



Sentencia C-113/17

Referencia: Expediente D-11576

Demandantes: Katherinne Alejandra Velasco Landazabal y otro

Acción pública de inconstitucionalidad contra el artículo 32 (parcial) de la Ley 1098 de 2006, “*Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia*”.

Magistrada Ponente:
MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Bogotá, D.C., veintidós (22) de febrero de dos mil diecisiete (2017).

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

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. En ejercicio de la acción de inconstitucionalidad prevista en los artículos 40-6, 241-4 y 242-1 de la Constitución Política, los ciudadanos Katherine Alejandra Velasco Landazabal y Alexis Parra Rodríguez demandaron el artículo 32 (parcial) de la Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y la Adolescencia, por considerar que la expresión “*las buenas costumbres*” desconoce los artículos 2, 16, 20, 38, 44 y 45 de la Constitución.

Mediante auto del dieciséis (16) de agosto de dos mil dieciséis (2016) se admitió la acción, y se ordenó comunicar la iniciación del proceso al Presidente del Senado de la República; a los Ministerios de Justicia y del Derecho, y de Educación; al Defensor del Pueblo; a la Directora del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF; a la Directora Ejecutiva de Colombia Diversa; a los Decanos de las facultades de Derecho de las universidades Sergio Arboleda, del Norte, de Antioquia, Externado de Colombia y del Rosario; y, a la facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. De igual modo se ordenó correr traslado al Ministerio Público y fijar en lista el proceso para efectos de las intervenciones ciudadanas (artículos 242 y 244 de la C.P. y 7, 11 y 13 del Decreto 2067 de 1991)¹.

2. Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de los procesos de constitucionalidad, la Sala Plena de la Corte Constitucional procede a decidir la demanda de la referencia.

II. NORMA DEMANDADA

A continuación se transcribe la disposición parcialmente objeto de demanda, conforme a su publicación en el Diario Oficial No. 46.446 del ocho (8) de noviembre de dos mil seis (2006), destacándose el aparte cuestionado:

“Ley 1098 de 2006
(noviembre 8)

Diario Oficial No. 46.446 de 8 de noviembre de 2006

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia.

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

[...]

ARTÍCULO 32. DERECHO DE ASOCIACIÓN Y REUNIÓN. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho de reunión y asociación con fines sociales, culturales, deportivos, recreativos, religiosos, políticos o de cualquier otra índole, sin más limitación que las que imponen la ley, *las buenas costumbres*, la salubridad física o mental y el bienestar del menor.

¹ Folios 14 a 18 del expediente.

Este derecho comprende especialmente el de formar parte de asociaciones, inclusive de sus órganos directivos, y el de promover y constituir asociaciones conformadas por niños, las niñas y los adolescentes.

En la eficacia de los actos de los niños, las niñas y los adolescentes se estará a la ley, pero los menores adultos se entenderán habilitados para tomar todas aquellas decisiones propias de la actividad asociativa, siempre que afecten negativamente su patrimonio.

Los impúberes deberán contar con la autorización de sus padres o representantes legales para participar en estas actividades. Esta autorización se extenderá a todos los actos propios de la actividad asociativa. Los padres solo podrán revocar esta autorización por justa causa.”

III. LA DEMANDA

3. Con el escrito radicado en la Secretaría de esta Corporación el veintiuno (21) de julio de dos mil dieciséis (2016)², los ciudadanos Katherine Alejandra Velasco Landazabal y Alexis Parra Rodríguez solicitaron declarar la inexecutable parcial del artículo 32 de la Ley 1098 de 2006, “*Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia*”. En su concepto la expresión “*las buenas costumbres*”, contenida en tal disposición como límite al libre ejercicio del derecho de asociación y reunión por parte de niños, niñas y adolescentes, quebranta los artículos 2, 16, 20, 38, 44 y 45 de la Carta Política. Sus acusaciones se sintetizan en los siguientes cargos:

3.1. Vulneración a los fines esenciales del Estado y al derecho de asociación (artículos 2 y 38 de la Constitución). Sostienen los demandantes que en el marco del Estado Social y de Derecho, fundado en la garantía del principio de dignidad humana, los fines a los que se dirige la comunidad³ deben permitir el mejoramiento personal y social de cada individuo, a través de la debida tutela de los derechos constitucionales; objetivo que, agregan, no se logra si las condiciones para su ejercicio gozan de insuperable indeterminación, como ocurre con la disposición parcialmente demandada, que somete el ejercicio de un bien fundamental que atiende a la propia condición “*social*” de todo ser humano, a “*las buenas costumbres*”.

Precisan que la indeterminación propiciada por el uso de tal expresión, lesiona con mayor intensidad el ordenamiento si se tiene en cuenta que se inscribe en el ámbito del ejercicio de derechos por menores de edad, “*que por hacer parte importante en la construcción de la sociedad y por prevalecer sus derechos*”

² Folios 1 a 10.

³ Tales como la protección de niños, niñas y adolescentes; de los derechos y deberes previstos en general en la Carta y la solidaridad.

sobre los derechos de los demás, se deben tutelar por parte del estado colombiano con mayor ahínco.”.

Advierten que esta Corporación ha considerado en reiterada jurisprudencia que el uso de expresiones como la que aquí se demanda es inconstitucional, porque permite que la norma adolezca de falta de claridad⁴. Finalmente, los promotores de la acción sintetizan:

“Consideramos que la expresión acusada atenta contra nuestros artículos 2 y 38 constitucionales en el entendido que establece una restricción al derecho de asociación de los niños, niñas y adolescentes y obstaculiza el desarrollo de su ser en comunidad por cuanto “las buenas costumbres” que relaciona el artículo 32 de la ley 1098 de 2006 deja abierta la posibilidad que su interpretación sea subjetiva y librada al arbitrio de la autoridad que tenga la potestad de limitar tal garantía toda vez que al ser indeterminada su expresión, se vulneran los fines que debe cumplir el estado para garantizar su desarrollo integral mediante los derechos a conocer aquellos aspecto mediante los cuales se les afecta en su vida y se les limita el derecho de asociación de los niños, niñas y adolescentes”.

3.2. Lesión de los derechos al libre desarrollo de la personalidad, libertad de expresión y dignidad humana (artículos 16, 20, 44 y 45 de la Constitución). Afirman los actores que, como garantía de la autonomía individual, los niños, niñas y adolescentes pueden, con base en su criterio y en ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad, vivir acorde con su concepción de lo bueno; y, a la vez, manifestar sus opiniones en ejercicio del derecho a la libertad de expresión, sin más límites que los que imponen el respeto a la Constitución, la ley y los derechos de los demás.

El aparte demandado del artículo 32 de la Ley 1098 de 2006, estiman, lesiona tales bienes fundamentales, pues su indeterminación permite que “*se les condicione o cercene ese derecho de participar activamente en la comunidad con criterios subjetivos de funcionarios*”, esto es, se creó un límite sin fundamento constitucional, lo que ha sido objeto de reproche por parte de la Corte Constitucional en varios de sus pronunciamientos⁵. Considerar que los menores de edad, quienes se encuentran en un proceso caracterizado por la inmadurez física y psicológica pero en construcción de elementos y herramientas para entender la vida a su alrededor, incurren en actos que atentan contra las *buenas costumbres*, es tanto como admitir la ineficiencia e ineficacia del Estado para “*articular todos aquellos procesos tendientes al*

⁴ Citaron las sentencias C-010 de 2000 (MP Alejandro Martínez Caballero; SP Vladimiro Naranjo Mesa, Álvaro Tafur Galvis y José Gregorio Hernández Galindo; AV Carlos Gaviria Díaz), C-350 de 2009 (MP María Victoria Calle Correa; SV Nilson Pinilla Pinilla, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) y C-435 de 2013 (MP Mauricio González Cuervo - unánime).

⁵ Al respecto, citan la sentencia C-507 de 1999 (MP Vladimiro Naranjo Mesa, AV Antonio Barrera Carbonell, Alfredo Beltrán Sierra, Carlos Gaviria Díaz, Alejandro Martínez Caballero y José Gregorio Hernández Galindo).

*desarrollo de la personalidad, de la expresión del individuo y su relación con la sociedad como desarrollo de la dignidad humana”*⁶.

En los anteriores términos, precisan, es evidente el enlace entre la situación de indefensión y vulneración de los menores de edad⁷, por un lado, y la obligación radicada en cabeza del Estado de protegerlos de manera diferenciada y especial, por el otro, atendiendo a los principios de subsidiariedad y solidaridad (artículos 40 y 44 constitucionales):

“Por esta razón el Estado no debe cercenar la posibilidad de participación en comunidad del niño, niña y adolescente con talanqueras injustificadas como la expresión acusada de “las buenas costumbres” toda vez que el estado en lugar de generarle a aquella personita un aporte a su desarrollo integral, lo que estaría ocasionando sería un perjuicio a su formación física o psicológica ya que por la misma inmadurez que presenta no se encuentra en la capacidad de entender armónicamente la expresión “buenas costumbres” y por esta razón no podría estar sujeto al entendimiento de ese aspecto que le afectó en su vida soslayando así nuestra carta magna”.

Además de las disposiciones constitucionales citadas, precisan, los derechos invocados como vulnerados encuentran sustento normativo en diferentes instrumentos internacionales⁸, tales como la Convención de los Derechos del Niño, artículo 3 numerales 1º y 2º; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 24-1; la Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 19; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 10-3; la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, artículo 2; y, la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 25-2. Igualmente, advierten los accionantes, el alcance de los derechos de los menores de edad en el ámbito interamericano fue objeto de estudio en la Opinión Consultiva No. OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002.

IV. INTERVENCIONES

Intervenciones de autoridades estatales

⁶ Sobre las condiciones de los menores de edad y sus implicaciones para el ordenamiento jurídico, citan las sentencias T-260 de 2012 (MP Humberto Antonio Sierra Porto, AV Luis Ernesto Vargas Silva) y T-680 de 2015 (MP Luis Ernesto Vargas Silva - unánime).

⁷ “Los niños, en virtud de su falta de madurez física y mental –que les hace especialmente vulnerables e indefensos frente a todo tipo de riesgos-, necesitan protección y cuidados, especiales, tanto en términos materiales, psicológicos y afectivos, como en términos jurídicos, para garantizar su desarrollo armónico e integral y proveer las condiciones que necesitan para convertirse en miembros autónomos de la sociedad”.

⁸ La identificación de los instrumentos aplicables se fundamenta en lo sostenido por la Corte Constitucional en la sentencia T-260 de 2012 (MP Humberto Antonio Sierra Porto, AV Luis Ernesto Vargas Silva).

Ministerio de Justicia y del Derecho

4. La titular de la Dirección de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico, en representación del Ministerio de Justicia y del Derecho, se opone a la pretensión de la acción de inconstitucionalidad⁹. Afirma que el problema jurídico consiste en establecer si la expresión demandada, dada su indeterminación, configura una restricción arbitraria a los derechos de asociación y reunión, libre desarrollo de la personalidad y libertad de expresión.

4.1. Bajo tal enfoque advierte que: (i) las disposiciones que conforman el Código de la Infancia y la Adolescencia, como la que aquí se demanda parcialmente, deben ser interpretadas atendiendo a los parámetros constitucionales y de derecho internacional pertinentes¹⁰; (ii) que en ese escenario, y con fundamento particular en los artículos 44 y 45 de la Constitución, los niños, niñas y adolescentes son sujetos de especial protección, por su falta de madurez, lo que impone la obligación de brindarles las condiciones para que puedan convertirse “*en miembros libres, autónomos y partícipes de la sociedad democrática y del orden en ella establecidos*”¹¹.

Agrega, que (iii) el interés superior del menor es expresión de la prevalencia de sus derechos, y que, en últimas, (iv) los criterios hermenéuticos para la debida comprensión de las disposiciones pertenecientes al Código de la Infancia y la Adolescencia son (iv.1) los menores son sujetos de especial protección, (iv.2) sus derechos prevalecen sobre los derechos de los demás, (iv.3) *las garantías de protección para su desarrollo armónico generan obligaciones verticales y horizontales*, y (iv.4) *la exigibilidad de los derechos y obligaciones, se encuentran basadas en el carácter subjetivo y colectivo de los derechos e intereses protegidos*.

4.2. A continuación, con fundamento en la jurisprudencia de esta Corporación¹², expone la validez constitucional de incorporar conceptos indeterminados, específicamente de contenido moral, a disposiciones que regulan la restricción de derechos fundamentales, concluyendo que, salvo el contexto sancionatorio disciplinario o penal, tal configuración legislativa no es necesariamente inconstitucional.

4.3. Concluye, entonces, que en el marco del Código de la Infancia y la Adolescencia la expresión demandada no es inexecutable, pues:

“... el Legislador se encuentra legitimado constitucionalmente a restringir estos derechos de manera proporcionada y razonable, para

⁹ Memorial obrante a folios 60 a 62.

¹⁰ Afirma que sigue lo sostenido al respecto en la sentencia C-055 de 2010 (MP Juan Carlos Henao Pérez - unánime).

¹¹ *Ibidem*.

¹² Se refiere en concreto a la sentencia C-435 de 2013 (MP Mauricio González Cuervo - unánime).

garantizar el interés superior del menor, la prevalencia de sus derechos y la garantía de protección integral de los mismos.

La expresión “*buenas costumbres*” si bien inicialmente podría estar comprometida dentro de los conceptos indeterminados, al contextualizarse con las demás normas del Código de Infancia y Adolescencia, en especial, las relacionadas con la finalidad, los principios, y la regla de interpretación y aplicación del Código, encuentra sentido y desarrollo normativo en el imperativo de prevalencia de los derechos de los niños y la protección integral por parte del Estado, la sociedad y la familia”.

Ministerio de Educación

5. Esta Cartera, a través de la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, intervino con el objeto de solicitar que se declare (i) la inhibición para efectuar un pronunciamiento de fondo o, en su defecto, (ii) la exequibilidad condicionada de la expresión demandada, en el entendido en que “*las buenas costumbres*” se circunscriban a la *moral social o moral pública*¹³.

5.1. Considera que la demanda, aunque satisface mínimamente el requisito de claridad, adolece de falta de certeza, dado que extrae una proposición sin contextualizar la expresión demandada dentro de todo el enunciado previsto en el artículo 32 del Código de la Infancia y la Adolescencia. Así, los demandantes sostienen que el aparte demandado se traduce en una exigencia previa para el ejercicio del derecho de asociación y reunión, cuando lo que hace es recordar que el ejercicio de derechos, por parte de mayores y menores, tiene limitaciones, como la ley y la moral pública, “[R]esulta además un *exabrupto exigir al legislador que en esto último [la moral pública] despliegue un catálogo de situaciones que a futuro pueden cambiar de consideración, según los criterios de una época determinada*”.

5.2. Tras referirse a los conceptos jurídicos indeterminados, advirtiendo que ellos no conducen a una aplicación igualmente indeterminada¹⁴, adujo que, conforme a la jurisprudencia constitucional¹⁵, el término “*buenas costumbres*” es vago y ambiguo, y constitucionalmente inaceptable para configurar normas con efecto sancionatorio, disciplinario o penal.

No obstante, precisa, el uso de dicha expresión en otros escenarios no es *per se* inconstitucional, como ocurre en este caso, pues, agrega, una interpretación integral del artículo 32 del Código de la Infancia y la Adolescencia evidencia que, tal como ocurre con las personas que han adquirido la mayoría de edad, el legislador, contrario a lo afirmado por los demandantes, incentiva a los

¹³ Folios 46 a 59.

¹⁴ Cita la sentencia C-371 de 2002 (MP Rodrigo Escobar Gil - unánime).

¹⁵ Sentencia C-350 de 2009 (MP María Victoria Calle Correa; SV Nilson Pinilla Pinilla, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

menores a que participen y expresen sus opiniones en campos tales como la política y la religión, sin que exista uno vedado. Agrega:

“No se debe desconocer que en términos de redacción el legislador pudo haber optado por la locución *moral social* o *moral pública*, que cuenta ya con un desarrollo jurisprudencia, en vez de *buenas costumbres*, en los términos explicados por la Corte Constitucional en la Sentencia C-244 de 1994¹⁶: (...)”.

Atendiendo a la anterior interpretación y dentro de un estado Social y de Derecho, la armonización de los diversos planes de vida de los individuos en una sociedad, exige la fijación de límites al ejercicio de los derechos, sin que por ello se predique inconstitucionalidad alguna (artículo 95 de la carta). El uso de una expresión como la cuestionada, traducida en términos de moral social, no es, entonces, arbitraria y obedece al ámbito de regulación del legislador¹⁷, quien no podría definir de antemano unos supuestos que con el paso del tiempo pueden variar.

Siguiendo las reglas acogidas por la Corte Constitucional en la sentencia C-435 de 2013¹⁸, indica, la inclusión de un concepto indeterminado en la formulación semántica de una disposición no es inconstitucional cuando su alcance puede concretarse acudiendo a las herramientas hermenéuticas. Atendiendo a este supuesto, “*puede justificarse una decisión de exequibilidad condicionada, en la medida que a pesar de no contarse con una definición legal o jurisprudencial del concepto “buenas costumbres”, lo cual permite calificarlo como un concepto ambiguo o vago, es posible ligarlo con la noción de moral pública, con el que se puede llenarlo de un contenido objetivo, para que de esta manera contemos con un concepto en el marco de criterios válidos de interpretación.*”.

En conclusión, precisa, el concepto de “*las buenas costumbres*” puede reconducirse al de *moral social* o *moral pública*; no se inscribe en un escenario sancionatorio; y, el contexto de su inserción es propio de una norma que incentiva el ejercicio de derechos, pero que no tienen un contenido absoluto, por lo tanto, la expresión no es inconstitucional.

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF

6. La Jefe (e) de la Oficina Asesora Jurídica del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF solicitó declarar la exequibilidad de la expresión

¹⁶ MP Jorge Arango Mejía, SV Eduardo Cifuentes Muñoz, Fabio Morón Díaz, Alejandro Martínez Caballero y Carlos Gaviria Díaz. También citó la sentencia C-814 de 2001 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra, SV Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño y Eduardo Montealegre Lynett, AV y SP Jaime Araujo Rentería).

¹⁷ Sentencia C-081 de 1996 (MP Alejandro Martínez Caballero,

¹⁸ (MP Mauricio González Cuervo - unánime).

“*las buenas costumbres*” objeto de demanda, con fundamento en las razones que, a continuación, se compendian¹⁹:

Los accionantes sustentan su pretensión de inconstitucionalidad, de manera relevante, en dos pronunciamientos en los que la Corte Constitucional retiró del ordenamiento un enunciado similar: las sentencias C-350 de 2009²⁰ y C-435 de 2013²¹. No obstante, agrega, en dichas oportunidades el contexto normativo era diferente al actual, pues era propio del derecho sancionatorio y, por lo tanto, fuente de limitación de garantías y libertades sin sustento; mientras que el artículo 32 del Código de la Infancia y la Adolescencia se inserta en el acápite sobre los derechos de los que son titulares niñas, niños y adolescentes:

“... Desde una perspectiva sistemática, la norma no está pensada para proponer limitaciones al derecho de asociación y reunión de los niños, niñas y adolescentes, sino que, por el contrario, está previsto como parte de las garantías y ámbitos de protección de dicho ordenamiento”.

