluntaria del embarazo, los procedimientos más apropiados para llevarla a cabo y las obligaciones de acceso y servicio en cabeza del Estado, entre otros elementos.

45. La *segunda*, es la prohibición general de someter a menores de edad a esterilizaciones quirúrgicas. En la citada **sentencia C-131 de 2014**<sup>130</sup> la Corte revisó la norma que contenía esta prohibición y determinó su exequibilidad. En la decisión, la Corte concluyó que la medida aun cuando era de tipo proteccionista tenía una finalidad importante desde la óptica constitucional: preservar el derecho a fundar una familia de los jóvenes así como que en el futuro pudieran decidir de forma libre e informada acerca de su reproducción definitiva. Adicionalmente, la medida cumplía con su objetivo, al preservar la capacidad reproductiva y su determinación sobre la misma cuando la persona tuviera la mayoría de edad, lo anterior considerando que se trataba de una medida definitiva. Así, la Corte estableció que era “*posible intervenir en la esfera de autonomía de los menores adultos para evitar que estos tomen decisiones definitivas a tan temprana edad, sin contar necesariamente con el grado de madurez suficiente que les permita asumir las consecuencias de las mismas en el futuro*”. Es decir, admitió una restricción en el ejercicio de la autonomía de los niños, niñas y adolescentes con fundamento en la protección de su consentimiento futuro<sup>131</sup>. Es preciso advertir que el fallo contempló como excepción, la posibilidad de realizar la

---

<sup>127</sup> Sentencia T-697 de 2016 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado reiterando la sentencia T-388 de 2009 M.P. Humberto Sierra Porto.

<sup>128</sup> Constitución Política. Artículo 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

<sup>129</sup> Ver, entre otras, sentencias T-585 de 2010. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto; T-841 de 2011. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto; y T-627 de 2012. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

<sup>130</sup> M.P. Mauricio González Cuervo.

<sup>131</sup> Sentencia C-131 de 2014 M.P. Mauricio González Cuervo. “5.6.2. *No se vulnera el derecho al libre desarrollo de la personalidad del menor adulto al negársele la facultad de decidir -por sí, o por representante legal con autorización judicial- su sometimiento a la anticoncepción quirúrgica: (i) los deberes constitucionales e internacionales de protección al menor; (ii) el alcance limitado de su derecho de autodeterminación en razón de la edad; (iii) la existencia de otros medios no invasivos y reversibles, eficaces y accesible, para ejercer su derecho de libre determinación del número de hijos a tener o a no tenerlos*”.

esterilización en los eventos de urgencia en los cuales la vida de la niña estuviera en riesgo<sup>132</sup>.

46. En suma, el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los niños, las niñas y los adolescentes en el ámbito de las intervenciones sanitarias no es absoluto, pero tampoco lo es la regla del consentimiento sustituto. Las limitaciones en ambos espectros se encuentran mediadas por las capacidades evolutivas de los menores de edad, así como por el tipo de intervención que se va a realizar con el objetivo de maximizar siempre el ejercicio de su autonomía presente y futura, con las excepciones advertidas. Así, para sopesar el valor de la opinión del niño y la niña acerca del tratamiento al que se le pretende someter se debe tener en cuenta: (i) la urgencia e importancia misma del tratamiento para sus intereses; (ii) los riesgos y la intensidad del impacto del tratamiento sobre la autonomía actual y futura; y (iii) su edad. Estos factores se relacionan entre sí, para determinar un grado mayor o menor de aplicabilidad del consentimiento sustituto. Así, el consentimiento sustituto no se construye únicamente como la decisión del padre o del representante legal, sino que depende de diferentes factores, que incluyen la madurez del menor de edad para otorgar un mayor o menor peso a su posición en la determinación. No obstante, los niños, niñas y adolescentes siempre deben ser escuchados y deben poder participar en estas decisiones.

Así pues, 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.

### **El trabajo infantil. Reiteración de jurisprudencia**

47. El artículo 44 de la Constitución Política, establece el principio del interés superior del menor, el cual obliga a que la familia, la sociedad y el Estado asistan y protejan “*al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos*”. Adicionalmente, la norma reconoce la situación de vulnerabilidad de estos sujetos y dispone su protección contra las diferentes formas de sometimiento. En ese sentido, indica que los niños, niñas y adolescentes “[s]erán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, **explotación laboral o económica y trabajos riesgosos**”. Todo ello es reforzado por el hecho de que el artículo 44 incluye una cláusula de jerarquía de sus derechos y le impone la obligación a la familia, el Estado y la sociedad, de asistir y protegerlos ante cualquier situación de amenaza o vulneración de sus derechos.

---

<sup>132</sup> Sentencia C-131 de 2014 M.P. Mauricio González Cuervo “5.6.3. *Tratándose de menores en riesgo de vida por obra de un embarazo, se permite el acceso al tratamiento, siempre que: (i) el riesgo esté científicamente probado; (ii) lo solicite los padres o representante legal; (iii) se cuente con la aceptación del menor, libre e informada; (iv) se conceda autorización judicial*”.

48. Asimismo, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, adoptada mediante la Ley 12 de 1991, establece que todas las medidas administrativas, judiciales y legislativas que se adopten en el Estado, debe tener una consideración especial de beneficiar el interés superior del menor de edad<sup>133</sup>. Además, determina que los Estados deben comprometerse a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para garantizar su bienestar<sup>134</sup>. En línea con ello, el Código de Infancia y Adolescencia (Ley 1098 de 2006), establece en su artículo 8° que *“se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes”*.

49. En este orden de ideas, el ordenamiento jurídico nacional e internacional establece un régimen de protección reforzado para los menores de edad, debido a que son sujetos que se encuentran en una situación de debilidad por su edad. De esta manera, se enfatiza en la responsabilidad compartida de la familia, la sociedad y el Estado de encaminar sus actuaciones para proteger sus derechos fundamentales.

50. Así pues, la legislación internacional y nacional establece una serie de medidas para garantizar el interés superior del menor y la protección de sus derechos fundamentales. Entre estos mecanismos se encuentra la abolición del trabajo y explotación infantil. Lo anterior, con la finalidad de evitar que los menores de edad alteren el ciclo natural de crecimiento y destinen su niñez y/o adolescencia para ingresar al mercado laboral.

51. Al respecto, el Convenio N° 138 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)<sup>135</sup>, aprobado por la Ley 515 de 1991, establece que todos los Estados Partes deben propender por la abolición del trabajo infantil<sup>136</sup>. Así mismo, fija una serie de limitaciones generales para que los menores de edad puedan trabajar. Entre estos, se encuentran: (i) una edad mínima<sup>137</sup>; (ii) la exclusión de cierto tipo de labores que representen un peligro para la salud e

---

<sup>133</sup> *“En 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”*.

<sup>134</sup> *“Los Estados Partes 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”*.

<sup>135</sup> "Convenio 138 sobre la Edad Mínima de Admisión de Empleo", adoptado por la 58ª Reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo.

<sup>136</sup> Convenio 138 de la OIT. Artículo 1. *“Todo miembro para el cual esté en vigor el presente Convenio se compromete a seguir una política nacional que asegure la abolición efectiva del trabajo de los niños y eleve progresivamente la edad mínima de admisión al empleo o al trabajo a un nivel que haga posible el más completo desarrollo físico y mental de los menores”*. A través de la **sentencia C-325 de 2000**, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, la Corte declaró exequible el Convenio 138 sobre la edad mínima de admisión de empleo. Para esta Corporación, el mencionado instrumento internacional garantiza y protege el desarrollo físico, moral e intelectual de los menores de edad. De esta manera, sostiene que el *“(…) trabajo infantil que se oponga a su proceso de educación y a sus derechos de acceso a la cultura, a la recreación y a la práctica del deporte, debe ser proscrito por la ley (…)*”.

<sup>137</sup> Artículo 2°

integridad de los niños, niñas y adolescentes<sup>138</sup>; y (iii) la obligación de establecer medidas y sanciones que garanticen este tipo de condiciones<sup>139</sup>.

52. Sin perjuicio de lo anterior, el Convenio especifica que en principio la edad mínima para trabajar son los 15 años, a menos que las condiciones económicas y educativas del Estado permitan disminuirlo a 14 años<sup>140</sup>. Además, determina que los menores de edad que estén entre los 13 y 15 años podrán trabajar, siempre y cuando el empleo: (i) no afecte su salud y desarrollo; y (ii) no perjudique su asistencia a la escuela<sup>141</sup>. Igualmente, resalta que en principio los trabajos peligrosos para la salud, la seguridad o la moralidad de los menores de edad, no podrán ser realizados por menores de 18 años<sup>142</sup>. No obstante, esta limitación no se aplica cuando se demuestre que existen condiciones laborales que garanticen su salud, seguridad y moralidad. Una vez se cumplan estas condiciones, el Convenio permite que las personas mayores de 16 años desempeñen este tipo de funciones<sup>143</sup>.

53. En este orden de ideas, el precitado Convenio establece que en principio los menores de edad no deberían trabajar, ya que se encuentran en una etapa de crecimiento personal y educativo. No obstante, reconoce que bajo ciertas circunstancias, este tipo de sujetos se encuentran habilitados para trabajar.

54. Igualmente, el Convenio N°182 de la Organización Internacional del Trabajo, que se refiere a la “*prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación*”, establece a largo de su articulado las medidas que debe adoptar el Estado para erradicar y prohibir la

---

<sup>138</sup> Artículo 4° “1. Si fuere necesario, la autoridad competente, previa consulta con las organizaciones interesadas de empleadores y de trabajadores, cuando tales organizaciones existan, podrá excluir de la aplicación del presente Convenio a categorías limitadas de empleos o trabajos respecto de los cuales se presenten problemas especiales e importantes de aplicación (...)”

<sup>139</sup> Artículo 9° “1. La autoridad competente deberá prever todas las medidas necesarias, incluso el establecimiento de sanciones apropiadas, para asegurar la aplicación efectiva de las disposiciones del presente Convenio.

2. La legislación nacional o la autoridad competente deberán determinar las personas responsables del cumplimiento de las disposiciones que den efecto al presente Convenio.

<sup>140</sup> “3. La edad mínima fijada en cumplimiento de lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo no deberá ser inferior a la edad en que cesa la obligación escolar, o en todo caso, a quince años.

4. No obstante las disposiciones del párrafo 3 de este artículo, el Miembro cuya economía y medios de educación estén insuficientemente desarrollados podrá, previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores interesados, si tales organizaciones existen, especificar inicialmente una edad mínima de catorce años”.

<sup>141</sup> “1. La legislación nacional podrá permitir el empleo o el trabajo de personas de trece a quince años de edad en trabajos ligeros, a condición de que éstos:

a) No sean susceptibles de perjudicar su salud o desarrollo; y

b) No sean de tal naturaleza que puedan perjudicar su asistencia a la escuela, su participación en programas de orientación o formación profesional aprobados por la autoridad competente o el aprovechamiento de la enseñanza que reciben”.

<sup>142</sup> Artículo 3° “1. La edad mínima de admisión a todo tipo de empleo o trabajo que por su naturaleza o las condiciones en que se realice pueda resultar peligroso para la salud, la seguridad o la moralidad de los menores no deberá ser inferior a dieciocho años”.

<sup>143</sup> Artículo 3° “3. No obstante lo dispuesto en el párrafo 1 de este artículo, la legislación nacional o la autoridad competente, previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores interesados, cuando tales organizaciones existan, podrán autorizar el empleo o el trabajo a partir de la edad de dieciséis años, siempre que queden plenamente garantizadas la salud, la seguridad y la moralidad de los adolescentes, y que éstos hayan recibido instrucción o formación profesional adecuada y específica en la rama de actividad correspondiente”.

explotación infantil y las peores formas de trabajo infantil<sup>144</sup>. De acuerdo con ello, fija un listado de trabajos que son catalogados como las “*peores formas de trabajo infantil*” y dentro de estos se encuentra: (i) la esclavitud; (ii) la prostitución y pornografía infantil; (iii) el reclutamiento para realizar actividades ilícitas, en particular la producción y el tráfico de estupefacientes; y (iv) en general cualquier trabajo que atente contra la salud, la moral y el desarrollo del menor de edad.

55. Por otro lado, el artículo 32 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas, señala que el Estado debe adoptar medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas que eviten la explotación económica y laboral que pueda incidir y ser peligrosos en la educación, salud, desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social de los menores de edad. Particularmente, la norma indica que para evitar este tipo de situaciones se deben fijar reglas específicas, como: (i) una edad mínima para trabajar; (ii) una reglamentación que determine el horario y las condiciones; y (iii) una sanción en caso de que se incumpla alguna de las condiciones mencionadas<sup>145</sup>.

56. Ahora bien, en el ordenamiento jurídico interno, los parámetros de validez del trabajo infantil, las restricciones laborales de los menores de edad, la edad mínima para acceder a un trabajo y los trabajos que están proscritos en el plano nacional, tienen asidero en el Preámbulo, en los artículos 44, 45, 93 y 94 del Texto Superior, 113 a 118 del Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006) y 30 y 31 del Código Sustantivo del Trabajo. Estas disposiciones, propenden por dos propósitos fundamentales: (i) el de proteger a los menores de edad respecto de trabajos que interfieran en su pleno desarrollo y, en especial, en el goce efectivo del derecho a la educación; y (ii) el de asegurar, mediante políticas económicas de crecimiento, la abolición efectiva del trabajo infantil, a través de la búsqueda de la eficiencia económica que haga que los mercados de trabajo de los adultos funcionen correctamente y que permitan elevar progresivamente la edad mínima de admisión al empleo<sup>146</sup>.

---

<sup>144</sup> A través de la **sentencia C-535 de 2002**, M.P. Jaime Araujo Rentería, la Corte declaró exequible el Convenio n° 182 sobre la “*Prohibición de las Peores Formas de Trabajo Infantil y la Acción Inmediata para su Eliminación*”, adoptado por la *Octogésima Séptima (87ª) Reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo – OIT*”. Al respecto, esta Corporación sostuvo que el convenio no contraría las disposiciones de la Constitución Política y que, por el contrario, guarda total armonía con las normas contenidas en sus artículos 44 y 45 y en los instrumentos internacionales de los cuales hace parte Colombia.

