



MEMORANDO

PARA: Juan Camilo Giraldo Zuluaga
Subdirector
Subdirección General para la Superación de la Pobreza

DE: Oficina Asesora Jurídica

ASUNTO: Concepto jurídico sobre tratamiento de unidades de gasto conformadas por menores de edad

En atención a la solicitud elevada mediante correo electrónico de fecha 27 de mayo de 2021, en la que requiere se emita concepto sobre el tratamiento jurídico de las unidades de gasto conformadas exclusivamente por menores de edad en los criterios de elegibilidad definidos en los procesos de focalización de la oferta programática de entidad", esta Oficina Asesora Jurídica, a continuación, procede a dar respuesta en los siguientes términos:

I. ANTECEDENTES.

La Subdirección General para la Superación de la Pobreza en su solicitud de concepto plantea lo siguiente:

"Como resultado del ejercicio de análisis del contenido de la información del Sisbén en su metodología IV, se identifica un número significativo de Unidades de Gasto conformadas exclusivamente por menores de edad, circunstancia que lleva a definir un lineamiento general, desde lo jurídico, para el tratamiento de estas unidades de gasto en los criterios de elegibilidad definidos en los procesos de focalización de la oferta programática de entidad, toda vez que para algunos programas no existe un criterio taxativo que involucre la condición de menor de edad como causal de no elegibilidad.

Ante la situación expuesta, se pone de presente uno de los principios que se han desarrollado en el marco de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en el instrumento internacional normativo Convención sobre los Derechos del Niño, correspondiente al principio de la "autonomía progresiva". Concepto "que ha generado en el derecho colombiano una nueva visión de la capacidad o incapacidad de los niños, niñas y adolescentes propia del Código Civil, a tal punto que en la actualidad se reconoce que estos pueden tomar decisiones que los afecten en su esfera más personal y los obliguen sin requerir de la autorización o anuencia de





*sus padres” (ICBF, 2019).
(...)*

Con todo, acudimos a la OAJ con el propósito de recibir una posición de orden jurídico para no incurrir en errores de inclusión y acciones regresivas a la población registrada en Sisbén.”

Bajo este escenario se plantea la consulta elevada a esta Oficina.

II. PROBLEMA JURÍDICO.

¿Los hogares conformados exclusivamente por menores de edad, determinados como unidades de gasto por el Sisbén IV, pueden ser objeto de focalización de los programas sociales de Prosperidad Social?

III. CONSIDERACIONES DE LA OFICINA ASESORA JURÍDICA.

1. De las Unidades de Gasto.

Las “Unidades de Gasto” (en adelante UG) se encuentran definidas en el literal f) del artículo 2.2.8.1.4. del Decreto 1082 de 2015 como:

“...la persona o grupo de personas del hogar que comparten la vivienda y tienen un presupuesto común para atender sus gastos de alimentación, servicios de la vivienda, equipamiento y otros gastos del hogar. La unidad de gasto principal la conforman el jefe del hogar, sus parientes y no parientes diferentes a los empleados del servicio doméstico, parientes del servicio doméstico, pensionistas y parientes de pensionistas quienes a su vez conforman unidades de gasto diferentes. De esta forma, en cada hogar hay por lo menos una unidad de gasto”.

De acuerdo con la anterior definición y las aclaraciones contenidas en las definiciones y conceptos básicos del “*MANUAL DEL ENCUESTADOR Para aplicación de encuestas con Dispositivo Móvil de Captura (DMC) SISBEN IV. 2018*” se resaltan las siguientes características para la determinación de una unidad de gasto:

- a. La unidad la componen la persona o grupo de personas del hogar, que comparten la misma vivienda, son residentes habituales de la misma y sufragan sus necesidades con cargo a un fondo común.
- b. Ese grupo de personas tienen un fondo común para satisfacer sus necesidades esenciales.





- c. En su composición se identifica el jefe o cabeza de hogar, reconocido por los miembros del hogar ya sea por razones económicas, de edad o de autoridad.
- d. Se excluye a los empleados del servicio doméstico y sus parientes, cuando residen habitualmente en el hogar, pero se considera una unidad de gasto diferente dado que recibe ingresos del hogar y por lo tanto se considera como un gasto.
- e. Se excluye a los pensionistas y sus parientes, entendidos como aquellos que pagan por el derecho a la vivienda y los alimentos y, en consecuencia, tales aportes se consideran como ingresos (no aportes) para el hogar y no un gasto.
- f. La unidad de gasto puede ser equivalente al hogar, o un hogar puede estar compuesto por varias unidades de gasto.

Este concepto, en el marco de la estructura normativa del Decreto 1082 de 2015, se relaciona con las disposiciones para el registro y ordenación de información para la conformación de la base de datos del *Sistema de Identificación de Potenciales Beneficiarios de Programas Sociales (en adelante Sisbén)*, así como, unidad para la asignación de puntaje en este sistema, de acuerdo con la aplicación de la ficha de caracterización socioeconómica (Ver literal g, artículo 2.2.8.1.4. del Decreto 1082 de 2015 y Conpes 3877 de 2016).