Pese a la indeterminación del aparte demandado, la Corte Constitucional ha venido avalando su incorporación en el escenario jurídico a través de varios pronunciamientos²², construyendo una jurisprudencia que tiende a sostener su vínculo con el concepto de “moral social”, considerando su validez a partir de normas de constitucionales tales como los artículos 33 y 209:

“Por ende, se ha determinado por parte de la Corte que hablar del término “moral” implica hablar de una “moral social” que debe ser comprendida en los términos en que es enmarcada por el ordenamiento jurídico y no por criterios subjetivos o culturales que discriminen otro tipo de contextos de juicios de valor. Son la Constitución, las leyes y los demás instrumentos del ordenamiento jurídico, los parámetros de contextualización y hermenéutica de la noción “buenas costumbres” o “moral social”.

Con fundamento en el contexto de la disposición parcialmente demandada es claro, como incluso lo admiten los accionantes, que la condición de

¹⁹ Memorial obrante a folios 40 a 45 del expediente.

²⁰ MP María Victoria Calle Correa; SV Nilson Pinilla Pinilla, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

²¹ MP Mauricio González Cuervo - unánime.

²² Cita las providencias C-224 de 1994 (Jorge Arango Mejía; SV Eduardo Cifuentes Muñoz, Fabio Morón Díaz, Alejandro Martínez Caballero y Carlos Gaviria Díaz), C-404 de 1998 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz; AV Antonio Barrera Carbonell, Alfredo Beltrán Sierra, Alejandro Martínez Caballero y Carlos Gaviria Díaz), C-814 de 2001 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra, SV Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Eduardo Montealegre Lynett; y, AV - SP Jaime Araújo Rentería), C-431 de 2004 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra; SP Jaime Araújo Rentería, Rodrigo Escobar Gil, Alfredo Beltrán Sierra y Clara Inés Vargas Hernández).

C-1194 de 2008 (MP Rodrigo Escobar Gil y AV Jaime Araújo Rentería), C-350 de 2009 (MP María Victoria Calle Correa; SV Nilson Pinilla Pinilla, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) y C-710 de 2012 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y AV María Victoria Calle Correa).

vulnerabilidad de sus destinatarios impone el establecimiento de elementos que permitan su adecuada protección así como la garantía de la prevalencia de sus derechos; la consideración de entornos de protección y prevención contra las amenazas al ejercicio de bienes fundamentales es, entonces, razonable atendiendo la inmadurez física y psicológica de este grupo poblacional.

Este enfoque de protección, continúa, no está presente solo en el marco del derecho interno, sino en varios instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que prevé la posibilidad de restringir el ejercicio de algunos derechos en razón a la preservación de la *moral pública*, o la Declaración de los Derechos del Niño, que en su segundo principio (concordante con los artículos 27 y 32) destaca que la protección de los niños se encamina, entre otros objetivos, a su desarrollo moral.

Tal como disponen los artículos 12, 13, 15, 16 y 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la restricción del ejercicio de derechos es dable en beneficio de la moral pública, “... *el artículo 32 de la Ley 1098 de 2006 previó una estructura de protección de este derecho, así como el de reunión en cabeza de los niños, niñas y adolescentes, atendiendo no solo a las “buenas costumbres” en un sentido vago o ambiguo, sino articulándolo con las prescripciones legales, de salubridad física o mental de bienestar de los niños niñas y adolescentes.*”. En un amplio ámbito de protección el legislador incluyó, como lo hizo al afirmar el *respeto a la ley*, un concepto normativo de *moralidad pública*. La estructura de las normas del Código de la Infancia y la Adolescencia evidencia, además, el papel activo y coordinado de autoridades estatales, familia y sociedad como garantes del ejercicio pleno de los derechos de niños, niñas y adolescentes.

El derecho a reunirse y manifestarse, destaca el ICBF, está sujeto a algunos condicionamientos sociales y éticos, como lo ha reconocido la Corte Constitucional²³, y, en tal sentido, “*el artículo 32 de la Ley 1098 de 2006 habla de este engranaje de condiciones que protegen el ejercicio pleno de los derechos de asociación y reunión por parte de niños, niñas y adolescentes basándose en criterios de respeto a las buenas costumbres, entendidas en relación con el respeto al ordenamiento jurídico, la salubridad física o mental y el bienestar de sus titulares*”, por lo que, se concluye, los criterios de interpretación legal y jurisprudencial, permiten dotar de contenido la expresión demandada, lográndose eliminar la presunta discrecionalidad y arbitrariedad invocada por los accionantes.

Intervención de institución académica

7. La Coordinadora del Área de Derecho de Familia del Consultorio Jurídico y la Asesora de la Clínica contra la Violencia Intrafamiliar y de Género de la

²³ Cita la providencia C-742 de 2012 (MP María Victoria Calle Correa; SP Alexei Julio Estrada; y SV Jorge Iván Palacio Palacio y Luis Ernesto Vargas Silva).

Universidad del Rosario acompañan la pretensión de los accionantes, afirmando que el enunciado debe ser retirado del ordenamiento porque (i) la Corte Constitucional ya lo ha hecho en otras oportunidades,²⁴ (ii) no posee una definición *determinada o jurídicamente aceptable* y por lo tanto es un elemento que incide en el alcance de protección de los derechos de los menores, y (iii) es contrario a los mandatos previstos en los artículos 2, 16, 20, 24, 28, 38, 40, 44 y 45 de la Carta Política²⁵.

Afirman las intervinientes que (i) atendiendo a la línea jurisprudencial construida por esta Corte alrededor del derecho de asociación²⁶ y (ii) conforme a lo dispuesto en los artículos 44 de la Constitución y 15 de la Convención sobre los Derechos del Niño²⁷, y el principio segundo de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, (iii) los derechos de los menores son prevalentes y deben ser protegidos, sin limitación, pues la inmadurez propia de esta etapa así lo exige en beneficio de su libre desarrollo y felicidad. En estas condiciones, precisan, como la noción de “*las buenas costumbres*” constituye un límite al ejercicio del derecho de asociación y reunión debe ser declarada inexecutable. Concluyen su intervención afirmando:

“ ... la búsqueda del cumplimiento para la protección de los derechos del niño ordenado por el ordenamiento jurídico universal y nacional, señala con claridad que, todo lo que restrinja, limite o constriña los derechos de los infantes y adolescentes, estaría contraviniendo su libertad y libre desarrollo. La naturaleza del derecho de Asociación y Reunión de un menor o adolescente, le permitirá desarrollarse y expresar lo que desee, siempre y cuando no se incurra en ninguna contravención legal. Por cuanto, no podría verse limitado a lo que en determinado contexto o momento histórico podría considerarse subjetiva y limitadamente, como `las buenas costumbres`.”.

V. CONCEPTO DE LA PROCURADORA GENERAL DE LA NACION

8. En el concepto 6177 la Procuradora General de la Nación (e) le pide a la Corte Constitucional declarar la exequibilidad de la expresión “*las buenas costumbres*”, prevista en el artículo 32 de la Ley 1098 de 2006 - Código de la

²⁴ Sentencias C-350 de 2009 (MP María Victoria Calle Correa; y, SV Nilson Pinilla Pinilla, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) y C-567 de 2000 (MP Alfredo Beltrán Sierra; SP José Gregorio Hernández Galindo, Vladimiro Naranjo Mesa y Álvaro Tafur Galvis; y AV Eduardo Cifuentes Muñoz y Vladimiro Naranjo Mesa).

²⁵ Folios 35 a 39.

²⁶ Cita las sentencias C-606 de 1992 (MP Ciro Angarita Barón), C-010 de 2000 (MP Alejandro Martínez Caballero; SP Vladimiro naranjo Mesa, Álvaro Tafur Galvis, José Gregorio Hernández; y, AV Carlos Gaviria Díaz), C-008 de 2001 (MP Álvaro Tafur Galvis - unánime) y C-354 de 2009 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo - unánime).

²⁷ Al respecto manifestaron: “*La Convención Sobre los Derechos del Niño en su Artículo 15 señaló que el derecho de asociación de los infantes y adolescentes, deberá garantizarse en los términos de una sociedad democrática en derecho, lo cual hace referencia a que este derecho y al igual que los demás que en dicha Declaración se exponen, no podrán verse restringidos o limitados de ninguna manera.*”.

Infancia y la Adolescencia, advirtiendo que, en virtud del principio *por actione*, es viable comprender los cargos que se invocan²⁸.

8.1. Argumenta que una debida contextualización del enunciado “*las buenas costumbres*” dentro de la disposición al que pertenece y de la disposición en el Código de la Infancia y la Adolescencia, permite afirmar, contrario a lo sostenido por los accionantes, que el artículo 32 no regula una sanción, restricción o limitación y que la expresión demandada funge como *resguardo jurídico, criterio orientador* o de *interpretación, directriz* o *delineador* para el ejercicio adecuado del derecho de asociación y reunión en un marco protector y deferente por los derechos de los menores, “*que propende por las seguridades de aquellos niños, niñas y adolescentes que en ejercicio de sus derechos sin duda pueden ser convocados o reunidos en torno a fines que los perjudiquen o que menoscaben su conciencia, integridad física o mental, y comprometan así su desarrollo integral. De hecho, ejemplo de este tipo de reuniones pueden ser los casos en los que los niños son congregados para hacer parte de grupos promotores de bullying (...)*”.

Agrega que “*las buenas costumbres*”, al igual que la Ley, la salubridad física o mental y el bienestar del menor, constituye un límite del límite que puede imponerse para el libre ejercicio de los derechos, que guarda coherencia con lo previsto en el artículo 38 Superior y que, además, ha sido entendido por la Corte en los términos de “*moral social*”²⁹:

“... las buenas costumbres y la moralidad pública pueden ser consideradas como fuentes de restricción para algunas libertades en la medida en la que resulta necesario mantenerlas “*para armonizar proyectos individuales de vida que, pese a ser totalmente contradictorio, resultan compatibles con una democracia constitucional y que, adicionalmente, es indispensable para conjurar la libertad individual con la responsabilidad y la solidaridad que hacen posible este modelo constitucional*”³⁰.”.

8.2. El aparte demandado, continúa, no lesiona el artículo 2º de la Constitución, como lo sostienen los promotores de la acción, dado que, precisamente en aras de garantizar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo, el ejercicio de los derechos debe contar con limitaciones. Podría pensarse que lo que se invoca en este caso es un presunto desconocimiento del principio de legalidad y del derecho al debido proceso, dada la indeterminación de la expresión, no obstante el contexto del artículo 32 de la Ley 1098 de 2006 no es sancionatorio, sino, se insiste, de reconocimiento de libertades en favor de los menores de edad:

²⁸ Folios 68 a 72.

²⁹ Como se efectuó en la sentencia C-710 de 2012 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y AV María Victoria Calle Correa)

³⁰ Sentencia C-404 de 1998 (MP Carlos Gaviria Díaz y Eduardo Cifuentes Muñoz).

“... a partir de una simple y objetiva lectura de la finalidad de la ley de infancia y adolescencia, así como de la Convención de los Derechos del Niño, queda claro que la finalidad de sus normas es la protección integral de los menores de edad y su consecuente custodia. Por lo que sería entonces errado considerar el término “*buenas costumbres*” como parte de un texto normativo de carácter sancionatorio o restrictivo de la libertad, cuando en realidad lo que busca con su uso es reconocer unas libertades a un grupo poblacional específico y garantizar su efectividad orientándola bajo el principio de moralidad pública, expresamente incluido en la Constitución y definido por la Corte como “*aquellas conductas que sean aceptadas por una sociedad en un determinado contexto histórico y social.*”³¹”.

En estos términos, precisa, la indeterminación del enunciado cuestionado puede ser reducida, como lo ha avalado la Corte Constitucional, en la aplicación específica y de contexto, por lo tanto, no es inconstitucional.

8.3. Sostiene el Ministerio Público que el límite de “*las buenas costumbres*” es concordante con la protección constitucional dada a los menores en el artículo 44 de la Constitución, y responde a los fines pretendidos por el Código de la Infancia y Adolescencia, previstos en los artículos 1º y 2º *ibídem*, en un escenario en el que el principio relevante es la salvaguarda del *interés superior del menor*. Solo en la medida en que se preserve tal enunciado, agrega, se cumple “*debidamente la función de orientar la conducta tanto de los niños como de quienes trabajan con ellos y promueven actividades de reunión y/o asociación*”.

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia

1. La Corte Constitucional es competente para conocer del presente asunto conforme al artículo 241 numeral 4º de la Carta, que le confiere la función de pronunciarse sobre las demandas ciudadanas contra las leyes de la República.

Cuestión previa. De la aptitud de la demanda

2. En este caso el Ministerio de Educación solicita a la Corte proferir un fallo inhibitorio, porque, en su criterio, no se satisface principalmente el requisito de certeza para considerar la aptitud de la demanda, o en subsidio negar las pretensiones invocadas por los promotores de la acción de inconstitucionalidad.

³¹ Sentencia C-435 de 2013 (MP Mauricio González Cuervo - unánime).

2.1. A propósito de la primera solicitud del Ministerio, cabe precisar que la acción pública de inconstitucionalidad, cuyos alcances han sido objeto de reiterados pronunciamientos por parte de esta Corporación³², materializa no solo el derecho de participación en una democracia como la prevista por el Constituyente de 1991, sino la posibilidad efectiva por parte de la ciudadanía de controlar la actuación principal del Congreso, y de aquellas autoridades que excepcionalmente tienen la facultad de proferir normas con contenido material de Ley; mediante un instrumento que se invoca ante la Corte Constitucional, quien debe establecer, en cumplimiento de su función principal como guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución Política³³, la sujeción de las actuaciones legislativas a esa norma superior. En tal sentido, en la Sentencia C-128 de 2011³⁴, la Sala Plena manifestó:

“5. Reiterando la jurisprudencia de este Tribunal³⁵, la acción de inconstitucionalidad es un mecanismo de participación ciudadana, con el cual se desarrolla el principio previsto en los artículos 1º, 2º, y 3º de la Constitución, de ser Colombia un Estado social de derecho, democrático y participativo. Dicha acción está destinada a provocar que la Corte Constitucional, como máximo órgano de la jurisdicción constitucional, tras el adelanto de un proceso, produzca una sentencia con efectos de cosa juzgada sobre un cierto problema jurídico planteado por el actor, relacionado con disposiciones creadas en general aunque no exclusivamente por el Congreso de la República, obrando como constituyente derivado o como órgano representativo legislativo”.

El ejercicio de la acción, empero, no está desprovisto del cumplimiento de unas cargas por parte de quienes se encuentran legitimados para su interposición, por lo menos por tres razones fundamentales, *la primera*, porque la ley goza de una presunción de corrección de origen que deriva del carácter epistémico del proceso democrático; *la segunda*, porque la demanda debe permitir la apertura de un debate en el que cada uno de los que intervengan tengan claridad sobre aquello que se discute; y, *la tercera*, porque la Corte no puede asumir *motu proprio* la formulación de razones de

³² En la Sentencia C-673 de 2015, con ponencia del Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva (unánime), la Sala Plena de la Corporación consideró que: “7. De forma reiterada, esta Corporación ha explicado que la acción pública de inconstitucionalidad es un mecanismo judicial de control objetivo o abstracto, en virtud del cual quienes están legitimados pueden acudir ante el Tribunal Constitucional para solicitar que, previo el cumplimiento de un proceso, la Corporación se pronuncie sobre la conformidad de un precepto legal demandado con relación a lo establecido en el texto de la Carta Política.”.

³³ El artículo 241 de la Carta establece: “A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. (...)”.

³⁴ MP. Juan Carlos Henao Pérez (unánime).

³⁵ Sentencias C-914 de 2010 MP Juan Carlos Henao Pérez, AV Humberto Antonio Sierra Porto y C-761 de 2009 MP Juan Carlos Henao Pérez, SV Nilson Pinilla Pinilla. María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo y Jorge Iván Palacio Palacio. Así mismo, entre muchas otras, sentencias C-041 de 2002 MP Marco Gerardo Monroy Cabra (unánime), C-1095 de 2001 MP Jaime Córdoba Triviño (unánime) y C-405 de 2009 MP Luis Ernesto Vargas Silva.

inconformidad, so pena de interferir intensamente en el rol que le concedió el Constituyente al Congreso³⁶.

Lo dicho no obsta para que, en aplicación del principio *pro actione*, se prefiera efectuar un pronunciamiento de fondo en beneficio tanto de la existencia de un sistema jurídico coherente y consistente, como del derecho de acción del promotor, por lo que estos requisitos deben ser analizados razonablemente³⁷.

En tal sentido, el artículo 2º del Decreto 2067 de 1991, “*Por el cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional*”, dispone que las demandas de inconstitucionalidad deben cumplir requisitos formales mínimos, que se concretan en: (i) señalar las normas acusadas; (ii) indicar las normas que se consideras infringidas; (iii) exponer las razones de la violación; (iv) explicar el trámite desconocido en la expedición del acto, cuando sea del caso; y, (v) ofrecer las razones por las cuales la Corte Constitucional es competente para conocer del asunto.

Sobre el tercero de los referidos presupuestos, la Corte Constitucional ha venido sosteniendo en reiterada jurisprudencia que las razones de inconstitucionalidad deben ser *claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes*. Al respecto, en la Sentencia C-1052 de 2001, con ponencia del Magistrado Manuel José Cepeda Espinosa, cada uno de estos elementos fue definido en los siguientes términos:

“(i) claras, es decir, seguir un curso de exposición comprensible y presentar un razonamiento inteligible sobre la presunta inconformidad entre la ley y la Constitución; (ii) ciertas, lo que significa que no deben basarse en interpretaciones puramente subjetivas, caprichosas o irrazonables de los textos demandados, sino exponer un contenido normativo que razonablemente pueda atribuírseles; (iii) específicas, lo que excluye argumentos genéricos o excesivamente vagos; (iv) pertinentes, de manera que planteen un problema de constitucionalidad y no de conveniencia o corrección de las decisiones legislativas, observadas desde parámetros diversos a los mandatos del Texto Superior; y (v) suficientes, esto

³⁶ Al respecto, en la sentencia C-128 de 2011 MP Juan Carlos Henao Pérez (unánime) se afirmó: “(...) la regulación del derecho a accionar contra las leyes, busca ponderar entre el interés perseguido por el actor al demandar y los demás bienes jurídicos llamados a ser protegidos, como aquellos que recoge la norma acusada y ordenados a partir del poder de configuración legislativa del Congreso, así como los relacionados con la seguridad jurídica y el principio de estabilidad del Derecho, con los cuales se protege la confianza en el sistema normativo y en las reglas que lo integran.”

³⁷ Al respecto en la Sentencia C-330 de 2016, con ponencia de la Magistrada María Victoria Calle Correa, se sostuvo que: “Ahora bien, la acción de inconstitucionalidad es de naturaleza pública y constituye una de las herramientas más poderosas de defensa de la supremacía de la Constitución y un derecho político de todo ciudadano. Por ello, la Corte ha explicado que la evaluación de los requisitos mencionados debe efectuarse con base en el principio *pro actione*, y que estas condiciones no son formalidades, sino herramientas para verificar si la demanda genera un auténtico problema de constitucionalidad”. En el mismo sentido ver las Sentencias C-330 de 2013 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, C-533 de 2012 MP. Nilson Pinilla Pinilla, C-100 de 2011 MP. María Victoria Calle Correa y C-978 de 2010 MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

es, capaces de generar una duda inicial sobre la constitucionalidad del enunciado o disposición demandada”³⁸.