<sup>145</sup> “*Artículo 32: 1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social.*

*2. Los Estados Partes adoptarán medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales para garantizar la aplicación del presente artículo. Con ese propósito y teniendo en cuenta las disposiciones pertinentes de otros instrumentos internacionales, los Estados Partes, en particular:*

*a) Fijarán una edad o edades mínimas para trabajar;*

*b) Dispondrán la reglamentación apropiada de los horarios y condiciones de trabajo;*

*c) Estipularán las penalidades u otras sanciones apropiadas para asegurar la aplicación efectiva del presente artículo”.*

<sup>146</sup> Sentencia C-170 de 2004. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

En consecuencia, la normativa internacional y nacional está encaminada a velar por la protección del menor de edad y humanizar las condiciones laborales. En este sentido, dicha regulación se enmarca en el reconocimiento de condiciones orientadas a velar por la efectiva defensa del menor y del compromiso del Estado de adoptar políticas públicas que permitan acabar con el trabajo infantil.

57. Con todo, es preciso aclarar que existe una clara distinción entre los conceptos “*trabajo infantil*” y “*labores infantiles*”, remuneradas o no. En efecto, no se puede interpretar como actividades laborales aquellas tareas de ayuda en la casa, los deberes escolares o cualquier otra carga que se le imponga a los menores de edad y que propendan por su formación integral en la sociedad y en sus familias, bien sea a través del sólo ejercicio de la autoridad paterna o que se deriven de una promoción mediante dádivas estimuladoras, *verbi gracia*, dinero, regalos, etc<sup>147</sup>. Sin embargo, el ejercicio de dichas labores no puede convertirse en una forma de explotación laboral por quienes las encomienden.

En línea con lo anterior, la Corte Constitucional estableció que de una lectura armónica de los artículos 67 y 44 de la Constitución y de las disposiciones contenidas en la Ley 515 de 1991 que establece la edad mínima para iniciar la vida laboral, la admisión en el mundo laboral implica la cesación de la obligación escolar, la cual debe ser por regla general, hasta los quince (15) años de edad, es decir, hasta tanto el menor de edad no cumpla como mínimo, un año de preescolar y nueve de educación básica, tal y como lo dispone el artículo 67 del Texto Superior. Esto busca que los menores de edad puedan culminar su etapa de formación educativa y cumplir con sus deberes escolares, sin el apremio de una jornada de trabajo que impida su formación personal y su desarrollo psicofísico<sup>148</sup>.

En otras palabras, el trabajo infantil que se oponga al proceso de formación educativo y a los derechos al acceso a la cultura, a la recreación y a la práctica del deporte de los menores de edad, debe ser proscrito por la ley, pues impiden que dichos sujetos gocen de un crecimiento en el que prime su formación como seres humanos<sup>149</sup>.

58. Asimismo, la Corte al realizar una lectura sistemática de la normativa nacional e internacional, precisó que para los casos en los que los menores de edad puedan acceder a la vida laboral, es indispensable que las labores que desarrollen no se presten ni “*para la explotación laboral o económica*”, ni para la asunción de “*trabajos riesgosos*”, en los términos previstos en el artículo 44 Superior. Bajo esta condición, se encuentran prohibidos: (i) los

---

<sup>147</sup> *Ibidem*.

<sup>148</sup> Sentencia C-1188 de 2005. M.P. Alfredo Beltrán Sierra. En esta oportunidad, la Corte analizó la constitucionalidad del artículo 383 del Código Sustantivo del Trabajo que fijaba la edad mínima para sindicalizarse. En efecto, esta Corporación sostuvo que debían respetarse unos límites de edad para que las personas pudieran hacer parte de los sindicatos, y en general, para iniciar su vida laboral. Lo anterior, debido a que son sujetos que se encuentran en un periodo de formación y crecimiento, en el que se debe privilegiar el estudio y no el desempeño de labores.

<sup>149</sup> Sentencia C-325 de 2000. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

trabajos que pongan en peligro el bienestar físico, mental o moral del niño, ya sea por su propia naturaleza o por las condiciones en que se realiza (*Trabajos Peligrosos*); y (ii) toda forma de explotación como la esclavitud, trata de personas, servidumbre por deudas y otras formas de trabajo forzoso, reclutamiento de niños, niñas y adolescentes para utilizarlos en conflictos armados, prostitución y pornografía infantil y, en general, todas aquellas actividades ilícitas<sup>150</sup>.

59. No obstante, la Corte ha dicho que aunque exista la posibilidad de que los menores de edad puedan ejercer el derecho fundamental al trabajo, el Estado debe propender por establecer una política nacional que permita elevar progresivamente la edad mínima de admisión al trabajo hasta un nivel que haga posible el más completo desarrollo físico y mental de los menores de edad, es decir, que en todo caso, lo ideal es que no dediquen su etapa de crecimiento a trabajar, sino a formarse como hombres y mujeres con dignidad<sup>151</sup>.

60. En síntesis, la Constitución Política y los tratados internacionales de protección a la niñez que forman del bloque de constitucionalidad, establecen una prohibición general a todas las formas de explotación laboral de los niños, niñas y adolescentes. No obstante, permiten unas excepciones bajo condiciones que protejan su proceso educativo, su salud y en general sus derechos fundamentales. Así la edad mínima para comenzar la vida laboral es de 15 años y está sujeta a las siguientes condiciones: (i) que no ejecuten o lleven a cabo *trabajos peligrosos o ilícitos*, es decir, la relación jurídica laboral se sujeta - en exclusiva- al desarrollo de *trabajos normales*; (ii) debe existir una flexibilidad laboral, es decir, la reglamentación apropiada de horarios y condiciones de trabajo; y (iii) debe mediar una autorización por parte del Inspector del Trabajo o, en su defecto, de la primera autoridad local.

Una vez delimitado el alcance de los anteriores asuntos, pasa ahora la Sala a resolver los problemas jurídicos planteados.

### **La prohibición de realizar procedimientos médicos y quirúrgicos estéticos en niños, niñas y adolescentes, inclusive con el consentimiento de los padres, viola sus derechos a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad**

61. Como se advirtió, la Corte debe resolver si la prohibición del artículo 3° de la Ley 1799 de 2016 que impide realizar procedimientos médicos y quirúrgicos estéticos en niños, niñas y adolescentes, inclusive con el consentimiento de los padres, viola sus derechos a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad.

---

<sup>150</sup> Ver, entre otras las sentencias: C-325 de 2000, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, C-535 de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño, C-170 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil y C-1188 de 2005, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

<sup>151</sup> Sentencia C-114 de 2005. M.P. Humberto Sierra Porto.

62. Antes de analizar cada uno de los contenidos normativos específicos a la luz de los cargos planteados, es preciso establecer de forma general el alcance de la normativa que se revisa.

### **Alcance de la Ley 1799 de 2016**

63. La Ley 1799 de 2016 tiene como objeto prohibir los procedimientos médicos y quirúrgicos estéticos para pacientes menores de edad y establecer el régimen sancionatorio para quienes violen dicha prohibición. Así, la norma consta de tres ejes, el *primero* establece el objeto de la norma, las definiciones y las prohibiciones de realización de procedimientos estéticos, así como sus excepciones. El *segundo*, se refiere a las restricciones publicitarias y el *tercero* al deber de denuncia y al régimen de sanciones.

64. En cuanto a la primera parte, la normativa establece como el objeto de la ley un régimen prohibitivo de realización de procedimientos médicos y quirúrgicos a menores de edad, al igual que el régimen sancionatorio que le corresponde. Así, define los procedimientos médicos y quirúrgicos estéticos como todos aquellos que busquen la “*corrección de alteraciones de la norma estética con la finalidad de obtener una mayor armonía facial y corporal así como también tratamientos médicos de embellecimiento y rejuvenecimiento*”<sup>152</sup> y prohíbe su realización en menores de 18 años de edad, aún con el consentimiento de los padres<sup>153</sup>. No obstante, su artículo 4° establece unas excepciones a dicha prohibición, a saber: aquellas “*cirugías de nariz y de orejas, reconstructivas y/o iatrogénicas de otras cirugías, peelings químicos y mecánicos superficiales y depilación láser*”. Así como aquellas motivadas por patologías físicas o psicológicas que hayan sido acreditadas por los respectivos profesionales de la salud y que además cuenten con un permiso expedido por la entidad territorial, de acuerdo con los requisitos que determine el Ministerio de Salud<sup>154</sup>.

65. La segunda parte, que corresponde a su artículo 5°, establece: (i) la prohibición de la promoción publicitaria dirigida a menores de edad de los procedimientos que regula la norma; (ii) el uso de modelos menores de edad en campañas de promoción de cirugías estéticas, consultorios y clínicas estéticas y procedimientos de cualquier tipo; y (iii) la difusión de aquellas campañas realizadas con anterioridad a la vigencia de la ley que usen la imagen de niños, niñas y adolescentes.

66. Por último, la ley establece el deber de denuncia de posibles violaciones de la normativa, el régimen de sanciones ante el incumplimiento parcial o total de la misma, la solidaridad para las personas naturales y jurídicas en la sanción y por cualquier daño ocasionado al paciente, la radicación del poder sancionatorio para los médicos y centros de salud en los entes territoriales de salud, la destinación del dinero recaudado por multas y sanciones y la

---

<sup>152</sup> Artículo 2.

<sup>153</sup> Artículo 3.

<sup>154</sup> Artículo 4.

conurrencia con las normas de la ética médica y los reglamentos que rijan el ejercicio profesional de la medicina.

67. La exposición de motivos de la ley establece que su objeto general es la protección de los menores de edad de los riesgos de las cirugías plásticas estéticas y procedimientos estéticos mediante la prohibición de la realización de ese tipo de procedimientos y la restricción publicitaria. Adicionalmente, establece que la norma tiene cuatro objetivos específicos: (i) proteger el bienestar y la formación física y mental de los menores de edad mediante la prohibición de procedimientos que *“alteren el correcto desarrollo del cuerpo y la psique de los niños y jóvenes”*; (ii) evitar la continuación de prácticas antiéticas de la medicina y la estética respecto de procedimientos innecesarios y riesgosos en menores de edad con *“fines lucrativos y sin propender por el bienestar del menor”*; (iii) prevenir la sobresexualización de los niños, niñas y adolescentes bajo autorización de los padres con el objetivo de ajustar la apariencia a un prototipo de belleza específico; e (iv) *“impedir el uso de la imagen en la promoción de procedimientos médicos y estéticos con el fin de limitar la identificación de modelos estéticos particulares”*.

68. El mismo documento, justifica las prohibiciones de la ley en el aumento de los procedimientos estéticos, tanto quirúrgicos como médicos, en razón a paradigmas de belleza sobresexualizados en un momento en el que el cuerpo aún no se encuentra desarrollado y que, por lo tanto, puede tener consecuencias irreversibles *“que alteran decisiones de vida como el ejercicio pleno de la maternidad, o condiciones de salud que obligan al sometimiento a más procedimientos quirúrgicos, riesgosos que los jóvenes no pueden prever por el momento de formación en que se encuentran, y que no se justifican bajo el ejercicio de una patria potestad responsable”*.

69. Para desarrollar las anteriores justificaciones se refiere principalmente a las cirugías de implante de senos y glúteos, sus diferentes formas, al igual que los riesgos de las mismas como la recurrencia de nuevas intervenciones quirúrgicas y los peligros de los tipos de implantes. No obstante, también hace referencia a otras cirugías como la blefaroplastia<sup>155</sup>, los injertos de cuero cabelludo, el implante malar<sup>156</sup>, la mentoplastia<sup>157</sup>, queiloplastia<sup>158</sup>, ritideictomía<sup>159</sup>, ritidoplastia<sup>160</sup>, abdominoplastia<sup>161</sup> y las liposucciones y

<sup>155</sup> Exposición de motivos de la Ley 1799 de 2016. *“Es la famosa cirugía de párpados, en la que se remueve el exceso de piel y se reduce la grasa de párpados superiores e inferiores buscando un aspecto para los ojos”*.

<sup>156</sup> Exposición de motivos de la Ley 1799 de 2016. *“Consta en la inserción de un implante para mejorar el equilibrio de los rasgos faciales haciendo ver más prominentes los pómulos”*.

<sup>157</sup> Exposición de motivos de la Ley 1799 de 2016 *“Esta cirugía busca proyectar el mentón o reducirlo por medio de distintos procedimientos”*.

<sup>158</sup> Exposición de motivos de la Ley 1799 de 2016 *“Esta cirugía busca proyectar de mejor forma los labios superior e inferior, haciendo una incisión dentro de la boca y obligando a los tejidos a avanzar”*.

<sup>159</sup> Exposición de motivos de la Ley 1799 de 2016 *“El famoso lifting o estiramiento facial busca rejuvenecer el rostro reposicionando los tejidos faciales”*.

<sup>160</sup> Exposición de motivos de la Ley 1799 de 2016 *“Es el procedimiento destinado a remover el exceso de piel por efectos de la gravedad, el envejecimiento tano de la piel como del hueso”*.

<sup>161</sup> Exposición de motivos de la Ley 1799 de 2016 *“Cirugía en la que se remodela y reafirma el abdomen que también es conocida como dermolipsectomía circular o “body lifting” cuando remodela el contorno del tronco”*.

lipoesculturas. En cuanto a los procedimientos estéticos no invasivos reseña el botox, la carboxiterapia, la hidrolipólisis, las inyecciones de ácido hialurónico, la mesoterapia y la ultracavitación. Luego, presenta un capítulo sobre cómo la cirugía estética plantea grandes controversias para los menores de edad al interrumpir su crecimiento normal y natural para “*acelerar la aparición de características fisiológicas sexuales*”, y los riesgos médicos y psicológicos que se derivan de éstas.