Adicionalmente, su utilización se encuentra también asociada a usos estadísticos como una unidad de medición indirecta de la pobreza, mediante la valoración de la capacidad de adquisición de bienes y servicios de los hogares, a partir del ingreso per cápita de la unidad de gasto contrastada con el costo monetario de una canasta de alimentos, en el caso de la pobreza monetaria extrema o indigencia, o con el costo monetario de una canasta de bienes alimentarios y no alimentarios mínimos para la subsistencia, en el caso de la pobreza (ver Boletín Técnico DANE: Pobreza Multidimensional en Colombia. Año 2018, Bogotá D.C., 3 de mayo de 2019, y Corte Constitucional Sentencia C-174 de 2020).

No obstante lo anterior y para efectos del presente estudio, solo se abordará el uso de las Unidades de Gasto (UG) en el marco del proceso de focalización y la oferta programática del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social.

2. Focalización y oferta programática de Prosperidad Social.

Conforme ya se anotó, el concepto de Unidades de Gasto se enmarca en el trámite de focalización de los programas sociales y, por ello, resulta relevante hacer referencia al marco normativo de la focalización y su uso asociado a la oferta programática de





Prosperidad Social.

De acuerdo con el artículo 94 de la Ley 715 de 2001 modificado por el artículo 24 de la Ley 1176 de 2007 y adicionado por el artículo 2 del Decreto Legislativo 1771 de 2015, la: *"Focalización es el proceso mediante el cual se garantiza que el gasto social se asigne a los grupos de población más pobre y vulnerable. El Conpes Social definirá cada tres años los criterios para la determinación, identificación y selección de beneficiarios, así como los criterios para la aplicación del gasto social por parte de las entidades territoriales. (...) En todo caso, las entidades territoriales al realizar la inversión social, especialmente mediante la asignación de subsidios, deberán aplicar los criterios definidos por el Conpes Social (...)"*.

En concordancia con lo anterior, el inciso del artículo 2.2.8.1.2 del Decreto 1082 de 2015, establece que las entidades y los programas sociales son los responsables de la selección de los beneficiarios o de la asignación de subsidios y beneficios.

Por su parte, el Consejo Nacional de Política Económica y Social como máxima autoridad nacional de planeación y organismo asesor del Gobierno en todos los aspectos relacionados con el desarrollo económico y social del país, expidió el documento CONPES 100 de 2006 mediante el cual se adoptó los *"Lineamientos para la focalización del gasto público social"*, en el cual, se estableció como lineamiento, que los programas sociales deben definir condiciones de entrada y salida, precisando criterios más apropiados sobre el instrumento de focalización seleccionado, buscando mejorar la equidad en la asignación y la efectividad del gasto en el marco de la política económica y social del Estado.

En el marco de dicho lineamiento, este instrumento de política pública planteó algunas etapas que deben considerarse en el diseño de los programas que asignan gasto en población en condición de pobreza. Estas etapas comprenden: (i) la identificación, la cual *"tiene que ver con las características del instrumento que se utiliza para la escogencia de beneficiarios"* o, en este caso, elegibles; (ii) la selección, *"momento de la focalización que se concentra en la elección del criterio de corte que define la condición de entrada o salida a un programa"*, y (iii) la asignación, que *"consiste en el diseño del subsidio y el proceso de su entrega"*.

El Conpes 100 de 2006 estableció como estrategia técnica para mejorar la focalización del gasto público social, buscar una consistencia conceptual con el objetivo del programa. Por ello, el concepto de "Unidad de Gasto" recobra importancia a ser considerado como núcleo básico de intervención, pues desde la recolección de la información así se han identificado y caracterizado las personas y hogares encuestados.

Sin embargo, tal nucleación debe contrastarse con las disposiciones normativas que regulan cada programa. Por ejemplo, el parágrafo 1 del artículo 5 del Decreto Legislativo 812 de 2020, estableció que *"para la expansión de los programas de transferencias*





monetarias se tomará al hogar como unidad de intervención, buscando generar complementariedades y priorizar hogares que no estén recibiendo dichas ayudas". Como se observa, para este tipo de intervenciones la ley determinó como núcleo de intervención el hogar y no la Unidad de Gasto derivada del mismo. (Ver definiciones contenidas en el artículo 2.2.8.1.4. del Decreto 1082 de 2015)

Ahora bien, el artículo 2.2.8.1.1. del Decreto 1082 de 2015 establece el Sistema de Identificación de Potenciales Beneficiarios de Programas Sociales (Sisbén), como el *"instrumento de la política social, para la focalización del gasto social, el cual utiliza herramientas estadísticas y técnicas que permiten identificar y ordenar a la población, para la selección y asignación de subsidios y beneficios por parte de las entidades y programas con base en las condiciones socioeconómicas en él registradas"*. El mismo se define como un sistema de información, que es neutral frente a los programas sociales sin que otorgue por sí mismo el acceso a los programas sociales, según lo señalado en el artículo 2.2.8.1.1. del Decreto 1082 de 2015.

En concordancia con lo anterior, el CONPES 3877 de 2015, definió y solicitó al Departamento Nacional de Planeación -DNP- la actualización del instrumento de focalización Sisbén en su cuarta versión, para lo cual, el DNP expidió la Resolución 2673 de 2018 mediante la cual se dictan los lineamientos para la implementación y operación del Sisbén. Dicha resolución establece en su artículo 2 que una vez adoptada la metodología del Sisbén IV, esta será utilizada por todas las entidades y en los diferentes programas sociales del orden nacional y territorial que utilizan esta herramienta para la focalización y para el diseño de la política pública.