Finalmente, la Corte Constitucional ha reiterado que la admisión de la demanda por parte del Magistrado ponente de cada acción de inconstitucionalidad es un momento oportuno para determinar el cumplimiento de los requisitos antes citados; sin embargo, también ha indicado, que el hecho de que se supere esa primera mirada, que es sumaria, no impone un pronunciamiento de fondo, pues finalmente es en la Sala Plena de la Corporación, integrada por todos sus Magistrados, en quien recae la competencia de proferir una Sentencia, en donde se determina, previo un debate deliberativo, si la demanda es apta o no, contando con la intervención además de quienes hayan sido convocados y del Ministerio Público³⁹.

2.2. La síntesis de la demanda que ocupa la atención de la Sala en esta oportunidad, conforme a lo expuesto en el apartado III, evidencia que, *aunque se formulan dos cargos, en realidad se puede sintetizar en uno, que parte de la premisa según la cual un concepto indeterminado, que funda una restricción del ejercicio del derecho de asociación y reunión, lesiona, además de ese bien fundamental, los derechos de libertad de expresión, libre desarrollo de la personalidad, dignidad y, en general, los derechos de los niños.*

Bajo esta premisa, un análisis de confrontación del cargo frente a los requisitos referidos para considerar la aptitud de la demanda, permite concluir que:

2.2.1. Los demandantes individualizaron el enunciado demandado y los parámetros de comparación de rango constitucional que consideran lesionados, e invocaron el artículo 241 como fuente de la competencia de la Corte Constitucional para asumir el conocimiento del asunto.

³⁸ En el mismo sentido ver las sentencias C-229 de 2003 MP Rodrigo Escobar Gil, C-653 de 2003 MP Jaime Córdoba Triviño, C-856 de 2005 MP Clara Inés Vargas Hernández, C-128 de 2011 MP Juan Carlos Henao Pérez, C-508 de 2014 MP Mauricio González Cuervo, C-055 de 2016 MP Luis Ernesto Vargas Silva, AV Alejandro Linares Cantillo, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Luis Ernesto Vargas Silva y SV Alberto Rojas Ríos, y C-207 de 2016 MP Alejandro Linares Cantillo.

³⁹ En tal sentido ver, entre otras, las sentencias C-623 de 2008 MP Rodrigo Escobar Gil (unánime), C-894 de 2009 MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo (unánime), C-508 de 2014 MP Mauricio González Cuervo (unánime) y C-207 de 2016 MP Alejandro Linares Cantillo (unánime). En la segunda de las citadas providencias, la Corte afirmó: “*Apoyada en tales razonamientos, la propia jurisprudencia ha dejado claro, que la Corte se encuentra habilitada para adelantar un nuevo estudio de procedibilidad de la demanda en la Sentencia, cuando de la valoración de los elementos fácticos allegados al proceso, se infiere una inobservancia de los requisitos mínimos de procedibilidad en la acusación, que a su vez no permite delimitar el ámbito de competencia de la Corte para pronunciarse. Se ha explicado al respecto, que en esa instancia procesal, el análisis resulta de mayor relevancia, si se tiene en cuenta que para ese momento, “además del contenido de la demanda, la Corte cuenta con la opinión expresada por los distintos intervinientes y con el concepto del Ministerio Público, quienes de acuerdo con el régimen legal aplicable al proceso de inconstitucionalidad, [sólo] participan en el juicio con posterioridad al auto admisorio”.*

2.2.2. Los promotores de la acción expusieron las razones por las cuales consideran que con la expresión demandada, “buenas costumbres”, se quebrantan los artículos 2, 16, 20, 38, 44, 45 de la Constitución. Dicho análisis goza de las siguientes características:

2.2.2.1. *Claridad*, pues el escrito de la demanda sigue un hilo argumentativo que permite determinar, sin razón a equívoco, el contenido de la censura, lo cual incidió en que la intervención de quienes lo hicieron en esta oportunidad girara sobre unos ejes comunes. También debe destacarse que no cabe duda de que lo pretendido por los interesados es que la Corte efectúe un pronunciamiento en virtud del cual se elimine del ordenamiento como enunciado de restricción del derecho fundamental a la asociación y reunión las “buenas costumbres”.

2.2.2.2. *Certeza*⁴⁰, dado que el motivo general de inconformidad parte de una asignación de contenido normativo razonable al enunciado previsto en artículo 32 de la Ley 1098 de 2015, esto es, la consideración de que un criterio valorativo indeterminado es la fuente de la restricción de derechos fundamentales del menor, así como del principio de dignidad humana. El Ministerio de Educación afirma que no se satisface este requisito en la medida en que los accionantes no interpretaron el enunciado en el contexto integral, que consiste en el reconocimiento de que no existen derechos absolutos.

Esta consideración, en la medida en que no cuestiona la certeza del cargo sino que aporta elementos para su resolución de fondo, no incide en la afirmación de que, en efecto, este requisito sí se encuentra satisfecho.

2.2.2.3. *Especificidad*, por cuanto el cargo por lesión de derechos fundamentales ante la indeterminación de un criterio de restricción de los mismos fue presentado de manera directa y concreta, sin que su identificación genere dificultad alguna.

2.2.2.4. *Pertinencia*, en razón a que los argumentos expuestos por los demandantes ponen de relieve cómo, según su análisis, el aparte demandado lesionan mandatos derivados de la Carta Política⁴¹.

⁴⁰ Sobre este requisito, la Sala Plena de la Corporación en la Sentencia C-673 de 2015, con Ponencia del Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva (unánime), expresó que: “10.2. La certeza de las razones que respaldan los cargos de inconstitucionalidad, refiere a que éstos se dirijan contra una disposición “real y existente”⁴⁰. Significa lo anterior que los cargos cuestionen una proposición normativa efectivamente contenida en la disposición acusada y no sobre una distinta, inferida por el demandante, implícita o que hace parte de normas que no fueron objeto de demanda. (...)”.

⁴¹ En relación con el alcance de este requisito, se expuso en la Sentencia antes mencionada que: “son inaceptables los cargos que se sustenten (i) en la interpretación subjetiva de las normas acusadas a partir de su aplicación en un problema particular y concreto; (ii) en el análisis sobre la conveniencia de las disposiciones consideradas inconstitucionales; (iii) en las simples interpretaciones legales o doctrinarias de la norma cuestionada; o (iv) en calificar la norma como inocua, innecesaria o reiterativa a partir de una valoración parcial de sus efectos.”.

2.2.2.5. *Suficiencia*⁴², en tanto los argumentos expuestos por los interesados ofrecen elementos para adelantar el juicio de confrontación normativa y, a su turno, generan una duda inicial que, tras el estudio de fondo, permitirá determinar su sujeción o no a la normativa superior.

Planteamiento del problema jurídico y metodología

3. De conformidad con lo expuesto, corresponde a la Sala Plena de la Corte analizar si la expresión “*buenas costumbres*”, prevista en el inciso 1º del artículo 32 de la Ley 1098 de 2006, está dotada de una *indeterminación constitucionalmente admisible* como criterio de restricción al ejercicio de los niños, niñas y adolescentes del derecho a la asociación y reunión, así como a los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de expresión, en un marco de *protección integral*, fundado en la dignidad y en la garantía del interés superior del menor de 18 años.

Con el propósito de resolver el cargo, la Sala (i) efectuará una contextualización del enunciado demandado, en el paradigma de protección integral de los menores de 18 años; (ii) abordará el uso de conceptos indeterminados por el ordenamiento, atendiendo de manera relevante a la jurisprudencia de esta Corporación sobre el término “moral social” o “moral pública”; y, (iii) resolverá el caso concreto.

Contextualización del enunciado demandado en el Código de la Infancia y la Adolescencia - *Protección integral*

1. La Ley 1098 de 2006, o Código de la Infancia y la Adolescencia, fue producto de un largo esfuerzo por parte de diferentes actores que concurrieron en el impulso de un cuerpo normativo imprescindible para un grupo poblacional que, desde el derecho internacional de los derechos humanos y el marco constitucional introducido por la Carta de 1991, exigía un tratamiento acorde con sus particularidades, en un escenario de *protección integral*. En este sentido resulta ilustrativa la exposición de motivos del proyecto de ley estatutaria No. 085 de 2005 Cámara⁴³, que culminó con la aprobación en el

⁴² La *suficiencia* fue entendida por la Sala Plena de la Corte Constitucional, en la Sentencia C-050 de 2015 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva (unánime), así: “(...) que la carga argumentativa que recae sobre el actor, debe desarrollarse de una forma mínima y proporcional al objetivo de demostrar la inconstitucionalidad del enunciado normativo demandado. De esta manera, se deben exponer razonamientos lo bastante fundados para que pueda pretender desvirtuar la presunción de constitucionalidad de las normas del ordenamiento jurídico, presunción de corrección frente al texto constitucional que se deriva del principio democrático y de las reglas formales y sustanciales del procedimiento democrático de producción de normas y por tanto amerite el adelantamiento de un estudio de constitucionalidad”.

⁴³ A este proyecto de ley se acumuló, por decisión de la mesa directiva de la Comisión Primera de la Cámara, el proyecto de ley 096 de 2005 Cámara, presentándose una ponencia conjunta para primer debate en la que se justificó, además, el por qué este asunto no debía tramitarse como ley estatutaria sino como una ley ordinaria que, de manera integral, armónica, coherente y sistemática, conformaba un código (Gaceta No. 751 de 31 de octubre de 2005): “En resolución, existan serios argumentos para optar por un trámite de ley ordinaria en la aprobación de los dos proyectos objeto de estudio en esta ponencia. Si alguna duda pudiera surgir ella se referiría sólo respecto a aquellos artículos que abarcan

Congreso de la Ley 1098 de 2006, y que reseña que desde el año 1994 organizaciones internacionales como la Unicef, entidades nacionales como la Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo, y comisiones específicas, trabajaron para derogar el anterior Código del Menor, el Decreto 2737 de 1989, expedido bajo la doctrina de “*la situación irregular*”⁴⁴, en aras de dar un paso normativo fundamental⁴⁵ en la reivindicación de los menores como individuos titulares de derechos y a quienes debe reconocérseles su dignidad y, en consecuencia, autonomía para intervenir también en la construcción propia de sus planes de vida⁴⁶.

El enfoque actual de la normativa aplicable a los menores de edad, niños, niñas y adolescentes, parte de su consideración como sujetos de especial protección por parte de la familia, el Estado y la sociedad, dadas las condiciones de vulnerabilidad en las que se encuentran, asociadas, entre otras razones, al proceso de maduración físico, intelectual y ético en el que se encuentran, aún no concluido. Por tal motivo, la finalidad que subyace a la normativa especial en su favor, que parte de su capacidad como sujetos de derechos, es garantizar su desarrollo armónico e integral, para contar con miembros libres, completamente autónomos y partícipes de la sociedad democrática en el futuro⁴⁷.

la parte inicial de ambos proyectos dedicados y que se ocupan de formulaciones generales, pautas orientadoras puramente declarativas en materia de derechos fundamentales y directrices abstractas sobre políticas públicas para la niñez y la adolescencia. En cambio hay plena certeza de que la parte sustantiva, estrictamente normativa y con alcances institucionales prácticos de las dos iniciativas ¿las relativas a medidas de protección, procedimientos de adopción, deberes alimentarios, responsabilidad penal del menor, trabajo de menores, etc. deben recibir el trámite de una ley ordinaria.”. Al final del trámite legislativo de los proyectos de ley 085 y 096 de 2005 Cámara se aprobó la Ley 1098 de 2006.

⁴⁴ El paso de la doctrina de *la situación irregular* a la doctrina de *la protección integral* implicó “*pasar de una concepción de los “menores” –una parte del universo de la infancia- como objetos de tutela y protección segregativa, a considerar a niños y jóvenes como sujetos plenos de derecho*”. Tomado de “*Justicia y Derechos del Niño*”, número 1, “*Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar*” – Mary Beloff. Unicef - Fondo de Naciones Unidas para la Infancia - Oficina de Área para Argentina, Chile y Uruguay, Ministerio de Justicia, Santiago de Chile, 1999.

⁴⁵ Colombia fue uno de los últimos países de Latinoamérica que, en cumplimiento de las obligaciones internacionales contraídas con la suscripción y adopción de la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 4), ajustó su normativa para garantizar los derechos reconocidos en tal instrumento. Incluso, el Comité de los Derechos del Niño, en su 25º periodo de sesiones del 27 de septiembre de 2000, al presentar sus observaciones finales llamó la atención sobre el incumplimiento a tal obligación: “*14. Sigue preocupando al Comité que la legislación del Estado Parte sobre los derechos del niño no sea todavía enteramente compatible con los principios y disposiciones de la Convención, en particular porque la revisión del Código del Menor (1989), que comenzó en 1995, se retrasa.*

15. El Comité recomienda que el Estado Parte revise su legislación existente y la armonice con todas las disposiciones de la Convención. También recomienda que el Estado Parte reactive el proceso iniciado para revisar el Código del Menor (1989). En este proceso deben participar todos los sectores que intervienen en la promoción y la protección de los derechos del niño y la actividad debe concluir lo antes posible.”.

La necesidad de actualizar la normativa interna a las obligaciones internacionales también fue advertida por la Corte Constitucional en la sentencia C-203 de 2005 (MP Manuel José Cepeda Espinosa; SV Alfredo Beltrán Sierra, Rodrigo Escobar Gil y Clara Inés Vargas Hernández).

⁴⁶ Gaceta No. 555 de 23 de agosto de 2005.

⁴⁷ Al respecto, en la providencia C-684 de 2009 que declaró la inconstitucionalidad parcial del artículo 191 de la Ley 1098 de 2006 sobre el trámite de la detención en flagrancia, se afirmó frente al mandato de especial protección a los menores que: “*La jurisprudencia constitucional ha sostenido que los mandatos constitucionales de especial protección a la infancia tienen origen, entre otras razones, en la falta de*

2. En el ámbito internacional de los derechos humanos, el primer instrumento que se refirió a la protección debida a los menores de edad fue la Declaración de Ginebra de 1924⁴⁸, que recogió en cinco (5) artículos mandatos tan urgentes como (i) el de reconocer la necesidad de poner al niño en condiciones de desarrollarse normalmente, material y espiritualmente; (ii) el deber de ayuda en casos de hambre, enfermedad o abandono; (iii) la prioridad de su atención en caso de calamidad; (iv) su fortalecimiento como ser autónomo; y, (v) el deber de educarlo con miras a poner sus cualidades al servicio del prójimo. Más adelante, en el año 1959 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Declaración de los Derechos del Niño, previendo expresamente el principio del interés superior del menor de 18 años, así como el deber de proveerlo de los instrumentos necesarios para su desarrollo físico, mental, moral, espiritual y social, en condiciones de libertad y dignidad⁴⁹.

Como parte del bloque de constitucionalidad, en virtud de lo previsto en el artículo 93 de la Constitución Política, además se cuenta con los siguientes instrumentos relevantes:

- El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966, aprobado mediante la Ley 74 de 1968, que en su artículo 24⁵⁰ estableció que los niños gozarían de especial protección, a cargo de la familia, la sociedad y el Estado.
- El Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales de 1966, aprobado mediante la Ley 74 de 1968, cuyo artículo 10 numeral 3⁵¹ se refiere a la protección del menor contra la explotación social y económica.

madurez física y mental de los niños, circunstancia que les hace especialmente vulnerables e indefensos frente a todo tipo de riesgos, y que hacen imprescindibles la adopción de medidas de protección para garantizar su desarrollo armónico e integral y “proveer las condiciones que necesitan para convertirse en miembros autónomos de la sociedad. Los niños se tornan de esta manera en sujetos de especial protección constitucional, cuyos derechos e intereses tienen carácter superior y prevaleciente.”. (MP Humberto Antonio Sierra Porto – unánime).

⁴⁸ Aprobada por la Sociedad de Naciones.

⁴⁹ “Principio II: El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a la que se atenderá será el interés superior del niño.”

⁵⁰ “1.- Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.

2.- Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre.

3.- Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad”.

⁵¹ “(...).

Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil.”.

- La Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, aprobada por la Ley 16 de 1972, que dispuso en el artículo 19⁵² el derecho del niño a que se tomen todas las medidas para su protección por parte de la familia, la sociedad y el Estado.

- La Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, aprobada por la Ley 12 de 1991, que de manera expresa previó en el artículo 3° el interés superior del menor de 18 años como mandato exigible a autoridades públicas y particulares, administrativas, legislativas o judiciales, en la aplicación de todas las medidas que involucre a dicho grupo poblacional. En este instrumento, además, se recogió un catálogo de derechos fundamentales con diversidad de facetas (de abstención y positivas - prestacionales) necesarias para su protección integral⁵³, y se regularon de manera específica algunas situaciones especiales tales como la de los niños en contextos de conflicto armado.

3. De otro lado, en nuestro ordenamiento superior el artículo 44 contiene los presupuestos básicos para la comprensión de los derechos de los menores de edad. Esta disposición consagra, en primer término, la *fundamentalidad expresa y prevalente* de sus derechos, y no solo de aquellos a los que hace referencia el mismo enunciado⁵⁴ sino de los demás previstos en la Constitución, en la Ley y en los Tratados Internacionales ratificados por el país. En segundo término, el artículo prevé un mandato de protección frente a cualquier situación que atente, entre otros aspectos, contra su condición física y moral; mandato que, además, involucra a la familia, a la sociedad y al Estado. En tercer término, consecuencia necesaria de su dignidad, se establece que la finalidad de la protección debida a los menores consiste en *garantizar su desarrollo armónico e integral*, así como *el ejercicio pleno de sus derechos*. El alcance normativo de esta disposición fue analizado en la sentencia C-055 de 2010⁵⁵, en los siguientes términos:

“Se alude, por una parte, al artículo 44 constitucional, en el cual se consagran con carácter iusfundamental expreso, los derechos de los niños, la máxima pluralidad de sujetos obligados a la asistencia y protección del niño (familia, sociedad, Estado), la exigibilidad de las posiciones jurídicas de los derechos consagradas, y, finalmente, su carácter prevaleciente respecto de los derechos de los demás. En sentido semejante, el artículo 45

⁵² “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.”.

⁵³ En el artículo 41 de este instrumento, empero, se aclara que los mandatos que se derivan de su adopción no se oponen a la aplicación de otras normativas internas o internacionales que conduzcan en mejor medida a la realización de sus derechos.

⁵⁴ Derechos a la vida, a la integridad física, a la salud y la seguridad social, a la alimentación equilibrada, a su nombre y nacionalidad, a tener una familia y no ser separados de ella, al cuidado y amor, a la educación y la cultura, a la recreación y a la libre expresión de su opinión.

⁵⁵ En esta providencia se efectuó un pronunciamiento de fondo sobre la constitucionalidad de los artículos 129 y 158 (parciales) del Código de la Infancia y la adolescencia. MP Juan Carlos Henao.

establece respecto del adolescente su derecho a la protección y la formación integral, así como el de participar en todas las instituciones que tengan bajo su responsabilidad la protección, educación y progreso de la juventud."⁵⁶.