70. A su vez, la exposición de motivos desarrolla tres ejes jurídicos en los que se sustenta la propuesta: (i) la salud; (ii) el libre desarrollo de la personalidad relacionado con la capacidad de consentimiento del menor; y (iii) el ejercicio responsable de la patria potestad. En cuanto a la salud, plantea que su prevalencia, entendida como el estado de completo bienestar físico, mental y social, lo cual justifica la prohibición. Más allá, dice que los procedimientos estéticos son límites razonables y justificados al derecho a la salud y se refiere al aparte de la **sentencia T-760 de 2008** que establece que ese tipo de procedimientos deben ser costeados por el interesado y no tienen cubrimiento por el sistema general de salud. Adicionalmente, justifica la prohibición en que el contenido del derecho es un concepto de carácter integral por lo que “*deben evitarse presiones sociales que puedan ir contra él, con el fin de garantizarlo*”. De otra parte, sitúa el marco legal del derecho a la salud en las normas éticas que regulan la medicina y la estética y las del sistema de salud general. Acerca de las primeras, hace referencia al deber médico de no exponer a pacientes a riesgos injustificados. Igualmente, refiere las normas que establecen que los tratamientos cosmetológicos en menores de edad deben estar precedidos de la autorización previa y escrita de los padres.

71. De otra parte, plantea que el marco constitucional del derecho al libre desarrollo de la personalidad requiere la capacidad de llevar juicios de valor acerca de opciones vitales, por lo que la capacidad está ligada al mencionado derecho. En dicho ámbito, dice que se deben respetar las capacidades evolutivas de los niños, niñas y adolescentes y su derecho a participar en decisiones trascendentales acerca de ellos mismos, pero también agrega que se da una prevalencia a la protección del consentimiento orientado hacia el futuro<sup>162</sup>. Así mismo, sitúa las medidas de la ley como del tipo que buscan desincentivar determinada conducta como la prohibición de expendio de licor a menores de edad o la anticoncepción quirúrgica para niños y considera ajustada la prohibición dentro de los límites razonables de la restricción del derecho, por tratarse de una medida de limitación temporal respecto de una intervención con consecuencias definitivas.

72. Por último, sobre el ejercicio de la patria potestad explica que los padres hoy en día permiten la sobresexualización de sus hijos mediante la alteración permanente de su apariencia. Por lo tanto, la norma crea un marco en el que se prohíben las operaciones, en su criterio, *innecesarias*, pero permite las

---

<sup>162</sup> Exposición de motivos de la Ley 1799 de 2016 “*Se constata una tendencia a proteger la decisión que mejor preserve la integridad de las condiciones físicas necesarias para que la persona que aún no cuenta con la autonomía suficiente para tomar decisiones sobre su propia vida y salud, pueda decidir cómo va a ejercer dicha autonomía en el futuro*”.

*necesarias* dentro de las excepciones, lo cual para el Legislador hace que coexistan el ejercicio de la patria potestad responsable y el ejercicio de la misma por fuera del mejor interés del menor. Finalmente, reseña la disposición del Código Civil acerca de la patria potestad y el artículo 14 del Código de la Infancia y la Adolescencia sobre la responsabilidad parental.

73. Ahora bien, a juicio de la Sala, un elemento que no se puede desconocer es **que aun cuando se trata de una norma que en principio parecería general, al involucrar como destinatarios de la prohibición tanto a niñas como a niños y adolescentes, las cirugías y procedimientos estéticos tienen un impacto mayor innegable en las mujeres.** Esto responde a que los estereotipos acerca de ciertos patrones de belleza y el valor social de la juventud están socialmente dirigidos en su mayoría a las mujeres.

Aun cuando no hay datos oficiales disponibles acerca del impacto de estos procedimientos en las niñas, sí hay evidencia acerca de su impacto en las mujeres. De acuerdo con la Sociedad Internacional de Cirugía Plástica y Estética, Colombia es el décimo primer país a nivel mundial en el que más se practican cirugías estéticas. Dicho organismo sostuvo que en el año 2015, se realizaron en promedio de 548.635 procedimientos estéticos, lo que equivale al 2.5% de las intervenciones estéticas a nivel mundial. Igualmente, sostuvo que las mujeres son quienes más se practican este tipo de cirugías, 18 millones (85.6%) y los hombres 3 millones (14.4%)<sup>163</sup>. Los procedimientos que más se realizaron fueron liposucción (51,623), aumento de senos (46,702), abdominoplastia (29,317), cirugía de párpados (27,959) y rinoplastia (24,852)<sup>164</sup>.

Asimismo, la presidenta de la Sociedad Colombiana de Cirugía Plástica y Estética, informó que en el año 2015 los hombres se realizaron el 20% de las operaciones estéticas, mientras que las mujeres son quienes más se realizan este tipo de intervenciones con un 80%. Además, Bogotá, Cali, Medellín y Barranquilla se presentan como las ciudades en las que se realizan con mayor frecuencia ese tipo de procedimientos<sup>165</sup>.

De igual manera, el Viceministro de Salud durante el debate de la ley informó que *“Colombia es el sexto país donde más procedimientos estéticos se hacen, Bogotá, Cali, Medellín son las tres ciudades de Colombia donde más se realizan cirugías estéticas, en su orden: lipoescultura, el aumento de senos y rinoplastia. La cifra anual de este tipo de intervenciones en el país, asciende a 420.955. De este número entre el 30% y 40% de los implantes de seno se hacen en niñas y jóvenes menores de 18 años”* (subrayado fuera del texto original)<sup>166</sup>.

<sup>163</sup> En línea: [https://www.isaps.org/Media/Default/global-statistics/ISAPSQuickFactsMS\\_V6%20\(1\).pdf](https://www.isaps.org/Media/Default/global-statistics/ISAPSQuickFactsMS_V6%20(1).pdf)

<sup>164</sup> En línea: <https://www.isaps.org/Media/Default/global-statistics/2016%20ISAPS%20Results.pdf>

<sup>165</sup> En línea: <http://www.ciplastica.com/ojs/index.php/rccp>

<sup>166</sup> Exposición de motivos de la Ley 1799 de 2016. Proyecto de ley 144 de 2015 en la Cámara y 149 en el Senado.

De otra parte, las excepciones a la prohibición incluyen las cirugías estéticas de nariz y orejas con fundamento en que en el caso de la nariz es posible realizarlo “*con seguridad*” para las mujeres a partir de los 15 años y para los hombres a partir de los 17 años. Mientras que la exposición de motivos indica que la cirugía de orejas se puede realizar desde los 7 años, cuando las orejas detienen su crecimiento. Así, la misma exposición de motivos de la ley se refiere principalmente a los implantes de senos, cirugías de glúteos y liposucciones o lipoesculturas. Las dos primeras, son evidentemente cirugías destinadas primordialmente para las mujeres y las últimas también pero de forma indirecta ya que no es evidente que el moldeo del cuerpo y retiro de la grasa solo lo hagan las mujeres. Sin embargo, las anteriores cifras muestran que la práctica de modificar el cuerpo, de poner implantes, de reducir o aumentar alguna parte del mismo, ha sido acogida prevalentemente por las mujeres.

De acuerdo con lo anterior, la cultura estética que define qué es hermoso y qué no está definida por patrones específicos de esbeltez, tamaño y forma del cuerpo y ha sido dirigida en mayor medida hacia las mujeres, por lo tanto cualquier regulación en ese ámbito también tiene un impacto mayor para ellas. Así pues, aunque la norma no afirme de manera explícita que las restricciones son para las mujeres, es evidente que las afecta más que a los hombres, pues son quienes acuden con mayor frecuencia a los centros de estética con el objetivo de practicarse este tipo de procedimientos y sobre quienes recaen más estereotipos de belleza por el cual se las valora socialmente.

### **El artículo 3° de la Ley 1799 de 2016**

74. En virtud de lo anterior, el artículo 3° que se revisa regula la prohibición de la realización de cirugías y procedimientos estéticos para menores de edad, aun con el consentimiento de los padres, que no se traten de cirugías de nariz y orejas, reconstructivas y/o iatrogénicas de otras cirugías, peelings químicos y mecánicos superficiales, depilación laser ni cirugías “*motivadas por patologías físicas o psicológicas debidamente acreditadas por los respectivos profesionales de la salud*”. Es decir, principalmente, los procedimientos prohibidos son los implantes de senos, glúteos, las liposucciones y el uso del Botox, aunque no son los únicos. Este tipo de intervenciones, como cirugías plásticas, estéticas o para el embellecimiento fueron definidas en la Resolución 06408 de 2016 del Ministerio de Salud y Protección Social como el “*procedimiento quirúrgico que se realiza con el fin de mejorar o modificar la apariencia o el aspecto del paciente sin efectos funcionales u orgánicos*”<sup>167</sup>.

75. Como se advirtió, aun cuando los destinatarios de esta medida cubren a todos los menores de edad, es indudable que la prohibición tiene un impacto diferenciado para las niñas. Por ende, específicamente, se trata de una limitación en el ejercicio de la autonomía de los menores de edad, con prevalencia en las mujeres, respecto de la toma de decisiones acerca del

---

<sup>167</sup> Artículo 7.

cuerpo y de la apariencia. De otra parte, es una restricción temporal al fijarse el límite en los 18 años. Se debe notar que la prohibición no hace ninguna distinción en el acceso a los procedimientos en relación con la edad diferente al tope. Es decir, no toma en cuenta criterios como la capacidad relativa o las capacidades evolutivas de los niños, niñas y adolescentes.

En este escenario, la Sala advierte que la prohibición de la realización de ciertas cirugías y procedimientos estéticos cuando desborda la necesidad de salud o no se trate de cirugías de nariz u orejas y las otras excepciones, **está dirigida principalmente a restringir las decisiones de las niñas acerca de su apariencia**. Al tratarse de una medida que coarta la autonomía de la voluntad e impone una visión acerca de lo “bueno” y lo “malo” en relación con las intervenciones en el cuerpo y las razones que lo justifican, es una medida **paternalista de género**. **Lo anterior, pues es indudable que la misma** prohíbe una conducta “moralmente” indeseada e interfiere con la decisión acerca del cuerpo primordialmente de las mujeres, así lo haga de forma temporal.

76. Como se advirtió, para que una medida de tipo paternalista que restringe los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la intimidad, sea admisible **debe superar un juicio de proporcionalidad y razonabilidad estricto**. Es decir, la restricción debe: (i) perseguir un fin constitucionalmente imperioso; (ii) constituir un medio idóneo para alcanzarlo; (iii) ser necesaria, por no existir otro medio menos lesivo con igual o similar eficacia para alcanzar el fin propuesto; y (iv) debe existir una proporcionalidad estricta entre los costos y los beneficios constitucionales que se obtienen con la aplicación de la medida.

### **Análisis de las finalidades**

77. Las medidas paternalistas en estricto sentido buscan asegurar el “mejor” interés de las personas mediante la interferencia de su autonomía, al prevenir las de hacer algo u obligarlas coactivamente a no hacer algo con el objetivo de producir un bien mayor o la salvaguarda de un interés específico. En este caso esos intereses son: (i) proteger la formación física y mental de los niños, niñas y adolescentes mediante la eliminación de un riesgo *innecesario para la salud*, al tratarse de intervenciones invasivas, con efectos a largo plazo que pueden tener consecuencias posteriores como la necesidad de otro tipo de cirugías o problemas en la lactancia<sup>168</sup>; (ii) prevenir la *sobresexualización* de las niñas<sup>169</sup>; (iii) evitar prácticas antiéticas por parte de algunos médicos que

---

<sup>168</sup> Exposición de motivos Ley 1799 de 2016. “Estos procedimientos pueden generar consecuencias irreversibles, que alteran decisión de la vida como el ejercicio pleno de la maternidad, o condiciones de salud que obligan al sometimiento a más procedimientos quirúrgicos, riesgos que los jóvenes no pueden prever por el momento de formación en el que se encuentran, y que no se justifican bajo el ejercicio de una patria potestad responsable”.

<sup>169</sup> Exposición de motivos Ley 1799 de 2016 “Y especialmente, se puede reducir la sobresexualización de los menores de edad, dejando a los procesos naturales de crecimiento los cambios biológicos necesarios para adquirir pareja” (...) “Como se ha dicho previamente, no existe un motivo responsable y válido para que un padre de familia desee que su hijo o hija se sobresexualice por medio de un procedimiento peligroso, o altere su apariencia de forma permanente”.

realizan estas intervenciones; y (iv) combatir estereotipos de belleza física que instrumentalizan el cuerpo de la mujer.

78. De las anteriores finalidades se deben resaltar varias cosas. En primer lugar, en virtud del artículo 44 de la Constitución y el principio de beneficencia el fundamento acerca de la protección de la salud y del bienestar físico y mental de los niños, niñas y adolescentes durante su desarrollo es un fin imperativo Constitucional. Sin embargo, es preciso verificar el alcance de estas justificaciones. Lo anterior, ya que en general todas las intervenciones médicas, sean en mayores o menores de edad suponen riesgos para la salud. A su vez, porque cuando se trata de restricciones en el consentimiento informado y en general cuando el fundamento de una limitación es el menoscabo de la salud, ésta deba fundarse en evidencias científicas<sup>170</sup>.

Así, la exposición de motivos indica que los riesgos del procedimiento dependen de *su tipo y del paciente* pero se trata de aquellos que se desprenden de **cualquier cirugía**: “*la anestesia (reacciones, paros, etc), y [...] (sangrado, hematomas, infecciones, etc)*”. Luego, no se demuestra que necesariamente se produzca un menoscabo en la salud o que en estricto sentido exista un mayor riesgo en este tipo de procedimientos respecto de cualquier otro tipo de intervención quirúrgica. Así pues, el aspecto central de la restricción está en la motivación de la misma, es decir, **cuando no es justificado correr un riesgo para la salud**.

En esta línea, la Sala resalta que es válido sostener que se trata de eliminar un riesgo *general* atado a la anestesia, el sangrado, los hematomas y las infecciones, entre otros, pese a ello no se entiende por qué sí es admisible asumirlo en las operaciones de nariz y de orejas, mientras que no lo es en las de senos y glúteos o las liposucciones. En la misma medida, por qué las consideraciones estéticas de las primeras intervenciones sí son aceptables, mas no las de las segundas.