En resumen, el Sisbén es, ante todo, una herramienta de focalización individual e insumo fundamental para que las entidades ejecutoras de programas sociales identifiquen y ordenen a la población para la selección y asignación de subsidios y beneficios. Se trata entonces de un índice estándar de vida que toma en cuenta las características socioeconómicas de los hogares para determinar su grado de pobreza y vulnerabilidad y, aunque pueden estar registradas todas las personas a las que se les aplica la encuesta; esto por sí mismo no le vincula a programa social alguno y, por ello, para el acceso a beneficios y subsidios las personas deben conocer y/o cumplir los criterios de ingreso y permanencia que fijan cada una de las entidades responsables de los programas sociales.

Bajo las anteriores consideraciones, Prosperidad Social, como entidad ejecutora de planes, programas y proyectos para la inclusión social y la reconciliación en términos de la superación de la pobreza y la pobreza extrema (art. 3 Dec. 2094 de 2016), hace uso del Sisbén como herramienta de focalización de su población beneficiaria. Sin embargo, cada programa, proyecto o intervención, de acuerdo a su objeto, enfoque diferencial y finalidad, puede aplicar otras fuentes de información complementaria para la identificación, selección y asignación de beneficiarios.





En este sentido, a efectos del presente estudio, se observa de manera general que, en la oferta programática de Prosperidad Social, se distinguen dos tipos de intervenciones, respecto de las cuales se aplican mecanismos de focalización: las intervenciones de acompañamiento y la entrega de ayudas en dinero o en especie como apoyo en el cumplimiento de los objetivos en la ruta de superación de la pobreza y la pobreza extrema.

Estas intervenciones tienen en común el pacto y cumplimiento de compromisos de corresponsabilidad (apoyos condicionados), la capacidad de disposición de los recursos otorgados dirigidos a contribuir al ingreso mínimo vital por un evento en particular (en el caso de las ayudas no condicionadas) así como la capacidad de representarse a sí mismo y al grupo que integran su hogar o Unidad de Gasto.

Por ello, resulta un requisito intrínseco, que los beneficiarios posean plena capacidad, tanto de goce como de ejercicio, para asegurar el cumplimiento de los compromisos y objetivos, así como el uso o disposición de los apoyos monetarios y en especie que se entregan. (ver artículo 1502 del Código Civil y la Sentencia C-983/02 de la Corte Constitucional).

Considerado lo anterior y para el objeto del presente estudio, resulta relevante establecer si, de acuerdo con la normatividad vigente, los niños, niñas y adolescentes poseen la capacidad para obligarse frente a la oferta programática de Prosperidad Social, de disponer libremente de los apoyos monetarios y en especie otorgados por la entidad, así como el tratamiento que la normatividad prescribe para los niños, niñas y adolescentes en condición de vulnerabilidad.

3. La capacidad jurídica de los niños, niñas y adolescentes.

El artículo 14 de la Constitución Política consagra el derecho que tiene toda persona al reconocimiento de su personalidad jurídica. Según los artículos 73, 74 y 633 del Código Civil, las personas son naturales o jurídicas. Las primeras son todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición y está estrechamente relacionada con el ejercicio de cada uno de los denominados atributos de la personalidad: nombre, nacionalidad, domicilio, estado civil, capacidad y patrimonio (ver sentencias de la corte constitucional T-963 de 2001, T-1229 de 2001, T-277 de 2002, T-1033 de 2008, T-551 de 2014, SU-696 de 2015 y T-077 de 2016).

En otras palabras, la capacidad, como elemento integrante del estado civil de las personas, es un atributo de la personalidad y, por ende, es un derecho constitucional deducido del derecho de todo ser humano al reconocimiento de su personalidad jurídica.





En términos generales, la capacidad jurídica presupone la facultad de goce y de ejercicio de derechos. En palabras de la Corte Constitucional *"La capacidad de goce se adquiere al nacer y consiste en la aptitud que tiene cualquier persona para ser titular de derechos patrimoniales o extrapatrimoniales. De otro lado, la capacidad legal o de ejercicio, consignada en el artículo 1502 del Código Civil, tiene que ver con la facultad de la persona de obligarse por sí misma sin la autorización de otra"* (Sentencia C-131 de 2014).

Esta regulación de la capacidad de las personas reviste de especial importancia para determinar la forma como los individuos determinados como "incapaces" pueden interactuar frente a la sociedad y el Estado. Tal como lo resaltó la Corte Constitucional en su sentencia C-534 de 2005, *"teniendo en cuenta que esta aptitud se deriva del estado particular de cada individuo, es decir de su condición personal frente a la sociedad, se entiende que la capacidad de derecho la tienen todas las personas en el sentido que gozan de la facultad de ser sujetos de derechos. Mientras que la capacidad de hecho tiene su fuente, precisamente, en los derechos y deberes que la ley le permite ejercitar a ciertas personas en particulares condiciones. Al distinguir entre personas con capacidad plena y relativa, el Legislador no pretende discriminar a las segundas sino, por el contrario, proteger sus intereses de modo que, "la declaratoria de incapacidad legal es la alarma que la legislación emite para manifestar una desigualdad en los presupuestos volitivos y reflexivos de ciertos sujetos que van a desarrollar actividades comerciales, o que por lo menos tienen la expectativa de hacerlo"*.

Dicho lo anterior, el artículo 1503 del Código Civil prescribe la presunción legal de capacidad de las personas naturales, así:

"ARTICULO 1503. . *Toda persona es legalmente capaz, excepto aquéllas que la ley declara incapaces"*.