4. De los instrumentos internacionales referidos, así como del alcance del artículo 44 constitucional, se ha derivado la transversalidad del principio universal del *interés superior del niño*⁵⁷, que legalmente también fue recogido en el Código de la Infancia y la Adolescencia. En esta última normativa se reconoce que los menores de 18 años son *sujetos titulares de derechos* (art. 3); que su *protección integral* implica, además de reconocerles tal condición, la garantía del cumplimiento de tales derechos, en desarrollo *del principio del interés superior* (art. 7); el cual, por su parte, fue delimitado como un *imperativo* para todos, familia, sociedad y Estado, de garantizar la satisfacción integral de sus derechos, bajo una comprensión *universal, prevalente e interdependiente* de los bienes de los que son titulares (art. 8).

5. La jurisprudencia constitucional ha avanzado en la identificación de lo que implica la sujeción al *interés superior del niño*, advirtiendo que “[d]esde sus primeras decisiones ... precisó que ... `es un concepto de suma importancia que transformó sustancialmente el enfoque tradicional que informaba el tratamiento de los menores de edad`, donde se abandona su concepción como incapaces para en su lugar reconocerles la potencialidad de involucrarse en la toma de decisiones que les conciernen”⁵⁸. De esta manera `de ser sujetos incapaces con derechos restringidos y hondas limitaciones para poder ejercerlos pasaron a ser concebidos como personas libres y autónomas con plenitud de derechos, que de acuerdo a su edad y a su madurez pueden decidir sobre su propia vida y asumir responsabilidades.”⁵⁹.

⁵⁶ En la sentencia C-149 de 2009 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, SV Humberto Antonio Sierra Porto) se analizó la conformidad del artículo 80 de la Ley 1098 de 2006 con el ordenamiento superior, disposición que regula las calidades exigidas a los defensores de familia, se afirmó que: “... los contenidos del artículo 44 Superior representan “verdaderos valores y principios que no solo están llamados a irradiar la expedición, interpretación y aplicación de todas las normas de justicia imputable a los menores, sino también a orientar la promoción de políticas y la realización de acciones concretas dirigidas al logro de su bienestar físico, moral, intelectual y espiritual”^[41]; entendiendo dicho bienestar como una de las causas finales de la sociedad y del Estado, y como un objetivo del sistema jurídico^[42]”^[43]. En ese mismo contexto, también destaca la jurisprudencia que el principio de protección especial del menor debe proyectarse sobre toda la acción del Estado y la sociedad, “de manera que tanto las autoridades públicas como los particulares, en el ejercicio de sus competencias y en el cumplimiento de las acciones relacionadas con asuntos de menores, deben proceder conforme a dicho principio, haciendo prevalecer en todo caso el deber de asistencia y protección a la población infantil, en procura de garantizar su desarrollo físico, mental, moral, espiritual y social, así como sus condiciones de libertad y dignidad”^[44].

⁵⁷ Conforme a lo sostenido por el Comité de los Derechos del Niño en su observación general No. 5, además del *principio del interés superior del niño*, son principios generales de la Convención: (i) el de no discriminación (art. 2); (ii) la garantía del derecho a la vida, y la obligación estatal de garantizar *en la máxima medida posible* su supervivencia y desarrollo (art. 6); y, (iii) el derecho a expresar su opinión libre en todos los asuntos que le afectan (art. 12).

⁵⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-408 de 1995 (...). MP Eduardo Cifuentes Muñoz – unánime.

⁵⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-507 de 2004. La Corte declaró inexecutable la norma que establecía la nulidad del matrimonio celebrado por una mujer menor de doce (12) años, y executable la que establecía en catorce (14) años la edad mínima del hombre para contraer matrimonio, “siempre y

Su aplicación⁶⁰, como principio, ha involucrado la realización de varios derechos fundamentales de los que son titulares los menores de edad, y su referencia se ha dado tanto en el marco del control abstracto como en el de control concreto de constitucionalidad⁶¹. De manera unánime y reiterada se ha afirmado que tal máxima implica “*una caracterización jurídica específica*”, consistente en el reconocimiento de sus derechos en un contexto de especial protección integral, en el marco de un Estado Social y de Derecho, como expresión del principio de solidaridad, con la finalidad de garantizar la formación de todos los integrantes de este grupo como seres autónomos y libres y que vincula a la familia, la sociedad y el Estado. Además, se ha expresado que tiene una connotación “*relacional*” y “*real*”. Esto último implica que su valoración y, posterior aplicación, involucra un estudio particular de los derechos en conflicto y de la situación del niño, niña o adolescente. Al respecto, en la sentencia C-683 de 2015⁶² se sintetizó:

“La Corte ha afirmado que el significado de este principio, que constituye a la vez un criterio hermenéutico para dar una lectura prevalente del ordenamiento con base en sus derechos, *únicamente se puede dar desde las circunstancias de cada caso y de cada niño en particular*; lo cual se explica si se tiene en cuenta que su contenido es de naturaleza *real y relacional*, es decir, que *sólo se puede establecer prestando la debida consideración a las*

cuando se entienda que la edad para la mujer es también de catorce años”. Con ello equiparó la edad mínima de ambos sexos”. MP Manuel José Cepeda – unánime.

⁶⁰ Para la síntesis del alcance que la Corte le ha dado al principio del *interés superior del menor* se tomarán como referentes relevantes las siguientes decisiones: (i) C-256 de 2008 (MP Manuel José Cepeda Espinosa, SV Jaime Araujo), que declaró la exequibilidad de los artículos 86 num. 6 y 106 de la Ley 1098 de 2006, parcialmente demandados, que se refieren al allanamiento y rescate con afectación de menores, en el entendido en que, previamente, el defensor o el comisario de familia deberá en una decisión escrita, valorar las pruebas que demuestran que se reúnen en cada caso los requisitos para que proceda el allanamiento con la finalidad exclusiva de efectuar el rescate y proteger al menor de edad. (ii) C-071 de 2015 (MP Jorge Iván Palacio Palacio; SP y AV Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, María Victoria Calle Correa, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Gloria Stella Ortiz Delgado, Jorge Iván Palacio Palacio, Martha Sáchica Méndez; AV Luis Guillermo Guerrero Pérez, José Roberto Herrera Vergara; y SV Luis Ernesto Vargas Silva) sobre adopción, que condicionó el alcance del numeral 5° del artículo 64, del artículo 66 y del numeral 5° del artículo 68 de la Ley 1098 de 2006, en el entendido que dentro de su ámbito de aplicación también están comprendidas las parejas del mismo sexo cuando la solicitud de adopción recaiga en el hijo biológico de su compañero o compañera permanente. (iii) C-900 de 2011 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), que declaró la exequibilidad del artículo 46 num. 6 del Código de la Infancia y la Adolescencia, sobre la intervención médica en casos de urgencia. Y (iv) C-683 de 2015 (MP Jorge Iván Palacio Palacio; AV Myriam Ávila Roldán, Alberto Rojas Ríos y Luis Ernesto Vargas Silva; SV Luis Guillermo Guerrero Pérez y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), que declaró la exequibilidad de las expresiones demandadas de los artículos 64, 66 y 68 (numerales 3° y 5°) de la Ley 1098 de 2006, y del artículo 1° (parcial) de la Ley 54 de 1990, bajo el entendido que, en virtud del interés superior del menor, dentro de su ámbito de aplicación están comprendidas también las parejas del mismo sexo que conforman una familia.

⁶¹ En la sentencia C-256 de 2008 se recogen algunos pronunciamientos sobre el principio del interés superior del niño frente a la protección de los derechos a tener una familia (T-090 de 2007, T-510 de 2003, T-577 de 2007), al mínimo vital (T-1051 de 2003, T-324 de 2004 y C-653 de 2003), al cuidado y al amor (C-273 de 2003, T-184 de 2003; a los que podría adicionarse recientemente la sentencia T-129 de 2015), al debido proceso (T-495 de 2005), y a la salud (T-585 de 2007 y T-227 de 2006).

⁶² MP Jorge Iván Palacio Palacio; AV Myriam Ávila Roldán, Alberto Rojas Ríos y Luis Ernesto Vargas Silva; SV Luis Guillermo Guerrero Pérez y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad”.

6. La Corte, además, ha considerado que existen dos clases de parámetros que permiten identificar que el principio del *interés superior del menor* está involucrado, con el objeto de guiar su aplicación. De un lado, estarían (i) las condiciones jurídicas; y, (ii) del otro, las condiciones fácticas.

Las primeras, constituyen unas pautas normativas dirigidas a materializar el *principio pro infans*: (i) garantía del desarrollo integral del menor, (ii) garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor, (iii) protección ante los riesgos prohibidos, (iv) equilibrio con los derechos de los padres, (v) provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del menor, y (vi) la necesidad de que existan razones poderosas que justifiquen la intervención del Estado en las relaciones paterno materno filiales.

Las segundas, constituyen aquellos elementos materiales de las relaciones de cada menor de 18 años con su entorno y que deben valorarse con el objeto de dar prevalencia a sus derechos.

7. En el ámbito del sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Corte Interamericana se pronunció sobre el alcance del principio del *interés superior de los derechos del niño* en los siguientes términos:

“108. El objetivo general de proteger el principio del interés superior del niño es, en sí mismo, un fin legítimo y es, además, imperioso. En relación al interés superior del niño, la Corte reitera que este principio regulador de la normativa de los derechos de las niñas y los niños se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y las niñas, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades. En el mismo sentido, conviene observar que para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere “cuidados especiales”, y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir “medidas especiales de protección”.

Esta consideración se efectuó en sentencia de 24 de febrero de 2012, caso *Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, en el que se decidió un asunto en el que argumentos abstractos, estereotipados (derivados de la condición sexual) y/o discriminatorios determinaron la concesión de la custodia de unas menores de edad a su padre, dado que su madre hacía vida en común con una persona de su mismo sexo.

8. Finalmente es oportuno advertir que en la Observación general No. 14 del Comité de los Derechos del Niño se efectuaron algunas precisiones sobre este tópico, bajo el título “*sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*”. De manera relevante, el intérprete autorizado de la Convención, advierte que el interés superior posee una triple dimensión: (i) como **derecho sustantivo** a que su interés superior sea una consideración primordial a evaluarse e incidir en la decisión a adoptar, de aplicación inmediata e invocación directa ante los tribunales; (ii) como **principio jurídico interpretativo**, en virtud del cual ante la posibilidad de más de una interpretación sobre una disposición debe preferirse la que satisfaga tal exigencia; y, (iii) como **norma de procedimiento**, en virtud de la cual en todo caso en el que se encuentre de por medio los intereses de un menor deben estimarse las repercusiones de la solución. Dicha estimación, se agrega, requiere de garantías procesales. La justificación de la decisión del funcionario respectivo, finalmente, debe evidenciar que se ha respetado el derecho al *interés superior del niño*⁶³.

En conclusión, en el ordenamiento jurídico actual, es indiscutible el reconocimiento de los menores de edad como sujetos de derecho; que, en ejercicio de la dignidad, son partícipes activos en el destino de su propia existencia, y que, atendiendo a condiciones especiales de vulnerabilidad, deben ser protegidos integralmente por parte de la familia, la sociedad y el Estado con miras a lograr el pleno desarrollo de sus capacidades, de manera autónoma y libre. En este escenario, el *interés superior del menor* se constituye en un eje *transversal con efecto expansivo*, no solo desde el punto de vista de los destinatarios en su garantía, sino del mismo contenido de tal enunciado, dado que, siguiendo lo establecido por el Comité de la Convención de los derechos del niño en su Observación No. 14, adquiere una triple condición: de derecho sustantivo, de principio interpretativo y de norma de procedimiento.

9. Bajo tal comprensión de la normativa prevista en favor de los menores de edad, corresponde ubicar el derecho fundamental a la *asociación y reunión* siguiendo para el efecto lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley 1098 de 2006, parcialmente demandado.

⁶³ En las observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Colombia, del 6 de marzo de 2015, el Comité de Derechos del Niño llamó la atención sobre la materialización del interés superior del niño en los siguientes términos: “*Interés superior del niño. 21. El Comité toma nota del reconocimiento legal del derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. No obstante, le preocupa la información según la cual ese derecho no ha sido aplicado sistemáticamente en la práctica debido a la falta de claridad conceptual sobre su contenido. 22. A la luz de su observación general N° 14 (2013), sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, el Comité recomienda al Estado parte que redoble sus esfuerzos para velar por que ese derecho sea debidamente integrado y consistentemente aplicado en todos los procedimientos y decisiones de carácter legislativo, administrativo y judicial, así como en todas las políticas, programas y proyectos que tengan pertinencia para los niños y los afecten. Se alienta al Estado parte a que elabore criterios para ayudar a todas las autoridades competentes a determinar el interés superior del niño en todas las esferas y a darle la debida importancia como consideración primordial.*”

El artículo 32 hace parte del Libro I, “*La protección infantil*”, Título I, “*Disposiciones generales*”, Capítulo II, “*Derechos y Libertades*”, en el que, además, se incluyen los siguientes bienes: a la vida, y a la calidad de vida y ambiente sano (art.17), a la integridad personal (art. 18), a la rehabilitación y resocialización (art. 19), derechos de protección (art. 20), a la libertad y seguridad personal (art. 21), a tener una familia y no ser separado de ella (art. 22), a la custodia y cuidado personal (art. 23), a los alimentos (art. 24), a la identidad (art. 25), al debido proceso (art. 26), a la salud (27), a la educación (28), al desarrollo integral de la primera infancia (29), a la recreación y participación en la vida cultural y en las artes (art. 30), a la participación (art. 31), a la intimidad (art. 33), a la información (art. 34), y a la protección laboral (art. 35). También se incorpora un enunciado específico sobre los derechos de niños, niñas y adolescentes en situación de discapacidad (art. 36) y se estipula que los sujetos destinatarios de esta normativa gozan de las libertades previstas en la Constitución y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, entre las que se encuentran el libre desarrollo de la personalidad y autonomía personal, la libertad de conciencia y de creencias, la libertad de cultos, la libertad de pensamiento, la libertad de locomoción, y la libertad para escoger profesión y oficio.

El enunciado del derecho de asociación y reunión previsto en el artículo 32, específicamente el inciso 1º, además de reconocer la titularidad de los menores de tal bien fundamental -como ya lo había hecho la Constitución y la Convención Internacional de los Derechos del Niño-, estableció, a título enunciativo, algunos fines para los cuales podían agruparse, entre los que se encuentran, los *sociales, culturales, deportivos, recreativos, religiosos, y políticos*. Aunado a lo anterior, y como consecuencia de una concepción no absolutista de los derechos, fijó las siguientes restricciones o límites para su ejercicio: (i) la ley, (ii) *las buenas costumbres*, (iii) la salubridad física o mental, y (iv) el bienestar del menor⁶⁴.

A continuación: (i) el inciso 2º prevé que este derecho comprende la facultad promover y constituir asociaciones dentro del mismo grupo poblacional al que se aplica, y la de formar parte de asociaciones, incluso de sus órganos directivos; (ii) el inciso 3º⁶⁵ establece que la eficacia de los actos de los menores se atenderá a lo dispuesto en la ley, precisando, no obstante, que los menores adultos se entienden habilitados para la adopción de todas las decisiones propias de la actividad asociativa, *siempre que no afecten negativamente su patrimonio*; y, por último, (iii) el inciso 4º estipula que los *impúberes* deben contar para estas actividades asociativas con la autorización de sus padres, que solo podrá ser revocada por justa causa.

⁶⁴ “Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho de reunión y asociación con fines sociales, culturales, deportivos, recreativos, religiosos, políticos o de cualquier otra índole, sin más limitación que las que imponen la ley, las buenas costumbres, la salubridad física o mental y el bienestar del menor.”

⁶⁵ Corregido por el artículo 1º del decreto 4011 de 2006. La Corte para su estudio acudirá al texto corregido de este inciso, sin que ello implique un pronunciamiento de conformidad sobre la forma en la que tal actuación se adelantó, pues no hace parte del enunciado demandado un mucho menos de los cargos invocados.

10. Analizados los antecedentes legislativos del Código de la Infancia y la Adolescencia, específicamente del inciso 1° del artículo 32, se encuentra que en el proyecto radicado ante la Cámara y que pasó los dos primeros debates (en Comisión y Plenaria⁶⁶) la disposición acudía a los siguientes criterios como límites al libre ejercicio del derecho: (i) el carácter lícito y (ii) la conformidad a la ley⁶⁷. No obstante, en la ponencia para primer debate en Senado⁶⁸, se efectuaron modificaciones en su redacción incluyendo el término “*buenas costumbres*”, enunciado que finalmente fue aprobado como parte integrante del artículo 32 de la Ley 1098 de 2006 y que es actualmente objeto de demanda.

Conceptos jurídicos indeterminados - moral social o pública (jurisprudencia relevante)

Aspectos generales

Tal como lo ha sostenido esta Corporación en varias oportunidades⁶⁹, el derecho acude para la formulación de enunciados normativos al lenguaje natural; y, por lo tanto, comparte su indeterminación relativa⁷⁰. En consecuencia, es frecuente que la asignación o identificación del contenido de ciertos enunciados previstos dentro del sistema jurídico enfrente problemas asociados a la ambigüedad de las palabras⁷¹ y a la vaguedad de los conceptos. Sobre el alcance de cada uno de estos términos, en la sentencia C-350 de 2009⁷², se afirmó:

“Se entiende que una expresión es **ambigua** cuando “(...) puede tener distintos significados según los diferentes contextos en que

⁶⁶ Gacetas 551, 751 y 887 de 2005.

⁶⁷ “Artículo 34. *Derecho a la libertad de asociación y de celebrar reuniones pacíficas.* Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho de asociarse libremente con otras personas con fines sociales, culturales, deportivos, recreativos, religiosos, políticos, laborales o de cualquier otra índole, **siempre que sean de carácter lícito y de conformidad con la ley**. Este derecho comprende especialmente el de formar parte de asociaciones, inclusive de sus órganos directivos, y el de promover y constituir asociaciones conformadas por niños, niñas y adolescentes.”. Negrilla y cursiva fuera de texto.

⁶⁸ Proyecto de ley 215 Senado, 085 de 2005 Cámara, Gaceta 128 de 18 de mayo de 2006.

⁶⁹ Pueden verse las sentencias C-539 de 2016 (MP Luis Ernesto Vargas Silva, AV Alejandro Linares Cantillo y Alberto Rojas Ríos); C-742 de 2012 (MP María Victoria Calle Correa, SP Alexei Julio Estrada, SV Luis Ernesto Vargas Silva y Jorge Iván Palacio Palacio); y, C-350 de 2009 (MP María Victoria Calle Correa, SV Nilson Pinilla Pinilla, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

⁷⁰ Al respecto, H.L.A. Hart afirmó: “... *En todos los campos de experiencia, no sólo en el de las reglas, hay un límite, inherente en la naturaleza del lenguaje, a la orientación que el lenguaje general puede proporcionar. (...)*”. El concepto del derecho, Traducción Genaro Carrió, Editorial Abeledo-Perrot, 3ª ed, Buenos Aires, 2009, pág. 157.

⁷¹ Asociada a problemas (i) semánticos, cuando el término empleado es susceptible de asumir diferentes significados (polisemia); (ii) sintácticos, cuando se afecta la estructura lógica de los enunciados; y, (iii) pragmáticos, cuando el enunciado puede presentar diferentes usos o funciones del lenguaje, sin que el contexto otorgue un criterio de asignación de significado. Ricardo Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, Giuffrè, 351-355.