Una respuesta al primer interrogante puede estar atada a que la exposición de motivos señala que la nariz y las orejas completan su desarrollo a una edad más temprana que otros órganos. En el caso de la nariz es a los 14 años para las mujeres y a los 17 años para los hombres, mientras que para las orejas indica que el desarrollo culmina a los 7 años de edad. No obstante, lo anterior no elimina los riesgos trazados como “*normales de cualquier intervención*” y la excepción no tiene en cuenta esas edades. Por otro lado, la exposición de motivos dice que el desarrollo de los senos comienza a los 12 años de edad y “*continúan desarrollándose de los 21 hasta los 24 años*”. Luego, si la

---

<sup>170</sup> Anand Grover, Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental a la Asamblea General de Naciones Unidas, A/64/272, 10 de agosto de 2009, párrs 30-34: “31. *El enfoque de la salud pública basado en los derechos requiere que en toda restricción impuesta se preste la mayor atención a un proceso continuo de asesoramiento, prueba y tratamiento en el marco de un entorno de salud óptimo. Toda limitación del consentimiento informado debe fundamentarse con evidencias científicas y aplicarse con participación, transparencia y rendición de cuentas observando los principios del gradualismo y la proporcionalidad*”.

consideración está en el desarrollo ¿por qué la medida no proscribe las operaciones de senos hasta los 24 años de edad? Además, ninguna de estas justificaciones desvirtúa que los motivos estéticos y las operaciones de nariz y orejas sean válidos y en las otras no.

Por ende, aun cuando se admita que la protección de la salud de los niños, niñas y adolescentes hace parte de la motivación de la restricción, en realidad, la misma está atada a establecer si se justifica o no asumir o no un riesgo para la salud. Es decir, la prohibición interviene en la decisión de un individuo sobre el riesgo que éste desea adoptar para modificar su imagen y restringe los eventos en los cuales puede hacerlo.

La norma asume que no es justificado tomar un riesgo cuando no se trate de una intervención que busque “curar” una patología (con excepción de los casos de la nariz y las orejas y los otros casos del artículo 4°). Así, la premisa de la cual parte es que no es admisible asumir un riesgo para la salud cuando se motive en cambiar la apariencia porque se considera un cambio innecesario. Luego, el criterio de necesidad impone una valoración que excluye la autonomía de los menores de edad, especialmente la de las mujeres sobre quienes recae principalmente la medida.

Al margen de lo anterior, es indudable que este tipo de intervenciones sí suponen un riesgo innecesario para la salud en tanto su motivación no se desprende de una patología que deba ser curada. En consecuencia, esta finalidad sí persigue un fin constitucionalmente imperioso: el cuidado y la protección de la salud y el desarrollo de los niños, las niñas y los adolescentes.

79. En segundo lugar, la siguiente finalidad: la prevención de la *sobresexualización* (principalmente de las mujeres) se trata de una consideración preeminentemente moral, al establecer una visión relativa de lo “bueno” y lo “malo” en el campo de la sexualidad. De un lado, parte de un parámetro subjetivo: la *sobresexualización*, pues no es posible saber qué es lo *sobresexualizado* y qué es una sexualidad estándar, es decir, cuando se supera el parámetro sexual “normal” y se está en el campo de la *sobresexualización*. Lo anterior, pues la sexualidad es un asunto que hace parte de la intimidad y autonomía de las personas que no tiene un rasero objetivo.

De otro lado, impone una perspectiva perfeccionista en tanto prohíbe la modificación del cuerpo para prevenir formas que puedan considerarse “más atractivas” y atadas a mayor actividad sexual o a ser “más” sexual. Así, la prohibición ejerce un “control” sobre el cuerpo de las mujeres, al negarles la posibilidad de asumir un riesgo para la salud porque está justificado en la manera como se quieren ver, de acuerdo con su visión del mundo. En consecuencia, esta finalidad califica una decisión de la propia apariencia como innecesaria e indeseable con fundamento en criterios morales y subjetivos; y establece un modelo particular de cómo las niñas no se pueden ver antes de los 18 años.

Así pues, el fundamento de esta finalidad presupone dos situaciones. La primera, es que la modificación del cuerpo de las menores de edad les permitirá tener una mayor exposición a la sexualidad, es decir, que su cuerpo como un símbolo del culto sexual es un mecanismo que permite aumentar su sexualidad. La segunda, alude a que el ejercicio de la sexualidad de las mujeres menores de edad es malo o prohibido. Ninguna de esas dos premisas es cierta categóricamente.

El ejercicio de la sexualidad de los menores de edad es una realidad que no está ligada al tamaño de los senos de una niña o a las características del cuerpo de un individuo. El marco constitucional vigente establece que los menores de edad son titulares de los derechos sexuales y reproductivos y en esa medida el Estado tiene el deber de otorgarles las herramientas necesarias, mediante servicios educativos y de salud, para que puedan ejercer o no una sexualidad responsable bajo los presupuestos del consentimiento y del conocimiento acerca de sus riesgos. Así, la prohibición del cambio de apariencia no desestimula la sexualidad y ese acercamiento no persigue un fin constitucionalmente legítimo. Primero, porque no existe una correlación entre lo uno y lo otro y, segundo, porque los deberes del Estado en el ámbito de la sexualidad incluyen la protección de los derechos sexuales y reproductivos de los menores de edad, especialmente en relación con la garantía de educación sexual y la provisión de servicios de salud en materia reproductiva. Esto implica que el Estado no puede acercarse a la sexualidad de los jóvenes como un problema en sí mismo, sino que le corresponde asegurar un marco en el cual éstos toman decisiones informadas y responsables acerca de su ejercicio.

En suma, la segunda finalidad no comprende un fin constitucionalmente imperioso. Todo lo contrario, desconoce la autonomía de las mujeres y de las niñas en relación con su cuerpo y las decisiones acerca del mismo.

80. En cuanto a la tercera finalidad: prevenir el ejercicio de la profesión médica de forma antiética, al regular el ámbito de la responsabilidad médica y cosmetológica puede constituir un fin constitucionalmente importante, más no imperioso. El campo de la ética médica necesariamente se encuentra relacionado con los derechos fundamentales, ya que la naturaleza de esa profesión hace que tenga una interacción constante con el ámbito más íntimo de las personas, el funcionamiento de su cuerpo y de su mente, es decir, su salud, lo cual la hace importante en términos constitucionales. No obstante, la regulación de la ética médica opera en el ámbito de los valores o principios que deben guiar una profesión y parte de la buena fe de los profesionales. En esa medida, principalmente regula conflictos del ejercicio de la profesión en el campo de la moral. Luego, no se trata de un área que la jurisprudencia haya ubicado como imperiosa.

Adicionalmente, la determinación de lo ético muchas veces está atada a cuestiones médicas y tecnológicas. Como la misma exposición de motivos de la norma lo indica, la Ley 23 de 1981 en su artículo 15 establece que los profesionales de la salud no pueden exponer a su paciente a “*riesgos injustificados*”. A su vez, el Decreto 3380 de 1981 define en su artículo 9°

estos riesgos como aquellos que “no correspondan a las condiciones clínico-patológicas del mismo”. El artículo 6° de la Ley 711 de 2001, establece la misma prohibición en relación con la profesión cosmetológica. Así, la determinación de qué es justificado o no depende de la valoración médica.

En este caso, para sustentar que la prohibición de cirugías y procedimientos estéticos evita el menoscabo de la salud de los niños, niñas y adolescentes como un asunto ético, se debería demostrar que las intervenciones estéticas intrínsecamente van en contra de su salud. No obstante, la misma exposición de motivos de la normativa indica que las cirugías y procedimientos estéticos conllevan los riesgos de cualquier operación y además las permite en muchos casos. Luego, como se dijo, se trata de una valoración de riesgos que está sujeta a la condición de cada paciente y al tipo de intervención. En este sentido, estos procedimientos y cirugías involucran márgenes de acción atados al correcto ejercicio de la profesión, del cual se debe predicar la buena fe. Así, no se puede afirmar categóricamente que esas intervenciones atentan contra la salud de los niños, las niñas y los adolescentes aunque sí puedan suponer riesgos innecesarios desde la óptica de la salud, lo cual haga que esta finalidad escape el campo de la ética para versar exclusivamente sobre la protección de la salud de los menores de edad, caso en el cual se volvería un fin constitucionalmente imperioso.

Consecuentemente, aun cuando esta finalidad plantea un fin constitucionalmente importante al involucrar derechos fundamentales, no se trata de un fin imperioso y no supera este paso del juicio.

81. Por último, no es posible dejar de lado que existe una cuarta finalidad que la exposición de motivos sólo advierte tangencialmente al referirse a los modelos de belleza. Se trata de la **eliminación de estereotipos negativos mediante el desincentivo de la adecuación a prototipos de belleza específicos**, particularmente en cuanto al peso y al tamaño y forma de los senos y glúteos<sup>171</sup>. Tampoco es posible desconocer que estos estereotipos se encuentran afincados en la cultura y en la sociedad y tienen un impacto principalmente en las mujeres. En este ámbito, es preciso reconocer también que la eliminación de los estereotipos de género es un fin constitucionalmente imperioso, toda vez que involucra el ejercicio de los derechos de las mujeres sin discriminación, en un contexto en donde éstas han sido sujetas a tratos injustificados a partir de preconceptos sobre su rol y valor en la sociedad.

Así, tanto el artículo 13 de la Constitución como la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de

---

<sup>171</sup> Sentencia C-754 de 2015 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. “Un estereotipo se refiere a la determinación de un molde como una referencia a la identidad de alguien, que cuando se traduce en un prejuicio adquiere una connotación negativa y tiene el efecto de la discriminación. La asignación de estereotipos muchas veces responde a la categorización de las personas en la sociedad, por pertenecer a un grupo particular, lo cual puede generar desventajas que tengan un impacto en el ejercicio de derechos fundamentales. Los estereotipos han sido definidos como una preconcepción sobre los atributos o las características de los miembros de un grupo particular, o sobre los roles que éstos deben cumplir. En este sentido, los estereotipos presumen que todos los miembros de un grupo tienen unas características o cumplen unos roles precisos, y por lo tanto cuando se valora a una persona que pertenezca al grupo se presume que ésta actuará de conformidad con dichas preconcepciones, o que es su deber hacerlo”.

Naciones Unidas (CEDAW) imponen el deber de eliminar los estereotipos de género. En este sentido, la proscripción de estos estereotipos responde al deber del Estado de adoptar medidas para que la igualdad sea real y efectiva y particularmente en el caso de las mujeres para que estas puedan participar en la sociedad como ciudadanas en las mismas condiciones que los demás miembros. En este tipo de situaciones se viola el derecho a la igualdad. Más allá, las disposiciones que integran el bloque de constitucionalidad imponen un deber positivo al Estado de adoptar medidas para eliminar patrones culturales y sociales que imponen barreras para el pleno ejercicio de la ciudadanía. Así pues, la adopción de medidas que busquen cambiar visiones de belleza particulares por las que se “mide” a las mujeres y su valor social, se encuentran alineadas con obligaciones internacionales para el Estado colombiano y constituyen un fin imperioso constitucional.

82. En conclusión, la medida tiene un carácter paternalista de género que impone una restricción a la autodeterminación sobre el cuerpo preeminentemente de las mujeres con fundamento en que es injustificado asumir riesgos innecesarios medicamente. Sin embargo, convergen al menos dos objetivos constitucionalmente imperiosos: (i) el cuidado de la salud de los menores de edad (principalmente las niñas) y de su desarrollo físico y mental; y (ii) la eliminación de estereotipos de género que imponen prototipos de belleza primordialmente para las mujeres.

### **Análisis de la adecuación**

83. El segundo paso del juicio de proporcionalidad es determinar si la medida es adecuada a los fines propuestos. La primera finalidad constitucionalmente imperiosa está compuesta de dos aspectos: (i) la protección de la salud en general; y (ii) la protección del desarrollo físico y mental de los niños, las niñas y los adolescentes. Así, el Legislador busca que la prohibición de cirugías y procedimientos estéticos disminuya los riesgos para la salud que se derivan de la anestesia y de cualquier cirugía en general, al evitar que los menores de edad se sometan a este tipo de procedimientos. Igualmente, busca que no se interfiera con el desarrollo del cuerpo y fija la edad de 18 años como el momento en que culmina ese desarrollo.

Entonces, si se admite que los procedimientos estéticos en niños, niñas y adolescentes los someten a riesgos innecesarios, la medida se adecua a la finalidad. Lo anterior, pues al eliminar de las posibilidades el procedimiento efectivamente se protege a los menores de edad de una situación que puede tener implicaciones en su salud. En cuanto a la protección del desarrollo físico y mental, la efectividad de esa protección dependerá del momento en el cual la parte del cuerpo que se quiere intervenir completa su desarrollo y si su intervención supone un riesgo adicional, lo cual es un asunto sujeto a la valoración médica. Luego, en este segundo aspecto la finalidad sólo será efectiva de acuerdo con valoraciones médicas en cada caso particular. No obstante, de manera general sí se puede afirmar que la prohibición protege la salud de los menores de edad, lo cual hace la medida adecuada a la finalidad.

En este punto, es relevante traer a colación el argumento presentado por el Ministerio de Salud y Protección Social que aduce que la medida no es efectiva, pues lo que hace es generar un mercado negro para este tipo de servicios, donde por su clandestinidad sería más difícil controlar y supervisar las intervenciones que se realizan y, por lo tanto, su prohibición supone un mayor riesgo para los niños, niñas y adolescentes. No obstante lo anterior, el argumento parte de la omisión de vigilancia y control que el Estado debe ejercer sobre los médicos y cosmetólogos. Sin embargo, es plausible pensar que en aquellos casos en los que se interfiere con la autonomía de la voluntad de las personas la prohibición no necesariamente será efectiva, como por ejemplo sucede en el caso de las drogas ilegales que se surten mediante un mercado al margen de la ley.