Ahora bien, en cuanto la capacidad de los niños, niñas y adolescentes, el artículo 1504 del Código Civil, modificado por el artículo 57 de la Ley 1996 de 2019 establece:

"Artículo 1504. Incapacidad absoluta y relativa. *Son absolutamente incapaces los impúberes. Sus actos no producen ni aún obligaciones naturales, y no admiten caución. Son también incapaces los menores púberes. Pero la incapacidad de estas personas no es absoluta y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes. Además de estas incapacidades hay otras particulares que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos"*

Respecto a los menores de edad, el artículo 34 del mismo Código Civil, modificado parcialmente por el artículo 119 de la Ley 1306 de 2009, señala:





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

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

Este artículo debe ser interpretado conjuntamente con la Ley 27 de 1977 que estableció la mayoría de edad a los 18 años, así:

"ARTICULO 1. Para todos los efectos legales llámase mayor de edad, o simplemente mayor, a quien ha cumplido diez y ocho (18) años.

ARTICULO 2. En todos los casos en que la ley señale los 21 años como aptitud legal para ejecutar determinados actos jurídicos, o como condición para obtener la capacidad de ejercicio de los derechos civiles, se entenderá que se refiere a los mayores de 18 años".

En el mismo sentido, el párrafo del artículo 53 de la ley 1306 de 2009, para efectos de designación de curaduría para los impúberes emancipados, precisa los niños y niñas que poseen tal condición de la siguiente manera:

"Artículo 53. Curador del impúber emancipado. (...)

Parágrafo. *Para todos los efectos legales el impúber se equipara al niño y niña definido en el artículo 3º del Código de la Infancia y Adolescencia. De igual manera, el menor adulto se equipara al adolescente de ese estatuto. Con todo, la edad mínima para contraer matrimonio se mantiene en 14 años, tanto para los varones como para las mujeres".*

Estas normas, con la adopción de la Convención sobre el derecho del niño" (ratificada mediante la Ley 12 de 1991) y la entrada en vigor de la Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia) sufrieron un cambio en la concepción tradicional del tratamiento de la capacidad en los menores de 18 años que le permiten constituirse en sujetos integrales titulares de derechos y obligaciones con capacidad para obrar en cierta categoría de actos en virtud de la protección reforzada de sus intereses y la garantía de sus derechos fundamentales. Para la doctrina, el atributo de la capacidad jurídica de los niños, niñas y adolescentes a la luz de los artículos 2 y 3 del Código de infancia y Adolescencia, no se vincula con la capacidad para celebrar actos y negocios jurídicos, sino para ser sujetos titulares de derechos y de su protección correspondiente (Ver Lafont P. Derecho de Familia – Derecho de menores y Juventud. 2007)





Bajo esta nueva perspectiva, el reconocimiento de los niños y niñas como sujetos de derecho difiere del concepto de la capacidad jurídica, en el dilema de si estos tienen o no una capacidad plena o son incapaces, en contraste con el principio jurídico de la autonomía de la voluntad. De esta disyuntiva, aparece el principio llamado "autonomía progresiva" que se desprende del artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño, así:

"ARTICULO 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".

Como se observa, este principio busca garantizar el ejercicio personal de los derechos de los niños y los reconoce como personas dotadas de una autonomía progresiva en sus actos y decisiones, de acuerdo con la "evolución de sus facultades", en una etapa de la vida que implica permanente desarrollo (ver: Miguel Cintero Bruñol. Infancia, Autonomía y Derechos: Una Cuestión de Principios. 1999).

Acorde con lo anterior y la protección reforzada de los derechos de los menores de 18 años, el Código de la Infancia y la Adolescencia en su artículo 3 estableció:

"Artículo 3º. Sujetos titulares de derechos. Para todos los efectos de esta ley son sujetos titulares de derechos todas las personas menores de 18 años. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 34 del Código Civil, se entiende por niño o niña las personas entre los 0 y los 12 años, y por adolescente las personas entre 12 y 18 años de edad (...)".

De esta forma, en la actualidad se reconoce que los niños, niñas y adolescentes pueden hacer uso directamente de su capacidad de ejercicio y tomar decisiones que se encuentran en su esfera personalísima y producen obligaciones sin depender de la autorización de terceros.

En términos de la jurisprudencia constitucional, esta capacidad de ejercicio se encuentra ligada estrechamente con el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Es así que, en la sentencia SU-642 de 1998, se establecieron las variables principales que han de tenerse en cuenta en la determinación del alcance en que debe respetarse la decisión de un menor de edad frente a la cual un adulto o el Estado pretendieran intervenir así:

"En opinión de la Sala, la primera variable está constituida por la madurez psicológica del menor que efectúa una determinada decisión, susceptible de ser protegida por el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad. Sobre este particular, la Corte ha señalado que la protección deparada por el anotado derecho fundamental es más intensa cuanto mayores sean las facultades de autodeterminación del menor de edad, las cuales - se supone





- son plenas a partir de la edad en que la ley fije la mayoría de edad. Esta regla también ha sido formulada conforme a 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.

La segunda variable a tener en cuenta en la determinación del alcance del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, está constituida por la materia sobre la cual se produce la decisión del menor de edad. Como ocurre en el caso del derecho a la igualdad, el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad es un derecho de carácter relacional, lo cual significa que protege las decisiones de las personas frente a algún asunto particular o, dicho de otro modo, protege la autonomía para decidir respecto de algo (...).