⁷² MP María Victoria Calle Correa, SV Nilson Pinilla Pinilla, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

vaya insertada, o bien [cuando] una misma palabra pueda tener distintos matices de significado en función de esos contextos diversos”⁷³.

(...) una expresión es **vaga** cuando “(...) el foco de significado es único y no plural ni parcelado, pero (su modo de empleo) hace que sea incierta o dudosa la inclusión de un hecho o de un objeto concreto dentro del campo de acción de ella.”⁷⁴. (...)” (Destaca la Sala).

También debe advertirse que en el derecho es común recurrir al uso de conceptos jurídicos indeterminados, muchos de ellos con un alto contenido valorativo, lo que, desde un punto de vista, dificulta la determinación de las condiciones de aplicación de las normas, pero que, desde otro ángulo y en algunos escenarios, permite a quien está más cerca del caso concreto, maximizar los propósitos de la norma y aplicar el derecho en un marco un poco más amplio y sensible a las características de los problemas específicos.

El término *buenas costumbres*, al igual que la expresión *moral*, son conceptos de notable vaguedad y alto contenido valorativo y, en virtud del pluralismo social, pueden comprenderse de forma muy distinta por los diversos agentes de la comunidad. Con el propósito de dotarlos de cierta precisión, la Corte Constitucional ha decidido reconducirlos al concepto de *moral social o pública*, cuyo sentido se explicará a partir de una reiteración de los principales pronunciamientos sobre el uso de este tipo de conceptos.

Moral social o pública – jurisprudencia relevante

- En la **sentencia C-224 de 1994**⁷⁵ la Corte Constitucional analizó la exequibilidad del artículo 13 de la Ley 153 de 1887⁷⁶, que establece que la costumbre *praeter legem* constituye derecho, siempre y cuando reúna dos características, la primera, que sea general y, la segunda, que sea conforme a la moral cristiana. La Corporación concluyó que la disposición se ajustaba al

⁷³ Carrió, Genaro (1970): Algunas palabras sobre las palabras de la ley. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1971, pg. 15.

⁷⁴ Carrió, Genaro (1970): Algunas palabras sobre las palabras de la ley. Op cit, p. 17.

⁷⁵ MP Jorge Arango Mejía y SV Eduardo Cifuentes Muñoz, Fabio Morón Díaz, Alejandro Martínez Caballero y Carlos Gaviria Díaz. Los Magistrados Eduardo Cifuentes Muñoz, Fabio Morón Díaz y Alejandro Martínez Caballero presentaron un voto disidente conjunto, en el que pusieron de manifiesto que, en su opinión, la Sala adoptó formalmente una decisión condicionada aunque materialmente de inexecutable, pues simplemente restaron eficacia al adjetivo “*cristiano*”. Concluyeron que: “Al aceptar la diversidad moral se descarta toda diferenciación fundada en la legitimidad de las mayorías. La aceptación del pluralismo –incluso político– entraña el derecho igual de todas las manifestaciones a participar. Esta igualdad cultural, política o moral, no desconoce la posibilidad de que en un juego político alguna de ellas adquiera mayor legitimidad que las otras. Sin embargo, dicha legitimidad es posterior y no afecta de ninguna manera el derecho de las minorías de mantener su propia entidad y a no confundirse con los vencedores.”. Por su parte, el Magistrado Carlos Gaviria fundó su salvamento en la desaparición del ordenamiento jurídico, a partir de la carta de 1991, de la costumbre *praeter legem*.

⁷⁶ “Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887”.

ordenamiento superior, solo en el sentido en que por “*moral cristiana*” se entendiera “*moral general*” o “*moral social*”.

La demanda estuvo enfocada a sostener que la adscripción a un conjunto valorativo propio de una confesión, en el marco de un estado pluralista, vulneraba el preámbulo y los artículos 1, 7, 13 y 19 de la Constitución Política.

Para solucionar el referido reparo de inconstitucionalidad, la mayoría de la Sala Plena precisó aspectos tales como: (i) la innegable conexión entre la moral y el derecho, y el sustrato moral de muchas de las normas que hacen parte del ordenamiento jurídico, pese a que cada uno de esos sistemas pertenecen a realidades diferenciables; (ii) la existencia de una *moral social*, diferente de la individual, que *prevalece en cada pueblo en su propia circunstancia*; (iii) la comprensión de que, dado que en su momento era la moral mayoritariamente compartida, el legislador se haya referido a la moral cristiana como la moral general⁷⁷, destacando que, no obstante, lo relevante es la *opinio iuris*, elemento constitutivo de la costumbre que se traduce en la convicción de obligatoriedad por la comunidad que la observa:

“Entendida la expresión ‘moral cristiana’ como la **moral social** o **moral general**, es evidente que en casos excepcionales tendría validez como fuente del derecho una costumbre que no sea acorde con la moral general del país, pero que sea conforme con la moral de un grupo étnico y cultural en particular. Sería el caso, por ejemplo, de algunas tribus indígenas cuyas costumbres se basan en una moral diferente a la general de los colombianos. En virtud de los artículos 7º, 246, 247 y 330 de la Constitución, los individuos que componen tales grupos, podrían invocar sus costumbres, acordes con su propia moral social”.

(iv) La ausencia de incompatibilidad entre la Constitución Política y la moral cristiana, en razón, básicamente, de la validez del principio de mayoría en una democracia; y, (v) la vigencia de la costumbre, *preter legem* y *secundum legem*, como fuente de derecho. Atendiendo a estos presupuestos, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada de la disposición demandada, en los términos ya referidos.

- En la providencia **C-427 de 1994**⁷⁸ se declaró la *exequibilidad* de la prohibición para los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación de ejecutar en el lugar de trabajo o en sitio público actos contra la *moral o buenas costumbres*⁷⁹. Con tal objeto, la Corte consideró que, dada la

⁷⁷ “Se dijo “**moral cristiana**” refiriéndose a la religión de la mayoría de la población, como en Turquía habría debido decirse “**la moral islámica**”. **La ley se limitó a reconocer un hecho social.**

Y obsérvese que la costumbre, además de ser **conforme con la moral cristiana**, debe ser **general**. Si es general y a la vez es conforme con la **moral cristiana**, es porque ésta es también la **moral general**”.

⁷⁸ MP Fabio Morón Díaz (unánime).

⁷⁹ Artículo 115, literal b) del Decreto 2699 de 1991.

diferencia existente entre el derecho sancionador disciplinario y el derecho sancionador penal, era dable permitir en el primer escenario tipos abiertos, cuyas conductas, en todo caso, fueran identificadas de manera razonable.

- En la **C-404 de 1998**⁸⁰ la Corte declaró la exequibilidad del artículo 259 del Código Penal⁸¹, que prevé al *incesto* como delito. La demanda tuvo por objeto cuestionar la norma referida al amparo del derecho al libre desarrollo de la personalidad, tras sostener que la conducta tipificada no afectaba a la sociedad y que hacía parte del fuero individual, de la moral individual.

La Corporación fundamentó su decisión en dos tipos de razones. De un lado, afirmó que el incesto tenía por objeto proteger un bien constitucionalmente relevante: la familia, cuya desestabilización por las prácticas sexuales endogámicas se encontraba acreditada desde diferentes disciplinas *empíricas*. Agregó que la restricción al libre derecho de la personalidad era, en este caso, constitucional, pues la norma no solo buscaba proteger un bien relevante sino porque, en virtud del principio de solidaridad, cualquier comportamiento o actitud de uno de los miembros de la familia frente a otro incidía en el núcleo primario de la sociedad⁸²:

“... los comportamientos desestabilizadores de la institución familiar resultan atentatorios no sólo de ella (bien indiscutible para el Constituyente), sino de otro principio axial de la Carta: la solidaridad. La restricción al libre desarrollo de la personalidad dentro de la familia, resulta entonces no sólo debida sino necesaria, en vista de su preservación.”.

De otro lado, la Corte afirmó que la disposición era exequible porque encontraba sustento relevante en la moralidad pública⁸³. La Corte consideró

⁸⁰ MP. Carlos Gaviria Díaz y Eduardo Cifuentes Muñoz y AV Antonio Barrera Carbonell, Alfredo Beltrán Sierra, Alejandro Martínez Cabalero y Carlos Gaviria Díaz.

⁸¹ Decreto No. 100 de 1980.

⁸² La Corte encontró que en este caso la restricción del tal derecho era justificable, al amparo de los requisitos previstos por la misma jurisprudencia: “... los límites al libre desarrollo de la personalidad, no sólo deben tener sustento constitucional, sino que, además, no pueden llegar a anular la posibilidad que tienen las personas de construir autónomamente su modelo de realización personal”. Por tanto, cualquier decisión que afecte la esfera íntima del individuo, aquella que sólo a él interesa, debe ser excluida de cualquier tipo de intervención arbitraria.”.

⁸³ Los Magistrados que aclararon el voto, manifestaron, acudiendo al sentido dado a la “navaja de Occam”, que en este caso no era preciso acudir a este otro tipo de razones para justificar la exequibilidad de la disposición demandada. El siguiente apartado es relevante para la comprensión de su aclaración:

“¿Para qué entonces enturbiar lo que es claro agregando algo tan abstruso como que, además, el incesto es atentatorio de la moralidad pública y ésta constituye un límite al libre desarrollo de la personalidad?

Unas pocas inquietudes ponen de presente lo que implícitamente se afirma en la pregunta. **I)** ¿Cómo se reconoce esa `moralidad pública`? ¿Existe algún criterio objetivo para reconocerla, análogo a la regla de reconocimiento propuesta por Hart como instrumento conceptual que permite identificar las normas de un ordenamiento jurídico? **ii)** Y si tal es el caso, cómo saber con certeza, o con un alto grado de probabilidad, que esa `moralidad pública` que repudia el incesto, clama porque se le desestime con una sanción penal? Porque bien puede ocurrir que a alguien le pregunten, verbigracia, cómo juzga el adulterio responda: `me parece censurable. Peri si se le inquiera: ¿y se debe castigar?`, conteste: ese es un asunto de cada uno. ¿Y qué tal el homosexualismo, tan generalmente repudiado, acerca del cual ha dicho la Corte (con el voto favorable de algunos magistrados adalides de la “moral pública”) que ni

que, atendiendo a que los intervinientes insistieron en que la disposición que penalizaba el incesto encontraba un soporte moral, era oportuno referirse a “*si el argumento moral es también pertinente para adoptar decisiones constitucionales en uno u otro sentido*”⁸⁴.

En esa línea, se afirmó que: (i) la adecuación de una norma al ordenamiento superior no puede dejar de lado la referencia a las condiciones sociales, de las que hacen parte los principios morales; (ii) conforme a lo dispuesto en diversos instrumentos internacionales, la moralidad pública puede generar restricciones legítimas al ejercicio de los derechos constitucionales; (iii) tales restricciones, empero, no pueden justificarse solamente en razones de la moralidad general, pues en ese caso la Constitución fracasaría en su función de proteger los derechos de las minorías, de la tolerancia y del pluralismo; (iv) los principios morales, entonces, no se elevan como razones suficientes, máxime en aquellos casos en los que está de por medio la imposición de una sanción consistente en la privación de la libertad; (v) para analizar la sujeción al ordenamiento de una restricción que tiene fundamento en un principio moral, entonces, (v.1) debe recurrirse al juicio de proporcionalidad, en virtud del cual se analiza si la finalidad de la restricción corresponde efectivamente a un principio de moralidad pública; su utilidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto⁸⁵; y, (v.2.) debe tenerse claridad sobre lo que se entiende por *moralidad pública* en el marco constitucional vigente:

“La moralidad pública que puede ser fuente de restricciones a la libertad, es aquella que racionalmente resulta necesario mantener para armonizar proyectos individuales de vida que, pese a ser absolutamente contradictorios, resultan compatibles con una democracia constitucional y que, adicionalmente, es indispensable para conjurar la libertad individual con la responsabilidad y la solidaridad que hacen posible este modelo constitucional. En este sentido, la moralidad pública articula en el plano secular un modo de ser y de actuar que no puede soslayar la persona, portadora de derechos, que es, al mismo tiempo, sujeto individual y miembro de la comunidad. El concepto de orden público en la sociedad democrática basada en los derechos, se refiere a las condiciones y orientaciones

siquiera puede consagrarse como causal de mala conducta? **iii)** Y dentro de una sociedad pluralista como la colombiana, cabe preguntar: ¿Hay una sola moralidad pública, o hay varias? Si hay una sola, ¿quién la determina? y si hay varias, ¿cuál prevalece y por qué?

Tal vez resulte oportuno poner fin a esta aclaración de voto (que no es salvamento, porque la decisión y la primera parte de las consideraciones las acogemos), con esta apreciación de Ernst Tugendhat: “Un concepto de la moralidad que no deja abierta la posibilidad de concepciones variadas de lo moral tiene que parecernos hoy inaceptable.”

⁸⁴ “... la cuestión central que se debate reside en determinar si el juez constitucional debe permanecer absolutamente marginado de las razones morales que explican o justifican la existencia de determinadas normas legales.”

⁸⁵ Conforme a lo sostenido por la Corte en aquella oportunidad, una sanción restrictiva de la libertad no sería proporcional en sentido estricto si, además del fundamento moral, no se encuentra soportada en la garantía de bienes jurídicamente protegidos: “*En todo caso, la sanción penal consistente en una limitación a la libertad personal no puede fundarse exclusivamente en la defensa de principios de moralidad pública que, a su turno, no amparen derechos o bienes constitucionalmente protegidos.*”

valorativas mínimas que deben ser respetadas por sus miembros para que ésta sea una comunidad organizada en términos de libertad y para la libertad. Esta función del orden público en una democracia constitucional, forzosamente debe predicarse con la misma intensidad de cada uno de los elementos que lo integran, entre ellos, la moralidad pública. Se comprende, entonces, que la relativización de la libertad obedece a una lógica social que mira a su conservación y a su florecimiento, lo que no sería posible si los planes de vida de todos los sujetos y sus puntos de vista de orden moral, pudieran llevarse a cabo y manifestarse socialmente sin cortapisa o armonización alguna”.

Por esta razón, el juez constitucional debe confrontar los criterios de moralidad pública contenidos en la ley, con el conjunto de normas y principios constitucionales. No obstante que la ley se apoye en un criterio de moral pública, si éste desconoce los principios superiores sobre los que se edifica la democracia constitucional, fundada en el respeto de los derechos fundamentales, la Corte no tiene alternativa diferente a declarar su inexecutable. (...).”

Con base en tales presupuestos, la Corte sostuvo que la penalización del incesto encontraba un sustrato de moralidad pública que se sujetaba a los principios constitucionales, pues trascendía posiciones espirituales de orden particular, sin lesionar la dignidad de los integrantes de la sociedad. Y que a este criterio moral, se aunaba al estrictamente jurídico, para considerar la exequibilidad de la disposición demandada.

- En la **providencia C-010 de 2000**⁸⁶ la Corte se pronunció sobre varias disposiciones de la Ley 74 de 1966, *“por la cual se reglamenta la transmisión de programas por los servicios de radiodifusión”*; entre ellas la que establecía que, sin perjuicio de la libertad de información, en los programas radiales debía *“atenderse a los dictados universales del decoro y el buen gusto”*. Esta última expresión fue retirada del ordenamiento, por considerar que la indeterminación de tales *dictados* podía resultar privilegiando el uso de algunos discursos sobre otros, con el agravante de que quien tenía competencia para determinar la violación de la norma era, ex post facto, la autoridad controladora de la actividad radial, desconociendo que, como lo había sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tales restricciones debían ser reguladas legalmente de manera expresa, taxativa y previa⁸⁷.

⁸⁶ Alejandro Martínez Caballero

⁸⁷ Los Magistrados José Gregorio Hernández Galindo, Vladimiro Naranjo y Álvaro Tafur Galvis se apartaron parcialmente de tal decisión, por considerar que si bien la expresión “buen gusto” podía ser indeterminada, así no lo era “el decoro”, ya que sobre este último sí existían consensos claros.

- En la **sentencia C-567 de 2000**⁸⁸ se declaró la inconstitucionalidad de la expresión “*o a las buenas costumbres*” prevista en el artículo 46 de la Ley 50 de 1990 como condición para que la respectiva autoridad administrativa inscribiera un sindicato. La Corte consideró, acogiendo la tesis central de la sentencia C-010 de 2000, que la restricción a la libertad sindical debía ser excepcional y reglada, y no de manera ambigua como lo permitía esta disposición. Aunado a lo anterior, se verificó que en este caso la valoración del requisito para inscribir sindicatos se confería a una autoridad administrativa, pese a que las limitaciones sindicales debían valorarse por el juez (artículo 39 de la CP y Convenio 87 de la OIT).

- En la providencia **C-814 de 2001**⁸⁹ la Corporación declaró la exequibilidad de la condición de aptitud moral impuesta al adoptante o adoptantes de un menor de 18 años, prevista en el artículo 89 del Decreto 2737 de 1989, anterior Código del Menor⁹⁰.

Reitera el concepto de *moral social* expuesto por la Corte en la sentencia C-224 de 1994 y C-404 de 1998, y algunos pronunciamientos en control concreto. También se hace referencia a los instrumentos internacionales de derechos humanos que incluyen el concepto de *moral social* como criterio válido de restricción de algunos bienes fundamentales (Declaración de los derechos del niño, Protocolo Facultativo de la Convención sobre derechos del niño). Agregó que doctrinariamente también era de recibo el papel del criterio moral en la restricción del ejercicio de derechos:

“9. Así pues se tiene que los tratados internacionales relativos a derechos humanos, que por lo mismo conforman el llamado ‘bloque de constitucionalidad’, consideran válida la limitación de los derechos fundamentales por razones de moralidad pública, y además hacen referencia explícita a la moralidad social como objeto jurídico

⁸⁸ MP Alfredo Beltrán Sierra, AV Eduardo Cifuentes y Vladimiro Naranjo Mesa, SP José Gregorio Hernández Galindo, Vladimiro Naranjo y Álvaro Tafur Galvis. Los salvamentos parciales se presentaron frente a la inexecutable de la expresión “*o a las buenas costumbres*”, por considerar que era completamente válida una restricción en tales términos. En concreto, en el voto disidente suscrito por los Magistrados Vladimiro Naranjo Mesa y Álvaro Tafur Galvis sostuvieron: “*En dicho salvamento de voto [el suscrito en la sentencia C-010 de 2000], a cuyo contenido nos remitimos, se explica cómo ciertos valores, principios y conductas de permanente vigencia en cualquier sociedad civilizada, están implícitos además en la protección de derechos fundamentales consagrados en la Carta Política, y por tanto no pueden ser considerados como vulneratorios de otros de igual o menor rango. Así ocurre, en el caso presente, con la expresión buenas costumbres, ahora declarada inexecutable. Con todo respeto, no consideramos que tenga suficiente base jurídica y constitucional sostener que esa expresión “resulta ambigua” y que, además, “desconoce el pluralismo y la autonomía moral de las personas”. Lejos de ser ambigua, la expresión buenas costumbres es, repetimos, un concepto universalmente admitido, que, por cierto, ha figurado en la mayoría de nuestras constituciones a lo largo de la historia, y que por ello no puede descalificarse como algo que queda al criterio subjetivo de cada quien. (...)”*”.

⁸⁹ MP Marco Gerardo Monroy Cabra; SP Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Eduardo Montealegre Lynett; y, SP y AV Jaime Araujo Rentería.