En conclusión, la medida es adecuada para la protección de los niños, niñas y adolescentes de riesgos a su salud innecesarios y en general respecto de la interferencia con su desarrollo, aun cuando en el último caso se trate de valoraciones particulares. Y es efectivamente conducente pero se debe reconocer que de las prohibiciones emergen mercados ilegales y las autoridades pertinentes están en la obligación de vigilarlos y erradicarlos.

84. No sucede lo mismo, con la segunda de las finalidades constitucionalmente imperiosas: la eliminación de estereotipos de género negativos que imponen ciertos modelos de belleza dirigidos exclusivamente para las mujeres. Como se advirtió, este tipo de estereotipos se desprenden de las construcciones sociales y culturales de la belleza, luego la prohibición de realizar este tipo de intervenciones para que las mujeres adecuen su cuerpo a ese parámetro no va a desaparecer con la prohibición temporal para acceder a estos cambios. Lo único que hace es posponerla y no ataca el centro del problema.

Los prototipos de belleza se encuentran en los “ídolos” sociales, en los medios de comunicación, en los anuncios que venden ropa, en las muñecas con las que juegan las niñas, en el reproche social del cuerpo que no se ajusta a tallas pequeñas, en la discriminación de las personas que tienen una talla grande. Es decir, en un sin número de manifestaciones sociales y culturales que además asocian el valor de la mujer a una belleza con características particulares.

En este sentido, las medidas que contribuyen realmente a eliminar los estereotipos son la educación en el respeto por la mujer y el fomento de condiciones de igualdad. La educación que disocia el valor de las mujeres de sus características físicas, que admite y admira la diferencia, al igual que cualidades como las deportivas e intelectuales y las impulsa es fundamental para avanzar en la eliminación de estereotipos negativos. En el mismo sentido, la promoción de condiciones de igualdad en las cuales no existe un rol determinado para una persona y especialmente para las mujeres, sino que se brindan las oportunidades para surgir y desarrollarse en cualquier campo es igualmente fundamental para avanzar en ese sentido.

Por ende, es claro que la medida no logra el fin propuesto y la misma no es adecuada para alcanzarlo y no supera este paso del juicio.

### **Análisis de la necesidad**

85. En cuanto a la necesidad de la medida, ésta sí cumple con el criterio en relación con la única finalidad que ha superado el juicio hasta este paso: la protección de la salud y el desarrollo de los niños, niñas y adolescentes mediante la eliminación de riesgos innecesarios. Si partimos de que los únicos riesgos para la salud que menores de edad deben correr son aquellos ligados a la salud, las intervenciones estéticas no pueden permitirse. Así pues, es lógico concluir que la medida es necesaria. Es decir, que no existe otra forma de evitar que se sometan a ese tipo de riesgos sino la de la prohibición.

86. En este escenario, bajo la premisa de que la salud de los menores se debe cuidar de riesgos injustificados y las cirugías estéticas al escapar el ámbito de la salud física suponen un riesgo innecesario, cualquier intervención o procedimiento de esa naturaleza iría en contra de la salud de los niños, niñas y adolescentes. Luego, no hay otra forma de cumplir este fin, sino la de restringir ese tipo de intervenciones en menores de 18 años de edad.

### **Análisis de proporcionalidad en sentido estricto**

87. En este paso lo que la Corte debe definir es si el beneficio que se obtiene con la protección de riesgos innecesarios para la salud de los menores de edad es proporcionado respecto del sacrificio de su libertad para autodefinirse mediante el cambio de su apariencia y en relación con el derecho a la intimidad en la familia.

88. En primer lugar, la Sala destaca que la intromisión del Estado en la decisión de disposición sobre el cuerpo, particularmente de las mujeres, es una de las medidas más invasivas de la autonomía que, *prima facie*, es contraria al artículo 16 de la Constitución. Así, hay que revisar *primero* el beneficio que se obtiene con la medida, para en *segundo* lugar abordar qué es lo que ésta sacrifica en términos constitucionales.

89. Como se advirtió, los riesgos para la salud en este tipo de intervenciones no son diferentes a los de cualquier otro procedimiento quirúrgico, lo cual hace que esas intervenciones no sean intrínsecamente dañinas. Este matiz permite un margen de valoración médica que responde al tipo de procedimiento y a las condiciones del paciente. En esa medida, la decisión acerca de los riesgos que se quieran o no asumir juega un papel central en la valoración de los costos y los beneficios de la medida. De esta forma, el sustento de la protección se sostiene en que es injustificable que las niñas asuman un riesgo de salud para cambiar su apariencia, en parte porque aquello lleva a su *sobresexualización*. Las decisiones sobre lo que se quiera o no asumir como un riesgo para la salud, inclusive para los niños, niñas y adolescentes, no pueden anular categóricamente la autonomía de la voluntad, especialmente cuando no se involucran derechos o intereses de terceros.

No obstante lo anterior, es cierto que las cirugías y procedimientos estéticos suponen la posibilidad de un riesgo innecesario para la salud. Sin embargo, se debe reiterar que se trata de un riesgo que será mayor o menor de acuerdo con las características individuales de la persona y la intervención, lo cual debe responder a una valoración médica, pero no se trata de una situación que efectivamente siempre vaya a generar un daño.

En estos términos, cabe preguntarse si ¿en todos los casos la protección de la salud de un riesgo que no es cierto y que debe ser evaluado en cada caso prevalece por encima de la autonomía de la voluntad de los niños, niñas y adolescentes?

90. En este punto se debe reiterar que la regla general acerca de las medidas paternalistas es que no son admisibles aquellas que parten de la imposición de un modelo de vida que se vea como “bueno” por sacrificar de forma irrazonable la autonomía personal de los individuos, quienes tienen derecho a asumir de manera auto responsable ciertos riesgos. Para la Sala, la restricción que se impone al derecho a la autodeterminación de los menores de edad y preeminentemente de las niñas en todos los casos es desproporcionada. Lo anterior, porque desconoce las reglas sentadas por la jurisprudencia constitucional y la disminución de riesgos para la salud no es un beneficio claramente garantizado frente al sacrificio de las decisiones sobre el propio cuerpo. Veámos.

91. Las reglas jurisprudenciales reiteradas en los fundamentos 17 al 45 de esta providencia establecen que:

- (i) El Estado tiene una obligación de no interferencia en la autodeterminación de las personas, inclusive los niños, niñas y adolescentes, en relación con su proyecto de vida e identidad personal ligada a la apariencia y al cuerpo<sup>172</sup>. Un ejemplo de esta regla es el derecho fundamental a la terminación legal del embarazo, lo cual puede suponer el ejercicio de la autonomía a una temprana edad, inclusive sin atención a las capacidades evolutivas.
- (ii) En procedimientos médicos invasivos, con efectos permanentes y que impactan fuertemente el presente y futuro de los niños, niñas y adolescentes siempre se debe tener en cuenta la opinión de los menores de edad, la cual además debe respetarse en el contexto de las capacidades evolutivas y el consentimiento informado. Esta última regla se ha aplicado, por ejemplo, en la escogencia de un sexo u otro en casos de personas intersexuales, en edades tan tempranas como los ocho años.

---

<sup>172</sup> Sentencia T -447 de 1995 M.P. Alejandro Martínez Caballero. “La Sala consideró fundamental advertir que (i) los padres no están autorizados para cambiar el sexo de los niños o de las niñas, con base en que el sexo constituye un elemento inmodificable de la identidad, y sólo la persona, con pleno conocimiento y debidamente informada puede consentir su readecuación; (ii) los niños y las niñas también son titulares del derecho a la identidad”.

En los casos mencionados se impone la decisión de los menores de edad en situaciones que comprometen de forma radical su proyecto de vida y su identidad personal, al tratarse de decisiones que no tienen retroceso. Por ejemplo, desde la **sentencia T-477 de 1995**<sup>173</sup> esta Corte ha afirmado que no es posible para los padres cambiar el sexo de sus hijos por tratarse de un elemento de la identidad y de un derecho del cual también son titulares estos sujetos. En ese fallo, este Tribunal revisó un caso en el cual los padres de un niño decidieron reasignarle el sexo a muy temprana edad porque un perro lo había mordido y le había deprendido el pene. El menor de edad, no se identificaba con el nuevo sexo que le habían asignado. Así, la Corte consideró que el respeto de la identidad humana como parte de la dignidad siempre hace parte del mejor interés del menor de edad. Por lo tanto, ordenó al ICBF que se le realizara el tratamiento integral para la reasignación de sexo, previo consentimiento informado.

A su vez, en la **sentencia T-622 de 2014**<sup>174</sup> la Corte revisó el caso de un niño de 12 años solicitaba ante su EPS la asignación sexual masculina, con la cual decía identificarse desde los seis años. Esta Corporación aunque tuteló el derecho del menor de edad a la intimidad no ordenó la realización de la cirugía porque consideró que *“el proceso diagnóstico y el tratamiento médico con Pablo, además de ser lentos, no [...] ha cumplido con los criterios necesarios para garantizar un consentimiento informado, persistente y cualificado acorde con la edad del niño tutelante y el desarrollo que ha tenido en su situación intersexual por 12 años”*. Para llegar a esa conclusión, la Corte primero, reiteró la línea sentada por la **sentencia SU-337 de 1999**<sup>175</sup> en la que se estableció como regla general que en los casos de ambigüedad sexual *“es el menor de edad quien debe decidir si se realiza o no la operación de asignación de sexo y todo lo que ello implica, en virtud del respeto de sus derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la identidad sexual y a la autonomía personal”*<sup>176</sup>. Y en segundo lugar, reiteró la regla según la cual para los casos de ambigüedad sexual de menores de cinco años de edad que no han superado el umbral crítico de la identidad de género se permite el consentimiento sustituto, siempre que se verifique el *“consentimiento informado cualificado y persistente”*<sup>177</sup> de los padres.

De otra parte, en la **sentencia T-552 de 2013**<sup>178</sup> la Corte tuteló los derechos fundamentales a la salud, a la identidad sexual y de género, y al libre

---

<sup>173</sup> M.P. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>174</sup> M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

<sup>175</sup> M.P. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>176</sup> Sentencia T-622 de 2014 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. En el mismo sentido sentencia T-1025 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>177</sup> sentencia T-912 de 2008 M.P. Jaime Córdoba Triviño; sentencia T-1021 de 2003 M.P. Jaime Córdoba Triviño; sentencia T-1390 de 2000 M.P. Alejandro Martínez Caballero Sentencia T-692 de 1999 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

<sup>178</sup> M.P. María Victoria Calle Correa.

desarrollo de la personalidad de un menor de 17 años<sup>179</sup> que solicitaba una cirugía de reafirmación sexual, ya que consideraba que sus órganos reproductivos femeninos no correspondían con su identidad de género masculina. Esta Corporación verificó que no existía ningún elemento que invalidara el consentimiento del tutelante porque “(i) [el menor de edad] *ha manifestado de manera seria y reiterada su voluntad de someterse al procedimiento de reafirmación sexual quirúrgica; (ii) tal decisión ha sido el resultado de un proceso de afirmación de identidad masculina que viene de larga data; (iii) su madre ha acompañado y apoyado a Charlie Santiago en este proceso, como muestra de respeto por su decisión y por entender que de esta manera contribuye a proteger el interés superior de su hijo menor; (iv) además, este joven ha contado con acompañamiento de un equipo, lo que le ha permitido adoptar una decisión informada sobre las consecuencias del tratamiento que se dispone a afrontar y que además garantiza la existencia de conceptos profesionales sobre las condiciones bajo las cuales dichas intervenciones deben ser practicadas para efectos de no poner en riesgo la salud física y síquica del menor*”.

En consecuencia, este Tribunal ordenó a la EPS del accionante que hiciera una justificación médica de todos los procedimientos que requería: “*masectomía, histerectomía y ooforectomía, y de reconstrucción del pene, uretra y escroto*” para continuar con la autorización de esos servicios. En la decisión, este Tribunal aplicó las reglas sentadas por la **sentencia SU-337 de 1999** sobre la materia, al verificar que existían las capacidades evolutivas para adoptar esa decisión de acuerdo con los criterios del consentimiento informado<sup>180</sup>.

92. Así pues, las anteriores decisiones evidencian una variedad de casos en los cuales se muestra que las capacidades evolutivas de los niños, niñas y adolescentes les permiten adoptar decisiones definitivas para su identidad, sin que lo anterior esté necesariamente ligado a la edad, **sino a las características del paciente, al desarrollo de la voluntad reflexiva, a la información que ha recibido y al tipo del procedimiento**. No obstante, en todas las decisiones se ha buscado un balance entre la protección de la autonomía de los menores de edad y el principio de beneficencia, que busca garantizar su integridad y su interés superior.

En este contexto, es preciso enfatizar que existe un proceso de crecimiento natural del cuerpo como un criterio médico esencial en la adopción de decisiones acerca de intervenciones estéticas y su viabilidad. Por ejemplo, la modificación de los senos de una niña de diez años no tiene un fundamento, pues el desarrollo de esos órganos ni siquiera ha comenzado. De otra parte, cabe advertir que las intervenciones estéticas no siempre son definitivas, aunque para retrotraer algunas de estas sea necesario someterse a otras

<sup>179</sup> Se debe advertir que la Corte se pronunció sobre ese asunto porque el tutelante era menor de edad cuando interpuso la acción de tutela, pero al momento de la decisión ya había cumplido la mayoría de edad.

<sup>180</sup> “*En conclusión, en el presente caso no existe ningún elemento de juicio que permita a esta Sala afirmar que se presenta una tensión entre el principio de autonomía, en virtud del cual debe respetarse el consentimiento de Charlie Santiago, y el de beneficencia, que ordena adoptar aquella decisión que no ponga en riesgo su integridad y sea la más adecuada para garantizar el interés superior de este menor*”.

intervenciones que también suponen un riesgo. Por lo tanto, los criterios mencionados acerca de la evaluación en cada caso de todas las condiciones son determinantes para este tipo de intervenciones.