En el primer caso, el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad despliega una eficacia máxima, motivo por el cual la protección que depara es absoluta. Consecuente con ello, no existen posibilidades de intervención sobre las decisiones que en ese ámbito se produzcan pues, de lo contrario, resultaría afectado el núcleo esencial del anotado derecho. Ejemplo de este tipo de decisiones son aquellas que se relacionan con la identidad sexual de los individuos, frente a las cuales, como se vio, la Corte ha señalado que "no cabe determinismo extraño". En la segunda eventualidad, el nivel de protección desplegado por el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad se ve reducido de manera proporcional a la protección que también es necesario dispensar a los derechos de terceros que resulten involucrados por la decisión de que se trate o por las competencias de intervención que ostenten las autoridades públicas. Lo anterior puede producirse en ámbitos como la vida, la integridad personal, la salud o la educación que, además de constituir derechos fundamentales individuales, también son valores objetivos del ordenamiento en cuya promoción, defensa y protección las autoridades pueden intervenir, todo esto sin desmedro del núcleo esencial del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad (v. supra)".

Como se observa, son admisibles para la Corte aquellas medidas de protección coactiva tendientes a proteger los intereses de la propia persona, así como de los terceros que resulten involucrados o por las competencias de intervención que ostenten las autoridades públicas.

En esta misma línea, mediante la Sentencia C-131 de 2014, la Corte Constitucional precisó las condiciones para que las decisiones sean válidas para el ordenamiento jurídico, ligando el asunto a decidir con la complejidad y grado de comprensión del mismo por parte del niño, niña o adolescente, en los siguientes términos:

"5.1.5. Teniendo en cuenta la naturaleza misma del derecho al libre desarrollo de la personalidad, se considera que, en términos generales, su ejercicio se encuentra relacionado





con la capacidad que tienen los individuos de tomar decisiones. Por esta razón el ejercicio pleno de esta libertad depende de que la persona cuente con una voluntad reflexiva formada, de modo que, a mayor capacidad, mayor posibilidad de disposición del derecho.

Atendiendo a esta lógica, el Código Civil en el artículo 32, diferencia entre el infante o niño que no ha cumplido siete años, el impúber que no ha cumplido doce y el menor adulto que ha dejado de ser impúber. Esta clasificación incide a su vez en el grado de capacidad que el Legislador reconoce a cada grupo. En este orden de ideas, el artículo 1504 del mismo Código establece que los impúberes son absolutamente incapaces y que, por ende, sus actos no producen obligaciones naturales. Sin embargo, se reconoce la capacidad relativa de los menores adultos en ciertas circunstancias.

*De acuerdo con la legislación civil, las excepciones a la incapacidad del menor adulto se relacionan, entre otras, con su habilitación para otorgar testamento (art. 1061 del Código Civil), para contraer matrimonio (art. 117 del Código Civil), para reconocer un hijo natural o extramatrimonial, para celebrar capitulaciones matrimoniales, **para adquirir la posesión de bienes muebles e inmuebles**, para dar su consentimiento para la adopción de un hijo suyo (art. 66 de la Ley 1098 de 2006)^[19].*

En el mismo sentido, la Corte ha estimado que la capacidad del menor, se reconoce de acuerdo con la etapa de la vida en la que este se encuentre, "más o menos cerca del límite establecido por la ley a partir del cual ella se presume, y se relaciona con la complejidad de los asuntos para los cuales se requiere y con el grado de evolución del sujeto individualmente considerado; por ello, a medida que avanza el tiempo, se amplía el espectro de asuntos en los cuales puede y debe decidir por sí mismo para orientar, sin la conducción u orientación de otro su propio destino" (Sentencia C-131 de 2014). (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Bajo esta línea, la jurisprudencia constitucional ha estudiado la procedencia de medidas proteccionistas impuestas a menores de edad que involucran la autonomía de la voluntad y el libre desarrollo de la personalidad, en función de la evolución de sus facultades para entender los efectos de sus actos y decisiones.

Un ejemplo de ello se encuentra en la Sentencia C-246 de 2017, mediante la cual la Corte Constitucional, al realizar el análisis de la prohibición para los menores de edad de realizarse procedimientos estéticos, concluyó que los menores de edad entre los 14 y 18 años de edad, en los términos del consentimiento informado y calificado en conjunto con sus padres, pueden participar de las decisiones de su cuerpo y su identidad, en los eventos que sus capacidades evolutivas lo permitan. Sin embargo, estableció de manera irrestricta que los menores de 14 años no están habilitados para tomar decisiones en consideración a la autonomía progresiva y sus capacidades evolutivas, que considera la Corte, no están lo suficientemente desarrolladas.





En otro pronunciamiento jurisprudencial, la Corte Constitucional en la Sentencia T-447 de 2019, al estudiar el derecho a la identidad de género de los menores de edad, se manifestó frente la noción de capacidad jurídica así:

"(...) La capacidad jurídica, o sea, la capacidad para ser titular de derechos, la tiene toda persona sin necesidad de estar dotada de voluntad reflexiva; en cambio, la capacidad de obrar está supeditada a la existencia de esa voluntad.