⁹⁰ En este pronunciamiento la Corte también declaró la exequibilidad de la expresión “La pareja formada por el hombre y la mujer que demuestre una convivencia ininterrumpida de por lo menos tres (3) años”, contenida en el numeral 2º del artículo 90 del Decreto 2737 de 1989. Los salvamentos parciales de voto estuvieron dirigidos a separarse de la decisión adoptada frente al aparte del artículo 90 demandado.

protegido. La doctrina clásica y la Filosofía del Derecho contemporánea, igualmente acogen criterios morales como nociones informadores del orden jurídico. También, la jurisprudencia de esta Corporación, como se vio, ha precisado que dentro de un Estado pluralista y democrático, como el que prefigura la Constitución Política, la ley puede acoger conceptos morales para definir situaciones jurídicas, o para limitar derechos de las personas, pero siempre y cuando tales conceptos hagan referencia a la *moral social o moral pública*.”.

En consecuencia, precisó la Sala en esta decisión, si por moral se entiende *moral social o pública*, sin referencia específica a un sistema particular valorativo – ético, la disposición se sujeta a la Carta Política, pues en un estado pluralista, en todo caso, la condición moral del adoptante no es indiferente en un escenario en donde lo relevante es el interés superior del niño, y por tanto debe garantizarse el desarrollo armónico que le permita su mejor adaptación a un entorno socio – cultural dado. Al amparo del artículo 67, agregó, el Estado tiene la obligación de velar por la mejor formación moral de los educandos y, en consecuencia, las exigencias morales al interior de la familia repercuten en tal objetivo.

De otro lado advirtió, siguiendo el juicio de proporcionalidad propuesto para estos casos desde la sentencia C-404 de 1998, que (i) ateniendo a los derechos y deberes mutuos que emanan de la relación padre/madre y adoptante, la exigencia es útil dado que se satisface el rol en el proceso educativo del menor de 18 años en un ambiente en el que los principios éticos emanan de la moral social o pública; (ii) es necesaria, pues permite garantizar su educación moral, prevaleciendo su interés superior; (iii) y, finalmente, se cumple con el requisito de proporcionalidad en sentido estricto, pues se limita el derecho a adoptar de quienes, en ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad, optan por un proyecto alejado de la moral social, tiene por efecto, de otro lado, garantizar la finalidad educativa moral del menor de 18 años, constituyéndose en la única alternativa con tal objeto:

“... Pudiera decirse que en la tensión que se presenta entre el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los pretendientes adoptantes, quienes aspiran a ser padres, y el derecho de los menores a la educación moral, la Constitución misma se decide por la prevalencia de éste último (art. 44 de la Constitución Política), y de todos los demás derechos que están ínsitos en la condición de hijo de familia. A juicio de la Corte la norma acusada garantiza esta prevalencia y en este sentido es un desarrollo constitucional”.

Precisa la Corte que no es cierto que la exigencia moral vaya en contra de la opción sexual.

- **C-373 de 2002**⁹¹. En esta providencia se decidió la demanda invocada contra el parágrafo 2° (parcial) del artículo 4°⁹² de la Ley 588 de 2000⁹³, que establece como inhabilidad para aspirar al cargo de notario haber incurrido en las faltas previstas en el artículo 198 del Decreto - Ley 960 de 1970⁹⁴. Atendiendo al alcance del aparte cuestionado, se integró al estudio a esta última disposición, declarándose la inexecutable de sus numerales 1° y 6°, que consagraban como falta disciplinaria (1) la embriaguez habitual, la práctica de juegos prohibidos, el uso de estupefacientes, el amancebamiento, la concurrencia a lugares indecorosos, el homosexualismo, el abandono del hogar, y, en general, un mal comportamiento social; y, (6) ejercer directa o indirectamente actividades incompatibles con el decoro del cargo o que en alguna forma atenten contra su dignidad.

Se afirmó que la consagración de tales conductas como constitutivas de sanción disciplinaria era un *“rezago de un Estado autoritario”* y que, por lo tanto, no encontraban *“cabida en una democracia constitucional dada su manifiesta contrariedad con los principios que la soportan.”* Se precisó que en materia disciplinaria era válida la descripción de tipos abiertos, sin perder de vista, no obstante, que el objeto es atender a los deberes funcionales y evitar la incursión en las alternativas existenciales que no tienen relación alguna con el anterior criterio. Contrariando tal pretensión, las conductas previstas en los numerales 1° y 6° desconocen el fundamento de la imputación del ilícito disciplinario, y son contrarias a la libertad y a la dignidad humana.

Finalmente, se destacó por ejemplo que la referencia al *“decoro”* era inconstitucional porque dejaba un marco de apreciación demasiado amplio para la configuración del ilícito disciplinario, desvirtuando la cláusula general de libertad del artículo 16 de la Carta Política.

- Siguiendo una línea similar, en la **sentencia C-098 de 2003**⁹⁵ la Corte declaró la inexecutable de algunas disposiciones del estatuto del ejercicio de la abogacía que regulaban las faltas contra la dignidad de la profesión, por considerar que lesionaban el derecho al libre desarrollo de la personalidad por no atender a los deberes y funciones propios, sino regular aspectos de la

⁹¹ MP Jaime Córdoba Triviño, SV Rodrigo Escobar Gil y Eduardo Montealegre Lynett. Los salvamentos no recayeron sobre la decisión de inconstitucionalidad de los numerales 1° y 6° del artículo 198 del Decreto - Ley 960 de 1970

⁹² De manera relevante se reiteró la inexistencia de derechos absolutos y, por lo tanto, la competencia del legislador para limitar el acceso a cargos públicos en procura de la realización del interés general y los principios de la función administrativa, competencia que, sin embargo, debe ejercerse atendiendo a los principios de proporcionalidad y razonabilidad. También se destacó que era válida en esta materia la inhabilidad intemporal, y que en la medida en que no se hacía diferenciación alguna en la gravedad de la falta para configurar la inhabilidad, debía entenderse que no era predicable de aquella que causaba como sanción simplemente la multa. Por lo anterior, se declaró la executable del parágrafo 2° (parcial) demandado, en el entendido en que la inhabilidad no se extiende a quienes fueron condenados con sanción de multa, en los términos del Decreto Ley 960 de 1970.

⁹³ “Por medio de la cual se reglamenta el ejercicio de la actividad notarial”.

⁹⁴ “Por el cual se expide el Estatuto del Notariado”.

⁹⁵ MP Jaime Araujo Rentería, AV Jaime Araujo Rentería.

esfera individual o que, trascendiendo a la social, no tenían que ver con el ejercicio adecuado de la profesión.

- En la sentencia **C-431 de 2004**⁹⁶ se declaró la inexecutable de algunas disposiciones del régimen disciplinario aplicable a las Fuerzas Militares⁹⁷. Entre los enunciados analizados se incluyó el que establecía como falta grave la ejecución, en establecimiento militar, de actos *contra la moral o las buenas costumbres*⁹⁸. La Corte Constitucional afirmó su no sujeción a la Carta Política por considerar que *“si bien el legislador puede elevar a la categoría de falta disciplinaria aquellos actos que repudian a la moral social entendida como “la que prevalece en cada pueblo en su propia circunstancia”, y proscribir estos comportamientos en el ámbito de las instalaciones militares, al hacerlo debe establecer clara y precisamente cuáles son aquellos actos “inmorales” que eleva a la categoría de falta disciplinaria. De otra manera, desacata el principio de legalidad que le impone precisar las conductas sancionables como falta disciplinaria dejando a la libre apreciación subjetiva de quien impone la sanción el decidir si un comportamiento es contrario o no a dicho concepto de “moral social” y si, en consecuencia, procede o no la sanción.”*

- En la **sentencia C-570 de 2004**⁹⁹ la Corte Constitucional estudio una demanda de inconstitucionalidad contra varias disposiciones de la Ley 842 de 2003¹⁰⁰. En concreto se pronunció la prohibición dirigida a todos quienes ejercen la ingeniería, profesiones afines y auxiliares de cometer actos que atenten contra la *moral* y las *buenas costumbres*¹⁰¹, advirtiendo que aunque en

⁹⁶ MP Marco Gerardo Monroy Cabra; SP Jaime Araujo Rentería, Rodrigo Escobar Gil, Alfredo Beltrán Sierra y Clara Inés Vargas Hernández. El magistrado Rodrigo Escobar Gil sostuvo en el salvamento parcial de voto que no compartía la decisión adoptada sobre la inconstitucionalidad de la falta disciplinaria que se fundaba en los conceptos de “moral y buenas costumbres” dado que, en su opinión, eran conceptos determinados que remitían a la moral social o pública. Sobre este último concepto, se remitió a las consideraciones efectuadas en las sentencias T-620 de 1995 y C-224 de 1994. Afirmó, entonces, que: *“Así entendida, la moral social es connatural a la misma vida en sociedad, en cuanto tiene como único propósito unir a los distintos grupos y a las distintas opciones de pensamiento, buscando su colaboración para que la comunidad acceda a un mayor grado de humanización y haga realidad el postulado de un orden público y social justo. Según lo dijo este Tribunal, “como el orden público es un derecho de todos los asociados -que implica los correlativos deberes-, y la moral social es parte integrante de él, todos los asociados tienen derecho a ser beneficiarios de condiciones de moralidad, en el entorno que rodea sus vidas”*. Adujo que la Corte había venido avalando la incorporación legal de criterios relacionados con la moral social y que ello derivaba de la misma Constitución, que había acogido un concepto de moral social, entre otros, en los artículos 34, 44 y 209.

⁹⁷ Ley 836 de 2003, *“por la cual se expide el reglamento del Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares”*.

⁹⁸ Artículo 59 numeral 1º *ibídem*.

⁹⁹ MP Manuel José Cepeda Espinosa y SP Rodrigo Escobar Gil. En su salvamento parcial de voto el Magistrado Escobar Gil reiteró lo que había manifestado ya en el salvamento de voto a la sentencia C-431 de 2004.

¹⁰⁰ *“por la cual se modifica la reglamentación del ejercicio de la ingeniería, de sus profesiones afines y de sus profesiones auxiliares, se adopta el Código de Ética Profesional y se dictan otras disposiciones.”*

¹⁰¹ Artículo 32 literal a): *“Prohibiciones generales a los profesionales. Son prohibiciones generales a los profesionales:*

...

e) Ejecutar en el lugar donde ejerza su profesión, actos que atenten contra la moral y las buenas costumbres;

el ámbito disciplinario se permite una tipificación más flexible, a través de tipos abiertos, la indeterminación debe ser constitucionalmente aceptable, lo que no ocurre con tal previsión, en razón a que acude a conceptos absolutamente imprecisos que permiten el ejercicio de la discrecionalidad del juzgador:

“... las expresiones que se encuentran entre comillas con completamente imprecisas e inciertas, situación que entraña que las personas disciplinables se encuentran a merced de los pareceres subjetivos de los funcionarios disciplinantes. Esta situación es contraria al debido proceso, derecho que persigue, entre otras cosas, establecer con claridad cuáles son las conductas punibles y, por lo tanto, cuáles son las conductas de las que deben abstenerse los profesionales de la ingeniería y sus disciplinas afines y auxiliares”¹⁰².

- En la **sentencia C-350 de 2009**¹⁰³ la Corte Constitucional declaró la inexecutable del numeral 9º del artículo 35 de la Ley 734 de 2002¹⁰⁴, que incluía dentro de las prohibiciones aplicables a los servidores públicos: la ejecución, en el lugar de trabajo, de actos *que atenten contra la moral o las buenas costumbres*.

La Sala Plena reafirmó la regla según la cual “*se viola la prohibición de tipos sancionatorios disciplinarios indeterminados cuando estos emplean conceptos que no tienen un `grado de indeterminación aceptable constitucionalmente`”, destacando que los conceptos de “moral” y “buenas costumbres” eran demasiado vagos y ambiguos, incluso si se hacía referencia a la “moral social”. La Corporación, tras referirse al sentido de los términos *vaguedad y ambigüedad*, así como a la *textura abierta* del lenguaje, afirmó que el ordenamiento jurídico incorporaba, de hecho, expresiones con tales características, conceptos jurídicos indeterminados como “moral”; y que ello no era inconstitucional, pues esta última condición no se predicaba de las palabras en sí mismas consideradas. No obstante, continuó, existen escenarios en los que su uso no es válido, pues compromete el ejercicio y goce de derechos constitucionales, “[p]or ejemplo, la Corte ha considerado inconstitucionales las normas de este grado de indeterminación que afecten irrazonablemente las libertades de expresión, sindical o de ejercer profesión u oficio, comprometiendo a la vez, la autonomía personal y el libre desarrollo de las personas.”.*

...”.

¹⁰² Similar decisión se adoptó en la providencia C-537 de 2005 (MP Alfredo Beltrán Sierra - unánime) sobre una disposición de la Ley 35 de 1989, *sobre ética del odontólogo colombiano*, que imponía la obligación de denuncia ante el Tribunal Ético Profesional de cualquier acto cometido por un colega contra *la moral*. Este término se declaró inexecutable siguiendo la línea jurisprudencial referida.

¹⁰³ MP María Victoria Calle Correa, SV Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

¹⁰⁴ “Por la cual se expide el Código Disciplinario Único”.

En esa ocasión la Corte se refirió a varios de los pronunciamientos más relevantes efectuados en sede de control abstracto de constitucionalidad sobre normas (i) con contenido sancionatorio, que, además, (ii) acudían a conceptos indeterminados, tales como “moral” o “buenas costumbres”, para la descripción de las conductas objeto de reproche.

Con fundamento en estos pronunciamientos, en la sentencia C-350 de 2009 se concluyó que la ambigüedad y vaguedad de los términos “moral” y “buenas costumbres”, que no se reducía con la referencia a la “*moral social*”, pues en todo caso quedaba una zona importante de penumbra, determinaba una decisión de inconstitucionalidad, precisando, en todo caso que:

“4.4. El concepto de moral, en especial el de “moral pública” o “moralidad pública”, son importantes y relevantes constitucionalmente. Tal como lo señala la Constitución, y fue resaltado en la presente sentencia, las acciones populares protegen, entre otros valores jurídicos, la “*moralidad pública*” (art. 88, CP) y la “*moralidad*”, en sí misma considerada, constituye uno de los principios que fundamenta la función administrativa (art. 209, CP). Por tanto, no puede entenderse la presente decisión que se adopta en esta sentencia, en modo alguno, como un desconocimiento del alto valor que tiene la moralidad pública en un estado social de derecho. Lo que se defiende, es que la protección de este valor constitucional no se haga mediante normas con un grado de indeterminación tal que generen inseguridad jurídica y pongan en riesgo derecho fundamentales de las personas”¹⁰⁵.

- En la **C-710 de 2012**¹⁰⁶ la Corte Constitucional se declaró inhibida para pronunciarse sobre la exequibilidad del artículo 68 (parcial) del Código de la Infancia y de la Adolescencia, que prevé que quienes están interesados en la adopción de menores deben acreditar, entre otros requisitos, idoneidad *moral*.

¹⁰⁵ En el salvamento de voto el Magistrado Gabriel Eduardo Mendoza Martelo consideró que la mayoría de la Sala no tuvo en cuenta el desarrollo jurisprudencial alrededor del concepto de “moralidad pública”, elemento recogido por la Carta Política, que tiene relación directa con los derechos humanos y el principio de dignidad humana: “*A mi modo de ver el desempeño de las funciones de los servidores públicos está orientado por los conceptos probidad, imparcialidad, decoro y dignidad, sin ninguna connotación confesional o subjetiva, sino propio de la moral media o social que contiene la Constitución, en los preceptos citados, que consagran los principios de la función pública e integran el catálogo de buenas costumbres de la administración y de una moral del servidor público.*”

...
A mi juicio, es necesario reconocer que entre la moral y los valores reconocidos por la Constitución hay numerosos puntos de contacto, en gran medida porque una y otros se fundamentan en el reconocimiento de la dignidad intrínseca de la persona humana, consecuentemente considero que el numeral 9 del artículo 35 de la Ley 734 de 2002, demandado, respeta en su integridad los mandatos constitucionales, de manera que la prohibición a que se realicen “actos que atenten contra la moral o las buenas costumbres”, obedece a la naturaleza propia de la administración pública y al buen desarrollo del servicio público, por cuanto, las funciones públicas deben ser desarrolladas por el servidor público de manera idónea, correcta, eficiente, eficaz, diligente e imparcial y de conformidad con la Constitución, la ley y el reglamento, y el cumplimiento de las mismas deberá valorarse y determinarse en cada caso, de conformidad, con la naturaleza y características propias del cargo o función pública encomendada.”.

¹⁰⁶ MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, AV María Victoria Calle Correa.

En la demanda se argumentó¹⁰⁷ que la condición moral referida en la disposición impedía la conformación familiar, mediante la adopción, por parte de parejas del mismo sexo¹⁰⁸, en detrimento además del interés superior del niño. Consideraron los promotores de la acción que no existía cosa juzgada, en virtud del pronunciamiento efectuado en la sentencia C-814 de 2001¹⁰⁹, dado que había un nuevo contexto, jurisprudencialmente reconocido en la providencia C-577 de 2011¹¹⁰, que permitía emitir un nuevo juicio.

La Sala Plena consideró que no se satisfacían los requisitos para considerar la aptitud de la demanda, fundamentalmente el de certeza, pues ni del enunciado demandado, ni tampoco de la sentencia C-814 de 2001, podía concluirse nexo alguno entre la idoneidad moral y la orientación sexual.

- En la sentencia **C-931 de 2014**¹¹¹ la Corporación declaró la exequibilidad del artículo 62, literal A, numeral 5º (parcial) del Código Sustantivo del Trabajo, que prevé como causal de terminación unilateral del contrato de trabajo por el empleador la comisión de actos *inmorales* por parte del trabajador, en el lugar de trabajo o en el que desempeñe sus funciones. Para arribar a dicha conclusión la Sala efectuó un extenso análisis sobre la línea jurisprudencial construida por esta Corporación alrededor del uso de términos jurídicos indeterminados, específicamente de la expresión *moral social*, y a su consideración en instrumentos internacionales de derechos humanos.

De este compendio se extrajeron algunas conclusiones relevantes: (i) la incorporación al ordenamiento jurídico de conceptos indeterminados, por regla general, no riñe con los principios, valores y reglas constitucionales; (ii) consideraciones propias de la *moral social o pública* son idóneas para la restricción en el ejercicio de derechos; y (iii) su uso, empero, en materia sancionatoria es inconstitucional, cuando quiera que la indeterminación involucra la garantía del principio de legalidad y afecta el adecuado ejercicio del derecho de defensa. Con base en estos presupuestos, el problema jurídico se formuló en los siguientes términos:

¹⁰⁷ Apoyaron su pretensión en el artículo 44 de la CP; en el preámbulo y artículos 2,3,4,18,21,27 y 39 de la Convención sobre los Derechos del Niño; en el artículo 16-3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; en el artículo 1º del Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales; en el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y, en el artículo 1 del Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de adopción Internacional.

¹⁰⁸ “la demanda se fundamenta en la siguiente interpretación: la idoneidad moral que exige el precepto demandado para adoptar, de la mano de la sentencia C-814 de 2001, no es compatible con el ‘modelo de vida homosexual’, por esta razón, las personas homosexuales, específicamente las parejas del mismo sexo, no cumplen el requisito de idoneidad moral y no pueden adoptar.”