Consecuentemente, en tanto las decisiones de carácter estético tienen un menor grado de impacto en la autonomía futura que las ligadas a la identidad sexual, aunque pueden ser igualmente determinantes para la identidad individual, se debe permitir la participación de los niños, las niñas y los adolescentes, al tenor de los parámetros constitucionales vigentes.

93. Como lo ha establecido la jurisprudencia, **la opinión de los niños, niñas y adolescentes debe ser tomada en cuenta en las intervenciones sanitarias, especialmente en aquellas que involucren su cuerpo y aspectos esenciales de su identidad personal.** Así pues, aunque efectivamente, este tipo de procedimientos suponen riesgos, **los menores de edad deben poder ser escuchados acerca de si quieren o no asumir esos riesgos, de acuerdo con sus capacidades evolutivas.** Esto no implica que la opinión de los menores de edad tenga una prevalencia sobre el criterio médico que analice la situación concreta, de acuerdo con la paciente, su desarrollo, sus necesidades y por supuesto los riesgos para la salud que involucra una cirugía o modificación del cuerpo. Así, la Corte no puede admitir **que en temas tan centrales como la autodefinición de la identidad, aun cuando sea a partir de un carácter estético, no se escuchen a las niñas, ni estas puedan participar de esa decisión, especialmente cuando los riesgos para la salud se determinan medicamente en cada caso.**

Por lo tanto, no es posible sacrificar la regla general acerca del ejercicio de la autonomía de los menores de edad en relación con las intervenciones de la salud, ya que si bien ésta no es una medida para combatir la enfermedad, si implica la salud de las niñas pero sobre todo el ejercicio de su autonomía de acuerdo con sus capacidades evolutivas. Entonces, el beneficio de la protección de la salud de riesgos innecesarios pero sujetos a la valoración médica no supera el costo de anular la autodeterminación de los niños, niñas y adolescentes en un aspecto tan íntimo como el cuerpo. Así, se debe respetar la participación de los menores de edad en estas decisiones en atención a sus capacidades evolutivas, para lo cual se debe evaluar: (i) la urgencia e importancia del tratamiento para sus intereses; (ii) los riesgos y la intensidad del impacto del tratamiento sobre la autonomía actual y futura del niño; y (iii) su edad. El conjunto de estos factores determinan el mayor o menor grado de participación en la decisión.

94. Como se advirtió, el derecho al libre desarrollo de la personalidad establece que la determinación acerca de un aspecto central para la identidad personal como la apariencia desde lo estético, en general, **debe estar mediada por la participación de los menores de edad. No obstante, los intereses que envuelve una determinación de esta naturaleza exigen que en este caso su participación en la decisión tenga un carácter prevalente en razón al respeto de su identidad.** Entonces, en los eventos en que el niño o la niña no pueda otorgar su consentimiento o participar de la decisión en tanto no haya

desarrollado las capacidades evolutivas que evidencien una voluntad reflexiva acerca de su apariencia, pero especialmente la capacidad de entender los riesgos para la salud que se desprenden de una intervención **quirúrgica, tampoco es admisible que prime el consentimiento sustituto de los padres y se puedan realizar ese tipo de intervenciones.** La capacidad de autodeterminación del menor y de adoptar decisiones reflexivas, aun sin haber cumplido la mayoría de edad, sí es determinante para la protección de sus intereses.

La modificación del cuerpo mediante una intervención quirúrgica requiere la capacidad de autodefinición, esto es, determinar, independientemente del motivo de la decisión y aun cuando esté mediada por estereotipos de belleza particulares, que como individuo quiere proyectarse dentro del ejercicio de su construcción de la identidad personal, lo cual no está necesariamente ligado a la mayoría de edad pero sí a las capacidades evolutivas. Adicionalmente, también implica tener la capacidad para entender los posibles riesgos de la intervención quirúrgica o procedimientos estéticos como parte del consentimiento informado.

En general, en el ámbito civil y en algunos casos en el penal, se ha determinado los 14 años como la edad a partir de la cual los adolescentes comienzan a asumir algunas responsabilidades en la sociedad, en simetría con el criterio de la capacidad relativa. Así, se ha establecido que ese es el momento en que, por ejemplo, los adolescentes pueden casarse con consentimiento de los padres, gozan de una autorización excepcional para trabajar y tienen algunas responsabilidades penales<sup>181</sup>. En la **sentencia C-507 de 2004**<sup>182</sup> la Corte revisó la constitucionalidad del artículo 140 (parcial) del Código Civil que establecía la nulidad del matrimonio contraído por los varones menores de 14 años y de las mujeres menores de 12 años de edad, por la supuesta violación de los derechos de los niños y a la igualdad, al fijar

---

<sup>181</sup> Sentencia C-507 de 2004 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Al respecto en la sentencia se dijo: “5.2.4.1. La jurisprudencia declaró constitucional fijar una edad mínima legal para proteger la libertad, integridad y formación sexuales de los menores. En la sentencia C-146 de 1994 (MP José Gregorio Hernández Galindo) se resolvió declarar ajustados a la Constitución Política los delitos de ‘acceso carnal abusivo con menor de catorce años’ y ‘corrupción’ del Código Penal de 1980, en el entendido de “(...) que no se cometen los delitos plasmados en ellos cuando el acceso carnal o los actos sexuales diversos del mismo se tengan con mujer mayor de doce (12) años con la cual se haya contraído previamente matrimonio o se haya conformado con anterioridad una familia por vínculos naturales, según lo previsto en el artículo 42 de la Constitución.” Para tomar esta decisión, que tenía por objeto únicamente las normas de carácter penal (no las de carácter civil), la Corte Constitucional ponderó los derechos de protección que se debe a los menores con la libertad de contraer matrimonio y fundar una familia. Consideró que los tipos penales acusados, en términos generales, no desconocían la libertad y autonomía de personas menores de 14 años, por cuanto se trata de conductas que “(...) atentan de modo directo y manifiesto contra la integridad moral y el desarrollo mental y social de los menores.” Para la Corte los tipos penales en cuestión no desconocen los derechos de los niños, por el contrario, los aseguran y garantizan, a la vez que permiten al país cumplir las normas internacionales de protección a los niños, en especial la Convención sobre los derechos de los niños. Los delitos en cuestión impiden a personas mayores de edad abusar sexualmente a menores de 14 años. Esta decisión fue reiterada por la sentencia C-1095 de 2003 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra) en la cual se resolvió declarar inexequibles los artículos 208 (acceso carnal abusivo con menor de catorce años) y 209 (actos sexuales con menor de catorce años) del Código Penal –ley 599 de 2000–. En ninguna de las dos ocasiones (C-146 de 1994 y C-1095 de 2003) se sometió a consideración de la Corte los artículos 34 y 140, numeral segundo, del Código Civil, por lo que esta Corporación se limitó a armonizar lo dispuesto en las normas estudiadas, a la luz de la Constitución; en ninguno de los dos casos adoptó alguna posición acerca de su exequibilidad”.

<sup>182</sup> M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

edades diferentes para mujeres y hombres para contraer matrimonio válidamente. Este Tribunal estableció que la determinación de capacidad de 12 años para las mujeres era inconstitucional y mediante una sentencia integradora la asimiló a la de los hombres, por considerar que así se respetaba el derecho a una igual protección entre hombres y mujeres y los mínimos de protección de los derechos de las niñas. Cabe resaltar que al abordar el asunto, esta Corporación aclaró que su análisis no se dirigía a establecer “*cuál es la edad adecuada para contraer matrimonio, [sino] el propósito [era] determinar si la regla legal existente, que permite a las mujeres contraer matrimonio dos años antes [que a los hombres] (desde los 12), [era] constitucional*”.

En la decisión se encontró que la finalidad de la diferencia de edad para las mujeres no obedecía a su protección, sino exclusivamente a fijar el momento de la pubertad, es decir, que estaba atada a la capacidad reproductiva. Por otro lado, estableció que los derechos de los niños incluían, de una parte, derechos de protección y, de otra, derechos de libertad. En virtud de lo anterior, por ejemplo, reconoció que el artículo 45 de la Constitución establece el derecho de los adolescentes a su protección y desarrollo integral, lo cual incluye la posibilidad de participar en decisiones políticas, inclusive antes de la mayoría de edad y, en consecuencia, a hacer parte progresivamente de la vida política y en sociedad<sup>183</sup>. En ese sentido, estableció que:

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

---

<sup>183</sup> Constitución Política de Colombia. Artículo 45. El adolescente tiene derecho a la protección y a la formación integral. El Estado y la sociedad garantizan la participación activa de los jóvenes en los organismos públicos y privados que tengan a cargo la protección, educación y progreso de la juventud. Sentencia C-507 de 2004 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. “5.2.2. *Derechos del adolescente en la Constitución y normas internacionales. La Constitución es sensible a la evolución de las personas. Reconoce derechos a los menores en general, pero también a subgrupos de “niños” de acuerdo a su edad y madurez, como por ejemplo los “adolescentes” (art. 45, CP) y “los niños menores de un año” (art. 50, CP). Concretamente, la Carta Política reconoce al “adolescente” los derechos (i) “a la protección” y (ii) “a la formación integral” (art. 45, CP). La distinción señala la preocupación de la Carta Política por atender las necesidades propias de esta población, los nuevos riesgos que afronta y asegurarle un desarrollo personal íntegro que le permita ingresar libre y autónomamente a la sociedad. Cuando los constituyentes aprobaron este artículo, pensaban justamente en casos y problemas de la adolescencia como los que suscita la presente acción de inconstitucionalidad.*”

*Los derechos y garantías reconocidas en convenios internacionales a los “niños” también son aplicables a los “adolescentes”. La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), en especial el artículo 5°, establece que los adolescentes deben ser reconocidos como personas con plenos derechos, que tienen la capacidad de ser ciudadanos responsables con la guía y dirección adecuada. Dentro de las medidas administrativas, legislativas y de otra índole que Colombia debe adoptar para dar efectividad a los derechos reconocidos a los adolescentes, según el Comité sobre los Derechos del Niño, los estados deben asegurar que estas medidas sean adoptadas en la legislación nacional, incluyendo las edades mínimas para (i) consentir tener relaciones sexuales, (ii) casarse y (iii) recibir un tratamiento médico sin el consentimiento de los padres. El Comité sobre los Derechos del Niño precisa que según el artículo 2° de la Convención estas “edades mínimas” deben ser iguales para los adolescentes y para las adolescentes, y deben ser fijadas de acuerdo a al desarrollo del niño según los criterios de edad y madurez”.*

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

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

Así, la Corte estableció que el margen de configuración del Legislador para establecer la edad para contraer matrimonio debe ser una decisión que: “(1) se tome teniendo en cuenta la edad y la madurez de la persona, y (2) se garantice, en todo caso, que todo matrimonio se funda en un consentimiento libre y pleno de ambas partes”. Así, concluyó que la autorización de contraer matrimonio a una edad tan temprana como los 12 años tenía efectos nocivos en el desarrollo armónico e integral de las niñas, en su salud, en su educación y desconocía su interés superior. Además, afectaba su derecho a la igualdad mientras que la incidencia sobre la libertad de las mujeres menores a conformar una familia y su autonomía era baja. Por lo tanto, determinó que el margen del Legislador no podía desconocer los mínimos de protección ordenados por la Constitución<sup>184</sup>.

95. De acuerdo con lo anterior, la posibilidad de acceder a esas intervenciones y procedimientos quirúrgicos sin atención a las capacidades evolutivas de los menores —esto es, que efectivamente existan— también desconocería el elemento central del ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad, específicamente en relación con la construcción de la identidad personal mediante la apariencia. En tal virtud, sacrificar la participación de los menores de edad en decisiones acerca de su cuerpo y en especial en relación con los riesgos que quieran asumir cuando existen plenas capacidades evolutivas, es irrazonable y desproporcionado ya que anula su libertad de

---

<sup>184</sup> Sentencia C-507 de 2004 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa: “A la luz de la Constitución Política es inconstitucional fijar la edad mínima a los 12 años de edad para que las mujeres contraigan matrimonio, cuando ésta es de 14 años para los varones. La regla supone afectar en alto grado (1) el derecho al desarrollo libre armónico e integral de las menores y el pleno ejercicio de sus derechos, (2) el derecho a que el Estado adopte las medidas de protección adecuadas y necesarias para garantizar tales derechos, y (3) el derecho a la igualdad de protección de los niños y las niñas. Impedir el matrimonio de las mujeres a los 12 años afecta levemente, por el contrario, (4) el derecho a conformar una familia, y (5) el derecho a la autonomía, y (6) no desconoce el margen de configuración del legislador en materia de matrimonio. Por lo tanto, pesan mucho más los argumentos a favor de asegurar la igual protección de niñas y niños. En conclusión, fijar en 12 años la edad mínima a partir de la cual las mujeres pueden contraer matrimonio desconoce los mínimos de protección a que tienen derecho, así como el principio de igualdad en la protección”.

autodeterminación frente a una protección de la salud que no genera un beneficio claramente garantizado. De igual modo, permitir que se realicen intervenciones que tienen un impacto en su identificación personal, sin que exista la capacidad de autodefinirse viola su derecho a ser protegidos, al comprometer su autonomía futura.

En este sentido, como se advirtió en la decisión anotada, la edad de 14 años, como aquella fijada, en general, para adquirir responsabilidades e inclusive adoptar decisiones que involucran el consentimiento libre e informado, como el matrimonio en el ámbito civil, es un mínimo que establece una base a partir de la cual puede comenzar a existir cierta madurez física y psicológica para tener la capacidad de autodefinición en este tipo de casos. **Esto no implica que esa edad determine que se tiene esa madurez o capacidades**, pero sí establece un mínimo que puede permitir analizar las capacidades evolutivas, para determinar si se tiene o no esa capacidad de autodefinición, además de los otros elementos esenciales para otorgar el consentimiento informado y cualificado, en conjunto con los padres.