35.- Ahora bien, en el marco de la capacidad de ejercicio el ordenamiento jurídico previó una serie de disposiciones que constituyen limitaciones a esa potestad, fundadas en diversos criterios, entre estos, la edad. Por ejemplo, el Código Civil establece los 18 años como la edad mínima para contraer matrimonio, pero admite que los mayores de 14 años de edad puedan casarse, siempre que cuenten con el consentimiento de los padres. El límite de edad referido demuestra las facetas de la capacidad, pues aunque se reconoce que todas las personas por el hecho de serlo son titulares de los derechos a la personalidad jurídica, al libre desarrollo de la personalidad y a la autonomía, se restringe el ejercicio de una de las expresiones de esos derechos, esto es, contraer matrimonio.

36.- En lo que respecta a las limitaciones sobre la capacidad de ejercicio fundadas en la edad, es necesario resaltar que, aun cuando la Constitución reconoce 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. Por ende, en principio, las restricciones a la capacidad de ejercicio de los menores de edad se consideran medidas de protección de sus derechos y del ejercicio de su autonomía futura.

37.- En atención a los límites de la capacidad de ejercicio y como un mecanismo de protección surge la figura de la representación, uno de los atributos de la patria potestad. Esta última institución, de acuerdo con el artículo 288 del Código Civil, constituye el "(...) conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquellos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone." La potestad descrita debe ejercerse con el objetivo de asegurar que los menores de edad logren el nivel máximo de satisfacción de sus derechos, deber que se ha denominado "responsabilidad parental".

En efecto, como quiera que los menores de edad tienen capacidad de goce irrestricta, pero su capacidad de ejercicio está limitada, opera la representación como una herramienta que facilita el ejercicio de sus derechos y permite otorgar el consentimiento sustituto".

La Corte ha sido consistente en manifestar que, en el marco de la capacidad legal progresiva de los niños niñas y adolescentes, pueden hacer uso de su capacidad de ejercicio, de acuerdo con la naturaleza del asunto, así como la edad y madurez volitiva y, para ello, ha establecido algunos criterios para identificar de manera particular y concreta, los actos y negocios que gozan de validez al amparo del bloque de constitucionalidad,





adicionales a aquellos que la legislación ha establecido como excepción a la regla general de incapacidad para los menores de edad.

Sin embargo, esta jurisprudencia no ha entregado criterios que puedan aplicarse de manera uniforme y objetiva, que permitan establecer más allá de toda duda cuáles actos “per se” puedan realizar válidamente los niños, niñas y adolescentes, lo que exige que tal análisis y aplicación se deba hacer en cada caso concreto.

Por ello, solamente aquellos actos consagrados expresamente en la legislación como excepción a la regla general de incapacidad de los menores de edad, pueden ser aplicados por los operadores jurídicos, sin necesidad de hacer un análisis individualizado de su procedencia (actos tales como celebrar matrimonio, celebrar capitulaciones, otorgar testamento, reconocer un hijo, adquirir la posesión de bienes muebles e inmuebles y la administración de los bienes y recursos que obtenga como consecuencia de su peculio profesional, entre otros). Sin embargo, todos estos actos tienen en común, que solo los puede ejercer válidamente los adolescentes púberes o menores adultos, es decir aquellos entre los 14 y los 18 años de edad, pues el legislador ha considerado que a esta edad, los adolescentes poseen suficiente juicio y discernimiento para ser conscientes de las implicaciones que trae consigo sus actuaciones y de conformidad con ello deciden hacerlo.

No obstante lo anterior, que a los adolescentes menores adultos, por disposición de la ley o la jurisprudencia, se les otorgue habilitación de la capacidad en casos particulares, no implica de por sí que deje de ser incapaz relativo o adquiera capacidad total para crear, modificar o extinguir relaciones en las que deba intervenir de forma autónoma y voluntaria; dado que esta facultad está reglada. En este sentido los actos celebrados por los relativamente incapaces, como los menores adultos, pueden ser objeto de declaración de nulidad relativa, es decir pueden ser saneables en la medida que no afecten negativamente los intereses de aquellas personas que la ley quiso proteger (ver artículo 1741 del Código Civil); es decir, que no pueden ser invocadas por terceros contra el incapaz y gozarán de validez mientras no sean declarados nulos por la jurisdicción. Al contrario, los actos y negocios de los absolutamente incapaces como los niños y niñas infantes e impúberes, son viciados de nulidad absoluta y, por lo tanto, no son saneables de forma alguna (artículo 1740 del Código Civil).

Por todo lo anterior, a la Oficina Asesora Jurídica no le es dable establecer lineamientos jurídicos generales para el tratamiento de la Unidades de Gasto en la focalización de programas sociales, pues de acuerdo con el concepto de capacidad progresiva de los niños, niñas y adolescentes otorgada en la ley y en la jurisprudencia, debe analizarse en cada caso si el niño, niña o adolescente posee la madurez psicológica y la capacidad volitiva para que sus actos se consideren vinculantes y válidos.





4. **El restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes.**

El numeral 1 del artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por el Estado Colombiano mediante la Ley 21 de 1991, establece que:

"(...) 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".

Por su parte, el inciso segundo del artículo 44 de nuestra Constitución Política establece que:

"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".

Así mismo, el artículo 8 del Código de Infancia y Adolescencia define el interés superior de los niños, niñas y adolescentes así:

"Artículo 8º. Interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes. 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".