¹⁰⁹ MP Marco Gerardo Monroy Cabra; SP Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño y Eduardo Montealegre Lynett; AV y SP Jaime Araujo Rentería.

¹¹⁰ MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; AV Juan Carlos Henao Pérez, María Victoria Calle Correa, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio, Nilson Pinilla Pinilla y Luis Ernesto Vargas Silva; SV María Victoria Calle Correa.

¹¹¹ MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, AV Luis Ernesto Vargas Silva.

“... debe determinarse si la terminación del contrato de trabajo por justa causa por parte del empleador invocando como causal el desarrollo de un acto inmoral, vulnera el derecho al trabajo y a la estabilidad laboral de los trabajadores en los términos planteados por el demandante, ya que, en su criterio, aunque esta Corporación ha admitido el uso de conceptos indeterminados, también lo es que ha señalado que en algunos casos el legislador debe abstenerse de apelar a ellos cuando es tal su grado de indeterminación y vaguedad que puede comprometer el ejercicio de derechos fundamentales como acontece en los procesos sancionatorios”.

En tal dirección, la Sala advirtió que (i) como el juicio de reproche constitucional no recae sobre el uso en sí mismo de conceptos indeterminados, sino sobre su aplicación en cada contexto normativo teniendo en cuenta los derechos involucrados, debía advertirse que (ii) el concepto de *moral social* había venido decantándose por la jurisprudencia, en un escenario democrático, multicultural y pluralista, y que, además, (iii) la disposición del Código Sustantivo del Trabajo cuestionada no pertenecía a un escenario sancionatorio, por lo tanto, (iv) no era aplicable la regla que en otros casos se había materializado en favor de la inexecutable:

“A diferencia de las consideraciones puntuales en el caso de las sanciones establecidas en el marco de los procesos disciplinarios donde la alusión a conceptos indeterminados le impone al legislador establecer de manera concreta el tipo de conductas consideradas inmorales y que son objeto de sanción en estricto cumplimiento del principio de legalidad y tipicidad, existen otros contextos en donde el legislador puede apelar a conceptos indeterminados sin que tenga la carga de desarrollar el concepto de tipicidad, en estricto sentido, pero que aun así no da lugar a que se realicen referencias a apreciaciones morales y éticas individuales, pues existen en el ordenamiento jurídico y constitucional parámetros para aplicar en concreto dichas categorías indeterminadas como el de “inmoral” sin desconocer valores, principios y derechos superiores de gran valor en el marco de un Estado Social de Derecho. Tal es el caso de la valoración del acto inmoral en desarrollo de un contrato de trabajo, análisis que debe hacerse a la luz del respectivo reglamento de trabajo y no de la visión particular del empleador”.

La Sala, entonces, consideró que en el escenario laboral existían elementos para superar la indeterminación del concepto “*moral social*”, lo cual, sumado a que no se estaba en un contexto sancionatorio, permitía considerar ajustada a la carta el aparte demandado.

- En la **providencia C-958 de 2014**¹¹² la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de los artículos 1, numeral 2º, y 15 de la Ley 1708 de 2014¹¹³, que definen la *actividad ilícita* que da lugar a la extinción de dominio y la *extinción de dominio* acudiendo a las conductas tipificadas como delictivas y a aquellas que el legislador establezca por deteriorar la *moral social*¹¹⁴. La demanda se fundó en el presunto desconocimiento del artículo 34 de la Carta, en razón a que no se determinaron con claridad las causales que dan lugar a la extinción, dada la amplitud, específicamente, del término “*moral social*”.

Para resolver de fondo el problema jurídico la Sala, además de referirse a la acción de extinción de dominio en el marco constitucional y legal, se pronunció sobre el concepto de “*moral social*”, básicamente teniendo en cuenta que: (i) en el marco constitucional, la moral debe entenderse como social, pública o administrativa, desprovista de connotaciones religiosas en virtud del pluralismo y de la libertad de conciencia; (ii) esta Corporación ha destacado en varios de sus pronunciamientos que el término “*moral*” fue utilizado por el constituyente en los artículos 34¹¹⁵ y 209¹¹⁶ y que, además, es un criterio válido para el legislador a efectos de servir como referente de aplicación normativa¹¹⁷; y, que (iii) la validez de limitar el ejercicio de ciertos derechos acudiendo a la “*moral social*” se reafirma en varios instrumentos internacionales¹¹⁸, concluyendo:

“En suma, el concepto de *moral social* empleado en las normas acusadas no es ambiguo, toda vez que como lo ha señalado la jurisprudencia, es posible determinarlo a partir de una Constitución democrática y pluralista, con un contenido específico que lo identifica con la *moral pública* concebida como “**la que prevalece en cada pueblo en su propia circunstancia**”, en los términos desarrollados por la jurisprudencia constitucional”.

Con fundamento en tales presupuestos, la Corte procedió al estudio de fondo del cargo invocado contra las disposiciones previstas en los artículos 1, numeral 2º, y 15 de la Ley 1708 de 2014, afirmando que el concepto de

¹¹² MP Martha Victoria SÁCHICA Méndez - unánime.

¹¹³ “Por medio de la cual se expide el Código de Extinción de Dominio”.

¹¹⁴ En esta providencia la Sala Plena decidió, además, inhibirse de efectuar un pronunciamiento de fondo frente al artículo 16 *ibídem*.

¹¹⁵ “Se prohíben las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación.

No obstante, por sentencia judicial, se declarará extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro Público o con grave deterioro de la moral social.”

¹¹⁶ “La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, **moralidad**, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. (...)”. Negrilla fuera de texto.

¹¹⁷ Al respecto citó las sentencias C-224 de 1994, C-404 de 1998 y C-814 de 2001.

¹¹⁸ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: derecho a la libre circulación (art. 12), derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 18 numeral 3º), derechos a la libertad de expresión y opinión, reunión y asociación (arts. 19, 21 y 22); Convención Americana de Derechos Humanos, libertades de conciencia, religión, pensamiento, expresión, reunión y asociación (arts. 12, 13, 15, 16 y 22).

“*moral social*” no era indefinible o ambiguo atendiendo a diversos pronunciamientos doctrinales y jurisprudenciales, y que si bien la Corporación había declarado la inexequibilidad de tal expresión, o de aquellas equiparables, en contextos sancionatorios, en este caso el legislador dejó abierto su ámbito de proyección a los desarrollos normativos y jurisprudenciales¹¹⁹. Adicionalmente, advierte que la Constitución dotó de fuerza jurídica conceptos indeterminados que no era posible desarrollar con rigor, por técnica constitucional; y que, por lo tanto, esa labor le corresponde al legislador en el marco de su potestad de configuración normativa, agregó:

“Como se recordó, en reiteradas oportunidades, la Corte Constitucional ha reconocido que la moral social o pública puede definir situaciones judiciales, o limitar derechos y libertades de las personas. En este sentido, mal podría haber definido el legislador en la Ley 1708 de 2014 cuáles son los hechos que configuran la extinción de dominio por “*grave deterioro de la moral social*”, cuando esto es un ejercicio que tendrá que hacer el operador judicial en virtud de su autonomía.”.

A continuación, la Sala precisó que en el numeral 2º del artículo 1 de la Ley 1708 de 2014 el legislador estableció que por actividad ilícita debía entenderse, además de las conductas tipificadas como tal, aquellas que “*el legislador considere susceptible de aplicación de esta ley por deteriorar la moral social*”, advirtiendo que: el concepto de moral social fue dejado en indeterminación por el Constituyente y que las normas que profiera el legislador para su desarrollo quedan sometidas a control de constitucionalidad, “*En este sentido, una norma que prevé que en el futuro el legislador ejerza su potestad de configuración normativa no puede ser inconstitucional en sí misma. Todo lo contrario, se adecúa a las previsiones de los numerales 1 y 2 del artículo 150 de la Constitución Política.*”. Concluyó:

“A juicio de la Sala, tales definiciones no adolecen de vaguedad o ambigüedad, en la medida en que tanto las actividades tipificadas como delictivas y aquellas que el legislador considere causan grave deterioro de la moral social, tienen un contenido determinable tanto por las leyes que regulan la materia, acorde además con las precisiones hechas en la jurisprudencia sobre tales contenidos. Menos aún, exceden el ámbito de regulación descrito en el artículo 34 de la Carta Política, en cuanto a los bienes que pueden ser objeto de extinción de dominio”.

Algunas conclusiones

¹¹⁹ La Sala analiza cómo en dos ocasiones anteriores el legislador se ocupó de manera expresa de la regulación de las conductas atentatorias de la moral social que configuraban el supuesto para viabilizar la extinción de dominio (Ley 333 de 1996 y Ley 793 de 2002).

1. Es común que el término “*buenas costumbres*”, usualmente acompañado de una alusión genérica a “*la moral*” se incluya en enunciados jurídicos.

2. La posibilidad de redactar disposiciones de este tipo no está proscrita en nuestro ordenamiento jurídico¹²⁰, primero, porque la propia Constitución Política de 1991 alude a la moral¹²¹, aunque no utiliza la expresión ‘buenas costumbres’; y, segundo, por la amplia facultad de configuración del Derecho, que ostenta el Legislador. Sin embargo, con el propósito de dotar de cierta precisión su contenido, y atendiendo a su contenido valorativo, la Corte ha considerado que ambas expresiones pueden reconducirse al término de *moral social o moral pública*¹²².

3. Toda expresión jurídica adolece de cierto grado de indeterminación que suele explicarse a través de los conceptos de *ambigüedad* o *polisemia* de las palabras, y *vaguedad* de los conceptos. Los conceptos indeterminados son, primero, inevitables, en tanto características del lenguaje natural y, segundo, en ocasiones deseables para dotar de cierta flexibilidad el momento aplicativo del derecho (o regulativo, cuando corresponde a las autoridades ejecutivas ejercer el poder reglamentario).

En ciertos ámbitos normativos esta doble característica de los enunciados normativos puede generar problemas de constitucionalidad; especialmente, cuando el nivel de indeterminación se torna demasiado alto y cuando de ello depende la eficacia de los derechos constitucionales.

4. El término *moral social o moral pública* es un concepto indeterminado¹²³. No obstante, existe un *grado de indeterminación que es aceptable constitucionalmente*; y, de otro lado, puede ser válido que en el contexto específico en que es utilizado, y atendiendo a los derechos involucrados, sea dable dotar de contenido su alcance, con referencia a otros parámetros normativos.

Así, por ejemplo, a partir de la práctica judicial que ha efectuado la Corte Constitucional en varios casos sometidos a su consideración es posible afirmar que el uso de tal término “*moral*”, o de otros con alto grado de

¹²⁰ Tal como se sostuvo en la sentencia C-350 de 2009, MP María Victoria Calle Correa; SV Nilson Pinilla Pinilla, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), la inconstitucionalidad o constitucionalidad no se predica de un término o concepto, ello sería un error categorial.

¹²¹ Al respecto, el inciso 2º del artículo 34 de la Carta establece que la extinción de dominio sobre bienes procede, entre otros supuestos, por el *grave deterioro de la moral social*. Un uso similar se evidencia en el artículo 88, que establece como garantía de la *moralidad administrativa* a la acción popular; y, el artículo 209, en el que se invoca la *moralidad* como principio de la función administrativa.

¹²² Tal es el caso analizado en la providencia **C-431 de 2004**, MP Marco Gerardo Monroy Cabra; SP Jaime Araujo Rentería, Rodrigo Escobar Gil, Alfredo Beltrán Sierra y Clara Inés Vargas Hernández.

¹²³ En su obra “El concepto del derecho”, H.L.A. Hart afirmó: “... la palabra “*moral*” y todas las asociadas a ella o casi sinónimas de ella, como “*ética*”, tienen su considerable área de vaguedad o “*textura abierta*”. Hay ciertas formas de principios o reglas que algunos calificarían de morales y otros que no.”. Abeledo-Perrot, pag. 209.

indeterminación, en escenarios sancionatorios no es *en principio* adecuado¹²⁴, mientras que no supone un problema de relevancia constitucional en otros ámbitos.

La validez o no de su uso depende entonces de una ponderación, explícita o subyacente, entre los principios e intereses jurídicos involucrados en cada escenario, el nivel de indeterminación de la expresión en cuestión, su contenido valorativo y la facultad de configuración del derecho en cabeza del Congreso de la República.

Así, por ejemplo, en el ámbito penal la indeterminación afecta de manera intensa (i) la *vigencia del principio democrático*, pues una característica de la democracia es que la libertad personal sólo sea objeto de limitaciones a partir de decisiones que sean producto de la deliberación del Congreso, lo que explica la reserva de ley para configurar los tipos; pero, además, esta reserva y la vinculación de los ciudadanos a las decisiones del Legislador exige un nivel de precisión particularmente alto en la redacción de los enunciados penales. Dicho de otra forma, en este ámbito no es deseable (ni permitido) que se prevea una participación muy amplia del juez en la definición del contenido y alcance de las normas en el momento de aplicación.

(ii) Así lo exigen además la autonomía y por lo tanto la dignidad de las personas. La falta de claridad y certeza en una norma penal puede ser un obstáculo cognoscitivo insalvable para que el ciudadano actualice su conocimiento acerca de lo que está prohibido y adecúe su conducta a tales estándares. La precisión, en cambio, le permite ejercer su libertad y ser responsable por sus conductas.

(iii) En virtud de lo expuesto, la estricta legalidad o tipicidad es también, en el ámbito penal, una garantía de derechos tan importantes como la libertad y el debido proceso.

Sin embargo, esta ponderación de principios varía en función del escenario normativo que se enfrente. Aún en el ámbito sancionatorio, pero ahora de naturaleza disciplinaria, el principio de tipicidad se torna menos riguroso, sin dejar de ser relevante. Aún en este ámbito el uso de conceptos indeterminados también genera dudas iniciales de constitucionalidad, pues resulta razonable exigir un nivel de certeza mínima sobre las líneas de conducta admisibles para los funcionarios y empleados del Estado, y las sanciones disciplinarias impactan también derechos constitucionales como el acceso a los cargos públicos, el trabajo y el mínimo vital. Sin embargo, quien se vincula al Estado tiene el deber de mostrar estándares de cuidado más altos, definidos a partir de los principios de la función pública y, frente al principio según el cual *lo que no está prohibido debe entenderse permitido*, que privilegia la libertad de los ciudadanos, sus actuaciones deben encauzarse en el principio que indica

¹²⁴ Tal como se sostuvo en la sentencia C-350 de 2009, ya citada.

que, en el ejercicio de funciones públicas, *lo que no está expresamente permitido, debe considerarse prohibido*.

En otros ámbitos, por ejemplo en el derecho laboral, según el caso analizado en la providencia C-931 de 2014¹²⁵, la Corte encontró ajustada la Carta una norma según la cual la comisión de una *conducta inmoral* por parte del trabajador, en vigencia de una relación laboral de derecho privado, es causal de terminación unilateral del contrato. En criterio de este Tribunal, de un lado, en este campo no rige un principio de tipicidad estricta similar al del derecho sancionatorio y, por otro, el concepto de “*moral social*” no adolece de excesiva indeterminación, teniendo en cuenta aspectos como el contexto de las relaciones laborales y el reglamento interno de trabajo.

4. La *moral social*, entendida como las pautas de conducta que, en efecto, hacen parte de un código social que se considera importante en el seno de una comunidad, pero que, además, debe estar acorde con principios y valores relevantes en un contexto constitucional pluralista y multicultural, constituye un criterio que, en principio, tiene la potencialidad de limitar válidamente el ejercicio de los derechos.

La definición de la sujeción o no al ordenamiento superior del uso de dicho término con tal objeto, es un asunto que debe abordarse de cara al verdadero grado de indeterminación, y frente a los intereses que se encuentran de por medio. Con este último objeto, acudir a una herramienta metodológica como el test de proporcionalidad ayuda en el objetivo de conferir racionalidad al análisis judicial.

Análisis del cargo

Teniendo en cuenta la formulación del problema jurídico, las intervenciones recibidas en este trámite y las precisiones efectuadas en los dos acápites precedentes, la Sala deberá determinar si el enunciado “*buenas costumbres*”, en el contexto particular de la disposición parcialmente demandada, puede ser determinado razonablemente o, por lo menos, sobrepasa una *indeterminación constitucionalmente aceptable o admisible*, en un marco de restricción específico frente a derechos de los menores de edad.

El grado de indeterminación del término “buenas costumbres” en el marco del artículo 32 del Código de la Infancia y la Adolescencia no es, por sí solo, constitucionalmente admisible.

El artículo 32 parcialmente demandado reconoce el derecho de asociación y reunión de los niños, niñas y adolescentes, limitando o restringiendo su libre ejercicio, entre otros criterios, a las “*buenas costumbres*”. El contexto normativo de tal enunciado no es el del derecho sancionatorio, por lo tanto,

¹²⁵ MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, AV Luis Ernesto Vargas Silva.

este caso no está inmerso en las reglas que sobre el uso de conceptos indeterminados se han construido en dicho ámbito.

Ahora bien, conforme a lo referido en el acápite inmediatamente anterior, dado el contenido valorativo de la expresión demandada, la Corte ha considerado necesario entenderla en términos de *moral social* o *moral pública*. En este ámbito podría afirmarse que el código de conducta de la sociedad, valorado frente a parámetros de trascendencia constitucional, y respetuoso de la diversidad, concedería un contenido a tal concepto y lo haría razonablemente determinable por parte del funcionario encargado de estudiar que las asociaciones de menores de 18 años, o en las que participan menores, se sujeten al cumplimiento de tal exigencia.

Además, podría sostenerse que existirán casos paradigmáticos de conformidad y de inconformidad de las actividades de estas asociaciones a la moral social, en los que su indeterminación no ofrecería mayores problemas al funcionario encargado de aplicar la norma. Sin embargo, lo característico de estos conceptos es el aumento de los casos que se encontrarán en la penumbra de su ámbito semántico (incluido el análisis de contexto). En estas condiciones, la indeterminación remite a valoraciones del funcionario que, si bien no pueden considerarse a priori arbitrarias, sí podrían afectar la certeza jurídica.

Es necesario, siguiendo las premisas de análisis planteados, verificar si esa indeterminación relativa es válida en el contexto específico de regulación en que se desenvuelve este caso.

La norma objeto de estudio se inscribe: (i) en un marco de restricción del ejercicio de derechos, entre los que se destacan los de asociación y reunión, el libre desarrollo de la personalidad y la libertad de expresión; (ii) en este escenario, la titularidad de estos derechos reside en cabeza de sujetos de especial protección constitucional, como los niños y adolescentes. Ello implica que, al análisis debe incorporarse un principio muy relevante para el orden constitucional, el *interés superior del menor de 18 años* en un contexto (v) de *protección integral*.

En un escenario como este el uso del concepto de buenas costumbres no es indiferente a la Constitución pues, si bien no se trata de un ámbito sancionatorio, sí opera como fundamento para *intervenir* o *restringir* derechos de sujetos de especial protección constitucional. Ello implica, para la Corte, la necesidad de un análisis más detallado de su validez.

Necesidad de adelantar en el presente caso un test de proporcionalidad

De acuerdo con el estudio realizado hasta el momento, la norma objeto de censura, sí utiliza un concepto indeterminado y de alto contenido valorativo, que puede servir de fundamento para la limitación, restricción o intervención

de un conjunto de derechos fundamentales, íntimamente relacionados entre sí, y cuya titularidad se encuentra en cabeza de las personas menores de 18 años.