96. En efecto, el derecho al libre desarrollo de la personalidad en relación con la autodefinición de la apariencia en el campo estético requiere necesariamente que la persona tenga la **capacidad de participar prevalentemente de la decisión** y esta autodefinición de la identidad no está definida por la mayoría de edad, pero sí se debe establecer a las a partir de los 14 años y con atención capacidades evolutivas y bajo el respeto de los elementos estructurales del consentimiento informado a saber: debe ser **(i) libre**, es decir, debe ser voluntario y sin que medie ninguna interferencia indebida o coacción; **(ii) informado**, en el sentido de que la información provista debe ser suficiente, esto es –oportuna, completa, accesible, fidedigna y oficiosa- y; **(iii) cualificado**, criterio bajo el cual el grado de información que debe suministrarse al paciente para tomar su decisión se encuentra directamente relacionado con la complejidad del procedimiento.

Así pues, el respeto a la **participación prevalente** de los menores de edad en las decisiones acerca de su cuerpo y primordialmente en el ámbito estético exige que este tipo de intervenciones o procedimientos no puedan realizarse sin una voluntad reflexiva sobre la autodefinición, que para este tipo de casos parte de una edad mínima de 14 años de edad y se determina mediante la valoración de las capacidades evolutivas. **Por lo tanto, no es proporcional ni efectivamente conducente prohibir las intervenciones y procedimientos estéticos sustrayendo a todos los menores de edad de tomar decisiones acerca de su cuerpo cuando tengan la capacidad para hacerlo. Por el contrario, es admisible prohibir los procedimientos y cirugías estéticos inclusive con el consentimiento de sus padres, cuando los niños, las niñas y los adolescentes no tienen capacidad para entender los riesgos y antes de los 14 años de edad.**

En la misma línea, la restricción también tiene un impacto desproporcionado para el derecho a la intimidad familiar, precisamente en relación con el ejercicio de la responsabilidad parental en la orientación y dirección de la

educación y el desarrollo de los hijos. Lo anterior, pues la medida sustrae a los padres o tutores totalmente de la posibilidad de ejercer el consentimiento sustituto en materias que están relacionadas con la salud, bajo las anteriores reglas.

97. En consecuencia, la medida de la prohibición de la realización de procedimientos médicos y quirúrgicos en pacientes entre 14 y 18 años inclusive con el consentimiento de los padres contenida en el artículo 3° de la Ley 1799 de 2016 no supera el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, al sacrificar el elemento esencial del derecho al libre desarrollo de la personalidad en tanto libertad de poder autodefinirse y construir la identidad personal mediante la apariencia, inclusive cuando para lograrlo existan riesgos para la salud por un beneficio que no es claro: la protección de riesgos para la salud, pues esos dependen de cada caso particular y de la valoración médica. Así, es preciso que se respeten las reglas generales acerca de la participación de los menores de edad, y en este caso principalmente de las niñas, en las intervenciones de salud.

No obstante, las características de la intervención o procedimiento estético en relación con la identidad personal exigen que las capacidades evolutivas determinen una participación prevalente en la decisión y la protección de la autonomía futura de aquellos que no están en capacidad de autodefinirse. Así, a partir de los 14 años de edad estas deben evidenciar la posibilidad de tomar una decisión acerca de la imagen corporal como parte de la autodefinición, así como la capacidad de comprender los riesgos que conlleva esa determinación.

98. Por ende la norma acusada viola los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la intimidad al establecer una prohibición que no respeta las capacidades evolutivas de los niños, las niñas y los adolescentes en la adopción de decisiones acerca de su cuerpo que involucran intervenciones en la salud. No obstante, el efecto de una inexecutable sería permitir la preeminencia del consentimiento sustituto de los padres en relación con un asunto de identidad. Lo anterior también desconocería el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores de edad en cuestiones determinantes para su autodefinición. Luego, la posibilidad de realizar este tipo de procedimientos sólo puede proceder cuando las capacidades evolutivas de los niños, niñas y adolescentes efectivamente permitan autodefinirse y generar una opinión reflexiva sobre la decisión y sus riesgos.

Por las anteriores razones, se hará uso de las facultades de esta Corporación para modular sus fallos y se declarará la exequibilidad del artículo 3° de la Ley 1799 de 2016 en el entendido de que la prohibición allí prevista no se aplica a los adolescentes mayores de 14 años que tengan la capacidad evolutiva, para participar con quienes tienen la patria potestad en la decisión acerca de los riesgos que se asumen con este tipo de procedimientos y en cumplimiento del consentimiento informado y cualificado.

**Es razonable limitar la participación de menores de edad en campañas publicitarias de promoción de cirugías estéticas, consultorios y clínicas de cirugía estética, y procedimientos de cualquier tipo**

99. En relación con los incisos segundo y tercero del artículo 5° de la Ley 1799 de 2016 se debe analizar si éstos, al prohibir el uso de modelos menores de edad en campañas de “*promoción de cirugías estéticas, consultorios y clínicas de cirugía estética, y procedimientos de cualquier tipo*”, vulneran los derechos a la igualdad y al trabajo entre los adolescentes de 15 y 18 años que se dedican al modelaje de ese tipo de campañas y los que ejercen otro tipo de labores. Para verificar si la medida es constitucional se debe realizar un test de igualdad integrado.

100. En esta ocasión, la norma que se revisa limita las posibilidades de ejercer trabajo infantil para un grupo específico: los modelos de procedimientos estéticos y las entidades que prestan estos servicios. Es decir, se trata de una restricción adicional a las que ya se han fijado para el ejercicio del trabajo de los niños entre 15 y 18 años de edad. No obstante, no involucra la modificación de ninguna de las medidas que se ha dicho que propenden por su protección: (i) la restricción de ejecutar *trabajos peligrosos o ilícitos*; (ii) la reglamentación de horarios y condiciones de trabajo; y (iii) la autorización por parte del Inspector del Trabajo o, en su defecto, de la primera autoridad local.

101. Como se advirtió, las protecciones de los niños, niñas y adolescentes inscritas en el artículo 44 de la Constitución establecen el deber de protegerlos de la explotación laboral. Entonces, no estamos en el escenario en el que se trata de una medida restrictiva de un derecho fundamental: el derecho de los adolescentes a trabajar, sino que a partir de una prohibición general, -que los niños trabajen-, se han establecido ciertas excepciones, en las cuales es lícito que éstos ejerzan labores, es decir, autorizaciones excepcionales. Este acercamiento parte de que el Estado debe evitar el trabajo infantil, de ahí que no sólo sea deseable, sino exigible esa la restricción de los derechos de los niños<sup>185</sup>. Por lo tanto, la regla general prohíbe que los niños y niñas trabajen para cuidar aspectos de su desarrollo determinantes, como la educación y la recreación, pero acepta que existen condiciones que admiten que ejerzan labores. Así la prohibición del trabajo infantil es un deber del Estado. Luego, la regulación del derecho lejos de ser una medida restrictiva es una obligación constitucional e internacional.

En este escenario, el test que se debe aplicar es el leve, toda vez que el Legislador, al regular aspectos que hacen parte de una autorización excepcional para que los adolescentes trabajen, que no involucra ninguno de los límites de su protección como su desarrollo o educación tiene un amplio margen de configuración. Luego, se debe verificar que el fin y el medio no

---

<sup>185</sup> Sentencia T-546 de 2013 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. “*En atención a que el trabajo infantil es la causa determinante que restringe los derechos de los niños y niñas, pues en muchas ocasiones pone en peligro su vida, integridad física y personal, su salud, su formación, su educación, desarrollo y porvenir, las normas constitucionales y las disposiciones internacionales propenden por la abolición de éste, precisamente porque perpetúa la pobreza y compromete el crecimiento económico y el desarrollo equitativo del país*”.

estén constitucionalmente prohibidos y si el medio es adecuado para conseguir el primero.

102. La exposición de motivos de la normativa indica sobre el artículo 5° que su objetivo es “*limitar la identificación de los menores con modelos estéticos particulares*”. Adicionalmente, dice que “*si bien es cierto que no se pueden cambiar los patrones psicosociales con una ley, sí se puede proteger a los menores de edad de los efectos que puedan tener a largo plazo dichos patrones*”.

Así pues, la norma, en lo que se revisa, establece una limitación para un tipo de publicidad. La jurisprudencia constitucional ha dicho que “*tanto la publicidad como la propaganda son expresiones de las citadas libertades y que, por ende, logran reconocimiento constitucional como aspectos que integran tales derechos. A este respecto, la Corte ha definido*<sup>186</sup> *a la propaganda como la actividad destinada a dar a conocer al público un bien o servicio con el fin de atraer adeptos, compradores, espectadores o usuarios, o crear simpatizantes, a través de cualquier medio de divulgación. A su vez, ha denotado a la publicidad como la propagación de noticias o anuncios de carácter comercial o profesional con el propósito antes indicado*”<sup>187</sup>.

103. La Corte encuentra que la restricción del uso de modelos menores de edad en campañas publicitarias tiene dos finalidades. La *primera*, delimitada previamente como la eliminación de estereotipos de género y la *segunda*, la de desincentivar decisiones que pueden afectar la salud y el desarrollo físico y mental de los menores de edad. Como se advirtió, la primera finalidad no sólo no está prohibida, que es lo que exige verificar este tipo de juicio, sino que es constitucionalmente imperiosa, al buscar la eliminación de prototipos negativos ya que para lograrlos se debe asumir un riesgo de salud innecesario que puede ser inapropiado, pero depende de las circunstancias específicas de cada persona. Así pues, mediante la restricción de la publicidad se busca evitar la asociación de menores de edad con ciertos modelos de belleza que además, tienen un efecto primordialmente en las mujeres.

Como lo ha dicho esta Corporación en múltiples oportunidades, a partir de la cláusula de igualdad constitucional y de los artículos 5<sup>188</sup> y 10<sup>189</sup> de la Convención para la Eliminación de las Formas de Discriminación contra la

<sup>186</sup> Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-355/94 (M.P. Antonio Barrera Carbonell).

<sup>187</sup> Sentencia C-830 de 2010 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>188</sup> CEDAW. Artículo 5. “*Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para: a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres*”.

<sup>189</sup> CEDAW. Artículo 10. “*Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer, a fin de asegurarle la igualdad de derechos con el hombre en la esfera de la educación y en particular para asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: c) La eliminación de todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino en todos los niveles y en todas las formas de enseñanza, mediante el estímulo de la educación mixta y de otros tipos de educación que contribuyan a lograr este objetivo y, en particular, mediante la modificación de los libros y programas escolares y la adaptación de los métodos en enseñanza*”.

Mujer<sup>190</sup> (CEDAW) surge la obligación para los Estados de tomar medidas concretas para modificar los patrones sociales y culturales que estén basados en la idea de inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres. Para el caso de los modelos de belleza dirigidos a las mujeres, se trata de evitar la primacía social y cultural de que sólo unas formas físicas son válidas y que mediante la adscripción de las mujeres a las mismas se mide su valor en la sociedad.

104. En cuanto a la segunda finalidad, el desincentivo de las decisiones que pueden afectar la salud y el desarrollo físico y mental de los menores de edad, el acercamiento constitucional a las medidas de tipo paternalista ha admitido aquellas que no se involucren en la autodeterminación acerca de una conducta, pero sí la desincentiven<sup>191</sup>. Este ha sido precisamente el caso de las medidas que restringen la publicidad de conductas lícitas pero socialmente indeseables como el consumo de tabaco<sup>192</sup>.

Así, se ha dicho que **son constitucionalmente legítimas, y no están prohibidas, las medidas que aun cuando tienen un carácter restrictivo a una actividad económica**, cumplen con un propósito constitucional, como lo es en este caso la eliminación de estereotipos negativos de género y la protección de la salud de niños, niñas y adolescentes a que se sometan a riesgos innecesarios desde la óptica sanitaria por contraposición a la estética. Adicionalmente, este Tribunal ha dicho que *“las limitaciones a la publicidad comercial pueden llegar a ser particularmente intensas, cuando el Estado encuentra que determinada actividad, a pesar de ejercerse lícitamente, debe desestimularse en razón de los perjuicios objetivos que genera en la sociedad o el peligro verificable de daño a terceros. En tal sentido, no se opone prima facie al ordenamiento constitucional que el legislador disponga reglas que busquen la conformación de un mercado pasivo, esto es, la existencia de correlativa de la autorización para la producción y comercialización de*

---

<sup>190</sup> Dicha Convención fue ratificado por el estado colombiano el 19 de enero de 1982.

<sup>191</sup> Sentencia C-830 de 2010 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva citando la sentencia C-639 de 2010 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. *“Adicionalmente, la Corte se opuso al argumento defendido por la demandante en dicha oportunidad, según la cual fijación de una modalidad particular de comercialización estaba en realidad dirigida a prever una medida de corte paternalista, incompatible con la autonomía individual y el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Para esta Corporación, la medida legislativa debía comprenderse en su verdadero sentido, esto es, como un instrumento que imponía condiciones a la comercialización del tabaco, pero que no tenía la virtualidad de impedir la opción personal por su consumo. En términos de la sentencia, “tampoco resulta un argumento suficiente el hecho de que como las políticas antitabaco podrían atender a justificaciones paternalistas entonces se debería considerar siempre ante estas medidas la posible afectación del derecho de autonomía personal (art. 16 C.N). Esto es así, por cuanto la medida, como ya se afirmó varias veces, no está dirigida a la conducta de consumo de tabaco, sino a una modalidad de su venta. Por lo cual, del hecho que exista una cierta posición moral frente al consumo de tabaco, con base en la cual se justifique el componente de medidas de las políticas antitabaco, no implica que no sean legítimas aquellas restricciones dirigidas a eventos accesorios a la conducta objeto de la mencionada posición moral. Precisamente, como se presumiría inconstitucional prohibir una conducta sólo porque a algún sector le parece inmoral, entonces el derecho legítimo del Estado a degradar alguna actividad no puede manifestarse mediante la prohibición de dicha actividad, sino que tiene que conseguirlo por medio de las herramientas legítimas con las que cuenta, como son la regulación de la economía y del mercado, entre otras”.*

<sup>192</sup> Sentencia C-010 de 2000 M.P. Alejandro Martínez Caballero; Sentencia C-116 de 1999 M.P. María Victoria SÁCHICA Méndez; Sentencia C-355 de 1994 M.P. Antonio Barrera Comercial

*determinado bien o servicio y la fijación de políticas destinadas a desincentivar su consumo*”<sup>193</sup>.