Para este propósito, el artículo 50 del Código de Infancia y Adolescencia establece el restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, como *"la restauración de su dignidad e integridad como sujetos y de la capacidad para hacer un ejercicio efectivo de los derechos que le han sido vulnerados"* y, en este sentido, el artículo 51 ídem, impone como *"responsabilidad del estado a través de sus autoridades, informar; oficiar o conducir ante la policía, las defensorías de familia, las comisarías de familia o en su defecto, ante los inspectores de policía o las personerías municipales o distritales, a todos los niños, las niñas y adolescentes que se encuentren en condiciones de riesgo o vulnerabilidad"*.

En efecto, dicho proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de los mandatos constitucionales y para la operatividad del Código de la Infancia y la Adolescencia. Este proceso especial, incluye las acciones, competencias y procedimientos necesarios para que las autoridades administrativas facultadas por la ley, restablezcan a los niños, las niñas y los adolescentes el ejercicio pleno y efectivo de sus derechos.





De otra parte, el numeral 12 del artículo 82 del Código de la Infancia y la Adolescencia estipula como función del Defensor de Familia, la representación de los niños, niñas y adolescentes cuando carecen de representante legal, o cuando el representante legal se halle ausente o incapacitado, o sea el agente de la amenaza o vulneración de derechos.

En este contexto, debe señalarse que todas las actuaciones que realicen las autoridades públicas en las que se encuentren involucrados niños, niñas o adolescentes deben estar orientadas por el principio del interés superior y, por lo tanto, cuando se identifique que un niño, niña o adolescente se encuentre en una situación de riesgo de vulnerabilidad que afecte sus derechos fundamentales, las autoridades públicas deben accionar el mecanismo de restablecimiento de derechos, consagrado en el Código de infancia y Adolescencia.

No obstante lo anterior, frente al problema jurídico tratado en el presente concepto, es importante tener en cuenta el artículo 10 del Código de Infancia y Adolescencia, que trata el principio de corresponsabilidad en los siguientes términos:

Artículo 10. *Corresponsabilidad. Para los efectos de este código, se entiende por corresponsabilidad, la concurrencia de actores y acciones conducentes a garantizar el ejercicio de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes. La familia, la sociedad y el Estado son corresponsables en su atención, cuidado y protección.*

La corresponsabilidad y la concurrencia aplican en la relación que se establece entre todos los sectores e instituciones del Estado.

No obstante lo anterior, **instituciones públicas o privadas obligadas a la prestación de servicios sociales, no podrán invocar el principio de la corresponsabilidad para negar la atención que demande la satisfacción de derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes** (resaltado fuera de texto).

En el mismo sentido, el inciso segundo del artículo 11 ibidem señala:

"El Estado en cabeza de todos y cada uno de sus agentes tiene la responsabilidad inexcusable de actuar oportunamente para garantizar la realización, protección y el restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes".

En este sentido, si bien los programas sociales de Prosperidad Social pueden incluir requisitos de corresponsabilidad para la asignación de cupos en la intervención, en los que se requiera opere la capacidad de ejercicio de sus participantes, este no puede ser óbice para negar la prestación del servicio a cargo de la entidad, en favor de los adolescentes mayores de 14 años. En efecto, negar tal atención solo favorecería mantener o profundizar las situaciones de vulnerabilidad por la que pueda estar atravesando el adolescente y sobre las cuales, el programa social pretende dar tratamiento.





Bajo las anteriores consideraciones normativas y dado el reconocimiento de la autonomía progresiva de los adolescentes dado por la ley, se puede concluir que los programas sociales de Prosperidad Social podrán focalizar a este grupo poblacional y prestar los servicios que le correspondan, dando cumplimiento de forma simultánea a su obligación de informar a las autoridades responsables del "proceso de restablecimiento de derechos" de los niños, las niñas y los adolescentes a fin que desde su competencia, se adopten las medidas que correspondan.

5. **Del caso concreto.**

Teniendo en cuenta las consideraciones de orden jurídico analizadas en el presente documento, se procede a responder el objeto de la consulta de la siguiente manera:

- a. Las "Unidades de Gasto" son un concepto para la caracterización de grupos de personas en el registro y ordenación de información del Sisbén, respecto del cual le es asignado el mismo puntaje de clasificación a todas las personas que la conforman.
- b. El uso del concepto de "Unidades de Gasto" se enmarca en el Sisben y es utilizado como núcleo de intervención en la ejecución de programas sociales atendiendo el lineamiento de coherencia conceptual establecido en el Conpes 100 de 2006. Sin embargo, tal nucleación debe atender las disposiciones especiales establecidas en la normatividad de cada uno de los programas sociales en que se realice la focalización.
- c. De acuerdo con la definición el literal f) del artículo 2.2.8.1.4. del Decreto 1082 de 2015, las Unidades de Gasto se caracterizan por que quienes la conforman, tienen ingresos y gastos comunes, y se su representación se efectúa a través de un jefe o cabeza de hogar.
- d. La focalización comprende el proceso de identificación, selección y asignación de beneficiarios de los programas sociales, respecto del cual cada entidad ejecutora debe precisar los criterios de ingreso y salida más apropiados, teniendo en cuenta el objeto, enfoque y finalidad de cada programa. Para ello, la normatividad vigente ha establecido al Sisbén como la herramienta base para





este proceso, el cual puede ser complementado con otras fuentes de información acorde con las necesidades de cada programa.

- e. En la oferta programática de Prosperidad Social se identifican principalmente dos tipos de intervenciones (de acompañamiento y de entrega de ayudas monetarias y en especie) las cuales conllevan el requisito intrínseco de que sus participantes puedan asumir compromisos por si mismos o en representación de su Unidad de Gasto, así como la capacidad de disponer de los apoyos monetarios y en especie entregados.
- f. De conformidad con los preceptos establecidos en el Código de Infancia y Adolescencia, la Convención sobre los Derechos del Niño y la regulación civil, los niños y niñas de 14 años (infantes e impúberes) son absolutamente incapaces para realizar actos y negocios jurídicos y por lo tanto deben contar con la autorización de sus padres o representantes legales. Por su parte, a los adolescentes entre los 14 y 18 años de edad (púberes), nuestra legislación y jurisprudencia, les otorga la habilitación de la capacidad legal o les otorga capacidad legal progresiva, en los casos particulares que se considere que el menor tiene suficiente madurez psicológica para decidir sobre un asunto en concreto, que el asunto no le genere un perjuicio permanente, o genere un perjuicio a terceros, o afecte las competencias de intervención que ostenten las autoridades públicas para la garantía o protección de sus derechos.
- f. Considerando que la jurisprudencia que trata la habilitación de la capacidad progresiva de los niños, niñas y adolescentes no otorga criterios aplicables de forma uniforme y objetiva, no es posible determinar lineamientos generales para el tratamiento de las Unidades de Gasto en la Focalización de la oferta programática de Prosperidad Social y, en consecuencia, deben implementarse otras medidas conducentes a la satisfacción de sus derechos fundamentales y permitan prestar la atención a esta población.
- h. Por lo tanto y en consideración que los niños, niñas y adolescentes tienen capacidad de goce irrestricta, la entidad debe contemplar en el diseño de sus programas e intervenciones, las acciones administrativas adecuadas para la atención de esta población y, de esta forma, garantizar la realización, protección y el restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los





adolescentes. En todo caso y en consideración a que la capacidad de ejercicio de esta población está limitada, puede acudir a la representación como herramienta que facilite el ejercicio de sus derechos y permita otorgar el consentimiento sustituto requerido para la ejecución de la oferta programática de la entidad. En todo caso, cada programa debe contemplar en su diseño, las acciones a implementar cuando se trate de atención directa a niños, niñas y adolescentes.

- i. En vista que la oferta programática de Prosperidad Social se encuentra orientada a subsanar condiciones de vulnerabilidad de la población en situación de pobreza y pobreza extrema, es dable que estos puedan ser focalizados como beneficiarios de los programas sociales de la entidad, pues su propósito se encuentra en línea con lo establecido en los artículos 10 y 11 del del Código de Infancia y Adolescencia, esto es, garantizar la realización, protección y el restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes.

No obstante lo anterior y de conformidad con el artículo 51 del Código de Infancia y Adolescencia, cuando en el trámite de focalización o ejecución del programa, se identifique que un niño, niña o adolescente se encuentre en una situación de riesgo de vulnerabilidad que afecten sus derechos fundamentales, Prosperidad Social como autoridad pública, deberá accionar el mecanismo de restablecimiento de derechos, consagrado en dicho Código, esto es, informar al ICBF sobre la situación de los menores.

IV. **CONCLUSIÓN.**

Teniendo en cuenta lo desarrollado a lo largo de este concepto, la respuesta al problema jurídico planteado consistente en establecer si los hogares conformados exclusivamente por menores de edad, determinados como unidades de gasto por el Sisbén IV, pueden ser objeto de focalización de los programas sociales de Prosperidad Social, debe señalarse que dada la capacidad de goce irrestricta que posee este grupo poblacional, pueden ser objeto de focalización de la oferta programática de la entidad, dependiendo del análisis que se debe efectuar en cada caso concreto, de tal forma que si la unidad de gasto está conformada exclusivamente por menores de edad púberes (adolescentes entre los 14 y 18 años de edad), en virtud del principio de capacidad progresiva, puede ser beneficiario directo. Por el contrario, si la unidad de gasto está conformada exclusivamente por menores de edad infantes o impúberes (menores de 14 años) no es posible contemplarlo como beneficiario, dado que nuestra legislación considera que este grupo poblacional no posee capacidad de ejercicio, como medida de protección de sus derechos.





La equidad
es de todos

Prosperidad
Social



No. de radicación: **M-2021-1400-018670**

Fecha radicación: 2021-06-16 10:20:16 AM

Se recomienda tener en cuenta las disposiciones contenidas en los artículos 10, 11, 51 y s.s. del Código de Infancia y Adolescencia.

El presente concepto se rinde de conformidad con el alcance dispuesto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, incorporado por la Ley 1755 de 2015. Lo anterior no sin advertir, que el mismo se encuentra sujeto a las modificaciones legales y jurisprudenciales que se expidan y acojan dentro del asunto.

Con el objetivo de implementar políticas para fomentar el aprendizaje organizativo y gestión del conocimiento, la Oficina Asesora Jurídica podrá publicar los conceptos jurídicos expedidos en desarrollo de su función consultiva, en la página intranet de la entidad.

Atentamente,

Lucy Edrey Acevedo Meneses
Jefe de Oficina

Copia: Édgar Orlando Picon Prado - Dirección de Transferencias Monetarias Condicionadas

Copia: Carlos Alberto Alvarez Ocampo - GIT Focalización

Copia: Yohanna Pilar Cubillos Santos - GIT Familias en Acción

Elaboró: John Fredy Rodríguez Barrera

Revisó: Omar Alberto Baron Avendaño