Luego, la restricción de la promoción de cierto tipo de servicios o bienes que se consideran socialmente indeseados es admisible. Lo anterior, ya que el hecho de que una conducta se determine como lícita no quiere decir que sea socialmente deseada, por lo tanto, no cuenta con todas las garantías para su promoción<sup>194</sup>. Entonces, **en este caso el desincentivo de los procedimientos estéticos para los menores de edad, mediante la restricción a su publicidad no se encuentra prohibido**, todo lo contrario este tipo de medios ha sido admitido por la jurisprudencia de esta Corporación porque se consideran una herramienta para proteger al individuo y a la sociedad.

Así pues, la restricción de publicidad con la finalidad de desincentivar ciertos estereotipos de belleza que pueden instrumentalizar a la mujer y la protección de menores de edad de riesgos para su salud son fines que no se encuentran constitucionalmente prohibidos, pues con esa medida no se interviene en la autonomía individual, como lo ha proscrito la jurisprudencia.

105. En segundo lugar, la Corte también encuentra que el medio es adecuado para conseguir el fin. El objetivo de la medida es la eliminación de estereotipos de género y la protección de los niños, niñas y adolescentes de los posibles riesgos para la salud y lo quiere conseguir mediante la exclusión de éstos de sus campañas de publicidad. La publicidad como una forma de incentivar el consumo busca modificar el imaginario de los posibles consumidores para que decidan adquirir un producto o servicio. Así, la medida es un desincentivo de la conducta ya que si no hay niños, niñas y adolescentes en la publicidad se aminorará la asociación de los mismos con estos modelos. Luego, la restricción de modelos con los cuales se puedan identificar especialmente las niñas, es efectiva en cambiar ese tipo de imaginarios que harían pensar a los menores de edad que ese es el prototipo de belleza al que deben aspirar.

---

<sup>193</sup> Sentencia C-830 de 2010 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>194</sup> Sentencia C-830 de 2010 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva: *“Finalmente, a propósito del análisis de la norma acusada a la luz de la garantía del derecho al libre desarrollo de la personalidad, la sentencia C-524/95 señaló que la licitud de una conducta, en este caso el consumo de tabaco, no resultaba incompatible con la consideración de esa actividad como socialmente no deseable. En otras palabras, la Corte concluyó que la licitud de una conducta de consumo dada no lleva per se a que se prediquen todas las garantías para su promoción, puesto que puede estarse ante una actividad que el Estado considera que debe ser excluida de incentivo, a raíz de los comprobados efectos nocivos en términos de salud pública. Así, “1) Porque el hecho de que el consumo de ciertas sustancias nocivas no esté penalizado, no significa que sea socialmente deseable. Y si más bien se juzga nocivo, es legítimo y armónico con la filosofía que informa la Constitución, que no se tolere la publicidad que hace atractivo al producto, más allá de cierto límite; y 2) Porque si es dable señalar quiénes, cuándo y bajo qué circunstancias pueden consumir una sustancia que no obstante no estar proscrita resulta individual y socialmente nociva, con mayor razón resulta válido señalar las condiciones bajo las cuales está permitido anunciar el producto, y a quiénes, específicamente, parece oportuno precaver de la influencia publicitaria. // En otros términos: si los adultos, por ejemplo, son menos permeables a la elección condicionada que los niños (y además están en condiciones de optar libremente), parece razonable que la publicidad por radio y televisión, tenga lugar en horarios menos accesibles a los segundos.// Por esas razones juzga la Corte que la norma demandada no sólo no es atentatoria de ningún derecho fundamental, sino que halla un razonable equilibrio entre el ejercicio de ciertas libertades y la protección de quienes, al menos potencialmente, pudieran resultar afectados por él”.*

106. En este orden de ideas, aun cuando la medida genera una distinción en un grupo comparable: los niños entre 15 y 18 años que trabajan como modelos de campañas estéticas y los que tienen empleos diferentes, la restricción para aparecer en las campañas de promoción de cirugías estéticas, consultorios y clínicas de cirugía estética y procedimientos de cualquier tipo, como una restricción a la publicidad con el objetivo de desincentivar una conducta socialmente indeseada busca un fin que no está constitucionalmente prohibido. Todo lo contrario se trata de un objetivo constitucionalmente imperioso al buscar eliminar estereotipos de género negativos. Adicionalmente, este tipo de restricciones a la publicidad son constitucionalmente válidas, no están proscritas y son adecuadas a la finalidad propuesta. Por las anteriores razones, los incisos segundo y tercero del artículo 5° de la Ley 1799 de 2016 serán declarados exequibles, por los cargos analizados.

## **Conclusiones**

107. Las anteriores consideraciones se pueden concretar en las siguientes conclusiones:

### **Reglas generales**

El margen de configuración del Legislador para restringir derechos fundamentales debe responder a un motivo legítimo, como: (i) el carácter prevalente de los principios y valores contenidos en la Constitución; (ii) el interés general; (iii) la salubridad pública; (iv) el orden público; (v) la protección de otros derechos y libertades; (vi) los derechos de terceros; y (vii) la correlatividad de los derechos frente a los deberes establecidos en el artículo 95 de la Constitución. Pero adicionalmente debe respetar el núcleo esencial del derecho que limita y su restricción debe responder a un juicio de proporcionalidad en sentido estricto.

El derecho al libre desarrollo de la personalidad como una extensión de la autonomía personal protege la posibilidad de que las personas puedan escoger libre y espontáneamente, según sus convicciones y criterios, el modelo de vida que deseen llevar a cabo sin interferencias indebidas. Lo anterior significa la posibilidad de construir la identidad personal mediante la autodefinición, lo cual cobija desde la apariencia física hasta la identidad sexual o de género. Esto es, un amplio espectro de decisiones que abarcan desde la ropa que se lleva, el peinado, los aretes, adornos o tatuajes o su ausencia hasta la determinación del género. En concordancia, la naturaleza de estas determinaciones también está amparada por el derecho a la intimidad y de la garantía de ambas protecciones se fundamenta la prohibición de interferencia del Estado o terceros en el ejercicio del derecho que encuentra sus límites en los derechos de los demás y el orden jurídico.

Los parámetros constitucionales proscriben las medidas paternalistas de carácter prohibitivo, que buscan imponer a las personas un modelo de vida específico a partir de consideraciones acerca de lo “bueno” y lo “malo”, inclusive en casos en que la conducta supone un riesgo para la salud; pero

permiten aquellas medidas de autocuidado que, sin prohibirlas, sí buscan desincentivarlas. De otra parte, también permiten las medidas que aun cuando limitan la autonomía tienen el objetivo de proteger los propios intereses de las personas, como las medidas de justicia distributiva, al igual que aquellas que **afectan los derechos de terceros y los valores superiores de la Constitución**, como las vacunas o el uso del cinturón de seguridad.

El derecho al libre desarrollo de la personalidad de los niños, niñas y adolescentes en el ámbito de las intervenciones sanitarias no es absoluto, pero tampoco lo es la regla del consentimiento sustituto. Las limitaciones en ambos espectros se encuentran mediadas por las capacidades evolutivas de los menores de edad, así como por el tipo de intervención que se va a realizar con el objetivo de maximizar siempre el ejercicio de la autonomía presente y futura de los niños, niñas y adolescentes con ciertas excepciones. Así, para sopesar el valor de la opinión del menor de edad acerca del tratamiento al que se le pretende someter se debe tener en cuenta: (i) la urgencia e importancia del tratamiento para sus intereses; (ii) los riesgos y la intensidad del impacto del tratamiento sobre la autonomía actual y futura del niño; y (iii) su edad. Estos factores se relacionan entre sí, para determinar un grado mayor o menor de aplicabilidad del consentimiento sustituto. Así, el consentimiento sustituto no se construye como la decisión del padre o del representante legal, sino que dependiendo de los factores, otorga un mayor o menor peso a la posición del niño. No obstante, los niños, niñas y adolescentes siempre deben ser escuchados y deben poder participar de las decisiones.

Así pues, 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 escucharlo, pero la decisión final acerca del acceso o no a la intervención sanitaria depende de si se demuestra la competencia para tomar la decisión frente a lo cual, en caso de no tener la madurez para ello, prima la decisión de los padres en el ejercicio de su responsabilidad parental.

La Constitución Política y los tratados internacionales de protección a la niñez que integran el bloque de constitucionalidad, establecen que los menores de edad, en general, no podrán iniciar su vida laboral hasta que hayan cumplido los 15 años de edad. Dicha exigencia responde principalmente a la importancia de que la etapa educativa no sea sustituida por la etapa laboral. Sin embargo, la posibilidad de que los menores de edad trabajen, se encuentra sujeta a las siguientes condiciones: (i) que no ejecuten o lleven a cabo *trabajos peligrosos o ilícitos*, es decir, la relación jurídica laboral se sujeta - en exclusiva- al desarrollo de *trabajos normales*; (ii) debe existir una flexibilidad laboral, es decir, la reglamentación apropiada de horarios y condiciones de trabajo; y (iii) debe mediar una autorización por parte del Inspector del Trabajo o, en su defecto, de la primera autoridad local.

### **Análisis de las disposiciones demandadas**

La medida de la prohibición de la realización de procedimientos médicos y quirúrgicos en pacientes menores de 18 años, inclusive con el consentimiento

de los padres, contenida en el artículo 3° de la Ley 1799 de 2016 no supera el juicio de proporcionalidad y razonabilidad estricto. La medida persigue dos finalidades que son constitucionalmente imperiosas: (i) el cuidado y la protección de la salud y el desarrollo de los niños, las niñas y los adolescentes; y (ii) la eliminación de estereotipos negativos mediante el desincentivo de la adecuación a prototipos de belleza específicos. De otra parte, la prevención del ejercicio de la profesión médica de forma antiética como otro de los objetivos de la norma es un fin constitucionalmente importante más no imperioso; mientras que la finalidad establecida en la exposición de motivos del proyecto de ley que culminó con la Ley 1799 de 2016 acerca de la prevención de la *sobresexualización* de las menores de edad, no es un fin constitucionalmente imperioso.

La medida es adecuada a la protección de los menores de edad respecto de potenciales riesgos de salud, aun cuando se trate de valoraciones particulares en cada caso y, además, es efectivamente conducente. No obstante, es preciso reconocer que las prohibiciones de ese tipo generan mercados ilegales y las autoridades pertinentes están en la obligación de vigilarlos y erradicarlos, ya que pueden desencadenar daños graves por operar en la ilegalidad. A su vez, la medida es necesaria. Sin embargo, en cuanto a la eliminación de estereotipos de género la prohibición no es el medio adecuado para conseguir ese fin, **al no atacar las causas centrales que llevan a la generación de los mismos.**

Finalmente, la medida no supera el juicio en su último paso, la proporcionalidad en sentido estricto, al impedir 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. Así, el artículo 3° desconoce el derecho de los niños, niñas y adolescentes a partir de los 14 años de participar en decisiones sobre su cuerpo y sacrifica de forma desproporcionada el derecho a la intimidad.

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

Así pues, aun cuando la medida persigue fines constitucionalmente imperiosos como la protección de la salud de los niños, niñas y adolescentes, la intervención del Estado en las decisiones sobre el cuerpo de menores de edad, especialmente de las mujeres entre los 14 y 18 años, que además impide a los

padres ejercer su responsabilidad parental, es una medida paternalista de género desproporcionada en relación con el sacrificio de los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la intimidad.

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

Por las anteriores razones, se hará uso de las facultades de esta Corporación para modular sus fallos y se declarará executable el artículo 3° de la Ley 1799 de 2016 en el entendido de que la prohibición allí prevista no se aplica a los adolescentes mayores de 14 años que tengan la capacidad evolutiva, para participar con quienes tienen la patria potestad en la decisión acerca de los riesgos que se asumen con este tipo de procedimientos y en cumplimiento del consentimiento informado y cualificado.

Por último, los incisos segundo y tercero del artículo 5° de la Ley 1799 de 2016 serán declarados executivos por los cargos analizados ya que aun cuando la medida genera una distinción en un grupo comparable, los niños entre 15 y 18 años que trabajan como modelos de campañas estéticas y los que tienen empleos diferentes, la restricción publicitaria es razonable. Lo anterior, pues busca dos fines que no solo no están prohibidos, sino que son constitucionalmente imperiosos: (i) desincentivar una práctica que puede poner la salud de los menores de edad bajo un riesgo innecesario; y (ii) eliminar estereotipos de género negativos acerca de la belleza. Adicionalmente, se trata de una medida que es adecuada a sus finalidades.

## DECISIÓN

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

## RESUELVE:

**PRIMERO.** Declarar **EXECUTIVO** el artículo 3° de la Ley 1799 de 2016 por los cargos analizados en el entendido que “*la prohibición allí prevista no se*

*aplica a los adolescentes mayores de 14 años que tengan la capacidad evolutiva, para participar con quienes tienen la patria potestad en la decisión acerca de los riesgos que se asumen con este tipo de procedimientos y en cumplimiento del consentimiento informado y cualificado”.*

**SEGUNDO.** Declarar **EXEQUIBLES**, los inciso 2° y 3° del artículo 5° de la Ley 1799 de 2016, por los cargos analizados.

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

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Presidente

*Con salvamento parcial de voto*

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

*Con aclaración de voto*

HERNÁN LEANDRO CORREA CARDOZO

Magistrado (E)

*Con aclaración de voto*

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

*Con aclaración de voto*

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

*Con aclaración de voto*

IVÁN ESCRUCERÍA MAYOLO

Magistrado (E)

AQUILES ARRIETA GÓMEZ

Magistrado (E)  
*Con aclaración de voto*

ALBERTO ROJAS RÍOS  
Magistrado

JOSE ANTONIO CEPEDA AMARÍS  
Magistrado (E)

ROCÍO LOAIZA MILIÁN  
Secretaria General (E)