Además, la reiteración jurisprudencial realizada en esta ocasión llevó a la Sala a evidenciar cómo la validez o invalidez de este tipo de conceptos depende del ámbito normativo en que se encuentren insertos, y de ponderaciones, implícitas o subyacentes, sobre los bienes que pueden verse afectados por el uso de conceptos indeterminados, el principio democrático, las finalidades que persigue el legislador, y la mayor o menor flexibilidad que se pretende en el momento de aplicación de las normas.

El test de proporcionalidad es, ante todo, una herramienta metodológica que permite evaluar si los fines que persigue en legislador, siempre que estén amparados por la Constitución Política, obtendrán un nivel de satisfacción lo suficientemente amplio, a cambio de la relativa restricción que sufrirán otros principios constitucionales.

El desarrollo del examen de proporcionalidad, en términos metodológicos, implica el estudio de la finalidad pretendida con la norma que a él se somete, para pasar, después, a mirar, en un primer momento, su idoneidad o adecuación para la búsqueda de tal fin.

A continuación, el test exige el análisis de *necesidad*, en virtud del cual se excluye la validez de una medida restrictiva de derechos cuando existe otra, alternativa, menos restrictiva de tales principios, y que posee una idoneidad semejante para la obtención de los mismos propósitos. Finalmente, el estudio de *proporcionalidad en sentido estricto* se concreta en una ponderación entre los bienes o principios en conflicto, el cual, mediante la metodología usualmente aceptada, incluye la consideración del peso abstracto de los principios, equivalente al valor que les confiere el sistema jurídico en un momento histórico determinado; la intensidad de la afectación – beneficio, y, finalmente, algunas consideraciones, en caso de contar con los elementos, sobre la certeza de los efectos de tal relación.

Antes de proceder a la realización del examen descrito es oportuno efectuar algunas precisiones sobre los derechos y principios involucrados.

Primera: en la actualidad es indiscutible la indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos, por lo tanto, la restricción a alguno de ellos puede afectar también el libre ejercicio de otro que por su contenido y alcance se encuentre íntimamente relacionado, y su eficacia conjunta es supuesto de la dignidad humana. Esta concepción de interdependencia de los derechos, necesaria en todos los ámbitos, se considera aún más relevante en el caso de los menores, pues sólo a partir de un reconocimiento de tales relaciones entre sus derechos permitirá su formación y protección integral.

Segunda: la demanda cuyo análisis asume la Sala partió de cuestionar la indeterminación del concepto “buenas costumbres”, pues considera que esa premisa tiene por consecuencia la trasgresión (restricción injustificada) de los derechos al libre desarrollo de la personalidad, libertad de expresión, libertad de asociación y reunión, y dignidad humana. Adicionalmente, invocó como parámetro de control el artículo 44 Superior, que establece los derechos de niños y adolescentes y la cláusula de prevalencia en el ordenamiento constitucional.

Tercera: del artículo 44 de la Constitución Política, al que se ha hecho referencia, así como la Convención Internacional de los Derechos del niño prevé un parámetro adicional a tener en cuenta en esta oportunidad; el interés superior del niño, como derecho sustantivo y como criterio interpretativo conforme a la Observación 14 del Comité de los Derechos del Niño.

Cuarta: los derechos previamente referidos encuentran una interrelación incuestionable dentro de un enfoque de *protección integral*, que parte del reconocimiento de las personas menores de 18 años como sujetos reales de derechos, en virtud de su dignidad y, por lo tanto, de autonomía acorde con su nivel de madurez, lo que implica el respeto por su participación en la definición del curso de la propia existencia. De ahí la relevancia de su derecho a la expresión, y, de la mano con estos, a asociarse para el intercambio de ideas, fines y propósitos, máxime cuando la finalidad última de la protección en esta etapa de la vida consiste en integrar a sujetos a una democracia deliberativa y participativa.

Quinta: es por ello que la Corte Constitucional decidió agrupar los dos cuestionamientos presentados por el actor en un solo cargo. En el escenario objeto de estudio, el derecho de asociación, la libertad de expresión y el libre desarrollo de la personalidad deben concebirse de manera interdependiente, y el interés superior del niño, como una vía para la búsqueda de su bienestar y protección, pero una que sea siempre respetuosa de su autonomía (dignidad humana) y su derecho a participar.

En ese orden de ideas, es preciso efectuar algunas consideraciones adicionales sobre el derecho a la expresión.

El derecho a la libre expresión, protegido en los artículos 20 y 44 de la Constitución, así como en instrumentos internacionales tales como el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se caracteriza por la amplitud de su ámbito de protección y por la preferencia *prima facie* en las colisiones que puedan surgir frente a la eficacia de otros derechos. Además de su evidente relación con la dignidad humana y la posibilidad de autorrealización que envuelve la posibilidad de difundir e intercambiar las ideas propias, la Corte ha atribuido esta fuerza especial de la libertad de expresión a otros factores, como su relación con la construcción de sociedades

democráticas, la formación de ciudadanos críticos, la oposición a la arbitrariedad y el uso abusivo del poder y el poder de denuncia¹²⁶.

Alrededor de este derecho, la Corte construyó: una presunción general a favor de la libertad de expresión, integrada por *dos presunciones especiales*: (1) toda expresión se considera en principio amparada por el artículo 20 constitucional, salvo una justificación convincente efectuada a través de una ponderación, y (2) la primacía de la posición de libertad y, por tanto, su prevalencia inicial en un caso de colisión; y, *una sospecha*, de inconstitucionalidad en las restricciones o limitaciones. Asociados a los anteriores presupuestos, existen unas cargas correlativas: definitoria, argumentativa y probatoria, con el objeto de que la autoridad explique las razones para las limitaciones o restricciones y, además, las justifique y soporte en una base empírica¹²⁷.

Ahora bien, la libertad de expresión, pese a su fuerza especial, la amplitud de sus contenidos y la deferencia con que es tratada desde la constitución y el derecho internacional de los derechos humanos, no es absoluta. Primero, porque puede ser derrotada en un ejercicio de ponderación que satisfaga las condiciones previamente descritas (i.e. que lleve a la superación de las presunciones mencionadas); segundo, porque existe una excepción a la prohibición de censura, destinada a la protección de menores en espectáculos públicos y una cláusula de definición de responsabilidades ulteriores; y, tercero, porque actualmente se ha alcanzado un consenso suficientemente amplio en el derecho internacional acerca de la necesidad y la obligación estatal de prohibir ciertos discursos, principalmente, con miras a erradicar la discriminación y cierto tipo de delitos particularmente ofensivos para la dignidad humana.

Realización del test de proporcionalidad

En los términos estipulados en el acápite anterior, (i) en la medida en que el legislador incluyó en el artículo 32 inciso 1º del Código de la Infancia y la Adolescencia un concepto con una indeterminación relativa y un alto contenido valorativo, (ii) como criterio para restringir derechos constitucionales fundamentales de un grupo especial de protección, los menores de edad, y a que, (iii) de conformidad con el análisis jurisprudencial efectuado en el apartado “*Conceptos jurídicos indeterminados - moral social o pública (jurisprudencia relevante)*”, en estos casos el análisis de sujeción del enunciado normativo al parámetro constitucional depende de ponderaciones, implícitas o subyacentes, sobre los bienes que pueden verse afectados por el uso de conceptos indeterminados, el principio democrático, las finalidades que

¹²⁶ La sentencia hito relevante en la comprensión de este derecho es la T-391 de 2007 (MP Manuel José Cepeda Espinosa. SV Rodrigo Escobar Gil). Por desbordar el objeto de este pronunciamiento, empero, no se efectuará una síntesis extensa de sus principales reglas, sin embargo a ella se remite la Sala al referirse al contenido del derecho a la libertad de expresión.

¹²⁷ Estas cargas se flexibilizan cuando menores de edad pueden ser afectados con el derecho de otros a la libertad de expresión, como por ejemplo por el contenido que se difunde en medios de comunicación.

persigue el legislador, y la mayor o menor flexibilidad que se pretende en el momento de aplicación de las normas, se procederá a efectuar el test de proporcionalidad en este caso, aplicando la metodología a que ha hecho referencia esta Corporación y que comprende el estudio concreto de: la finalidad de la medida, su idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, ámbito este último dentro del cual se tendrán en cuenta los valores de prevalencia abstracto de derechos constitucionales tales como el de libertad de expresión con el objeto de determinar si esta precedencia se mantiene en el marco objeto de estudio.

Fin de la medida. La comprensión adecuada de la titularidad de derechos subjetivos implica la posibilidad de que aquellos puedan ser restringidos, dado que, en su aplicación, pueden entrar en conflicto con el libre ejercicio de otros derechos por el mismo sujeto o por otros a su alrededor. Desde una concepción no absoluta de los bienes fundamentales, entonces, no está prohibido efectuar restricciones. Ahora bien, dentro de la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos que han ingresado al bloque de constitucionalidad, conforme además a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, es válido, en principio, que dichas restricciones provengan de criterios asociados a la *moral*, entendida en los términos a los que esta providencia ya se ha referido, esto es *moral social* o *moral pública*.

Con estas claridades, entonces, la restricción del derecho de asociación y reunión del que son titulares los niños, niñas y adolescentes, y por esa vía de los demás derechos a los que se hizo referencia en el anterior acápite (libertad de expresión, libre desarrollo de la personalidad y a que su interés superior sea una consideración primordial) tendría como finalidades (i) la protección de su propio interés, como sujetos que en proceso de madurez física, psíquica y ética deben encontrar las condiciones para adelantar un paso a su integración plena, tras el cumplimiento de los 18 años de edad, en una sociedad democrática, y, (ii) de otro lado, la garantía de derechos de los demás, que podría verse afectada con un ejercicio absoluto de tal bien *ius* fundamental.

El ejercicio de los derechos de los menores, atendiendo a parámetros valorativos con relevancia para el Estado Social y de Derecho, entonces constituye una **finalidad primordial y relevante**, dada su consideración de sujetos de especial protección.

Ahora bien, un balance en el ejercicio de múltiples derechos por parte, además, de todos los individuos que conforman la comunidad, potencializa al máximo el ejercicio de los bienes individuales, frente a cursos de conducta que afectan solamente al sujeto y de aquellos que tienen incidencia en la sociedad. En este caso, la restricción a través del recurso al criterio de “*buenas costumbres*” constituye una **medida idónea** en un escenario de *protección integral*, en el que la construcción moral del sujeto exige su

consideración de los demás desde temprana edad, para fortalecer una educación respetuosa en la pluralidad y, por tanto, en la democracia.

En cuanto a la **necesidad** de la restricción con fundamento en el criterio de “*las buenas costumbres*” y, por lo tanto, de un asunto asociado a aquello que la Corte Constitucional ha construido bajo el concepto de *moral social*, se encuentra lo siguiente. Primero, el artículo 32 inciso 1° del Código de la Infancia y la Adolescencia limita el libre ejercicio del derecho a la asociación y reunión a los siguientes elementos: *ley, buenas costumbres, salubridad física o mental y bienestar del menor*.

De otro lado, de acuerdo con el análisis de la finalidad de la medida, la referencia a las “*buenas costumbres*” tendría por objeto incidir en la misma formación moral del menor de 18 años, en un contexto de *protección integral*.

Dicho escenario de protección de niños, niñas y adolescentes es un imperativo para la familia, la sociedad y el Estado en virtud del carácter normativo de los mandatos constitucionales y de la Convención de los Derechos del Niño, por lo tanto, es precisamente por la etapa en la que se encuentra el grupo poblacional al que se dirige la intervención, que el legislador, en el ámbito de su libertad de configuración, ha establecido los elementos que estimó adecuados para establecer limitaciones en el libre ejercicio del derecho; restricciones que no son ajenas respecto de personas mayores de edad y que en el ámbito aquí analizado adquieren mayor relevancia, con miras a conseguir, se insiste, la formación de seres plenamente autónomos y libres en los valores y principios que el Estado Social y de Derecho tiene por objeto conseguir.

Segundo, aunque la disposición acude a varios criterios para garantizar el ejercicio del derecho de asociación y reunión para los menores de 18 años, el de *buenas costumbres* se refiere a conductas no consideradas aún por el derecho para ser reguladas dentro del sistema pero que podrían interesar, *ostentar relevancia*¹²⁸, atendiendo al contexto de regulación, para efectos de conducir la garantía de un bien fundamental en un Estado como el diseñado por el Constituyente de 1991. Esto es, por considerar la posible existencia de conductas que ordinariamente no entrarían dentro del contexto de “ley” en sentido estricto, es que se acude al concepto en estudio, *buenas costumbres*.

Tercero, para cubrir tales conductas con relevancia para el derecho, el legislador, entonces, acudió al concepto referido sin que encuentre la Sala una alternativa que por brindar un espectro de aplicación más determinado pueda satisfacer el objetivo para el cual fue adoptada, concluyéndose, entonces, que la restricción fundada en el concepto de *buenas costumbres* -reconducido al

¹²⁸ Por supuesto, aquí también debe aclararse que fuera de las conductas no reguladas por el sistema jurídico existe un gran universo, y dentro de éste debe diferenciarse aquellas que, pese a ser reiteradas por una sociedad, evidentemente no revisten trascendencia para el derecho.

ámbito de cobertura del concepto de *moral social* o *moral pública*-, es **necesaria**.

Revisados los fines de la limitación al libre ejercicio del derecho de asociación y reunión de los niños, niñas y adolescentes, y encontrando la satisfacción de los requisitos de adecuación o idoneidad y necesidad, debe abordarse ahora el de **proporcionalidad en sentido estricto**. La pregunta es, entonces, si atendiendo a los valores y principios en tensión es dable considerar que la inclusión de un concepto relativamente indeterminado, y con alto contenido valorativo como es el de *buenas costumbres*, es constitucionalmente admisible, por sobrepasar lo que se ha denominado una *indeterminación constitucionalmente aceptable*, teniendo en cuenta su ámbito de aplicación.

Con tal propósito la Sala verifica que de cada lado de la balanza se ubican los siguientes principios y/o valores. De una parte, fundamentalmente, se encuentran la libertad de expresión y la libertad de asociación y reunión; y, del otro, la libertad de configuración del legislador y el deber de la familia, la sociedad y el Estado de ayudar en la formación de los menores de edad. Pero en esta ponderación también tienen un protagonismo relevante el principio de dignidad humana y el derecho del menor a que su interés superior sea una consideración primordial, tal como a continuación se desarrollará.

Primera observación. La inexistencia de una jerarquización de principios y/o valores constitucionales, no va en contravía de que, dadas las ponderaciones previamente realizadas, existan, bajo ciertas condiciones, principios y/o valores con precedencia por su valor abstracto. Tal es el caso del derecho a la libertad de expresión, que, como se anotó, tiene prelación *prima facie* en colisiones. No obstante, estas relaciones de precedencias no son inderrotables, siendo necesario tener en cada caso claridad sobre el contexto en el que la restricción a tal derecho, directamente o como afectación por la limitación expresa de otro, se presenta.

Segunda observación. Elementos importantes a tener en cuenta en el contexto que ahora ocupa la Sala, son: el principio de dignidad humana y el interés superior del niño, como derecho sustantivo y principio jurídico interpretativo.

Conforme a lo ha sostenido la Corte Constitucional, la dignidad humana supone el reconocimiento de la autonomía del individuo, que comprende “*vivir como quiera*”, “*vivir bien*” y “*vivir sin humillaciones*”¹²⁹. También ha afirmado esta Corte, que un enfoque *protección integral*”, a partir de instrumentos internacionales y de la misma Carta Política, exige la comprensión de los niños, niñas y adolescentes como verdaderos sujetos de derecho, atendiendo a sus especificidades propias, esto es, a que se encuentran en un proceso formativo, en pro de su madurez desde todos los puntos de

¹²⁹ Sentencia T-881 de 2002, MP Eduardo Montealegre Lynett (unánime).

vista y que, por tanto, la garantía de sus derechos tienen como mira atender a su interés superior.

El *interés superior*, entonces, obliga a consideraciones especiales pues aunque no se desconoce la titularidad de bienes fundamentales, el Estado, la sociedad y la familia deben brindar escenarios propicios para que, en el *marco constitucional*, los menores de 18 años desarrollen sus capacidades y se integren a una sociedad pluralista, multicultural y basada en el respeto propio y por el otro.

Atendiendo a tales observaciones, entonces, lo primero que se concluye es que en este caso la precedencia en abstracto del derecho a la libertad de expresión no puede inclinar la balanza a favor de una declaratoria de inexecutable de la restricción basada en el concepto de “*buenas costumbres*”. Veamos, atendiendo a la estimación especial del derecho a la libertad de expresión en nuestro marco constitucional democrático, sus limitaciones para el ejercicio requieren de un alto grado de precisión, que en principio no ofrecería un concepto indeterminado y valorativo como el de “*buenas costumbres*”, incluso asociado al de *moral social*, empero si este derecho se vislumbra en un ámbito de aplicación como el de los bienes fundamentales de los menores de 18 años, el derecho a la libertad de expresión debe ser analizado teniendo en cuenta el grupo poblacional y, por tanto, los deberes que la familia, la sociedad y el Estado tiene frente a ellos, dado el proceso de formación en que se encuentran y que, por tanto, exige una intervención en los cursos de conducta más intensa que la que se predicaría de los mayores de 18 años, con miras, en todo caso, a la satisfacción de valores y principios constitucionales y al interés superior del niño.

El interés superior del niño, como principio de interpretación, además, permite comprender la utilidad de una indeterminación relativa en beneficio de la mejor garantía del derecho a que ese interés sea una consideración primordial. Y ello es así por dos razones, primera, porque el proceso de madurez es personal, individualizable y, aunque pueda haber unos criterios generales que marcan pautas, es el caso concreto el que puede ofrecer a la luz de estudios psicológicos una idea sobre la comprensión integral del niño acerca de sí mismo y el mundo a su alrededor; y, segundo, porque un concepto como el aquí analizado permite al juez valorar, en las condiciones concretas y frente a situaciones muy variadas, qué puede ir contra su propia protección integral y qué no.

Ahora bien, esta utilidad del uso de un concepto relativamente indeterminado en beneficio del menor de 18 años no permite, como sostienen los actores, una discrecionalidad -entendida por ellos en términos de arbitrariedad- en su aplicación concreta por parte de las autoridades a quienes les corresponde aplicar la norma. Y ello es así, porque:

- (i) Tal como lo precisó el Comité de los Derechos del Niño, intérprete autorizado de la Convención de los Derechos del Niño, en la Observación No. 14, el interés superior del niño es predicable de todas las instancias involucradas, esto es, legislativas, judiciales, administrativas, etc, que deban asumir el conocimiento y decisión de asuntos relacionados con el ejercicio de derechos por parte de los menores de 18 años. Y este interés, no es una fórmula retórica, sin contenido, sino que involucra la justificación de la razón por la cual en un caso determinado se adopta una decisión un uno u otro sentido;
- (ii) El concepto de “*buenas costumbres*”, asociado al concepto de “*moral social*”, no está exento de pautas que ofrecen su determinación en casos concretos, destacándose cómo para esta Corte tal concepto involucra también una valoración en el marco valorativo y de principios ofrecido por la Carta Política; y,
- (iii) Finalmente, el derecho al libre desarrollo de la personalidad para menores de 18 años lleva implícita la consideración de su interés superior, se insiste, atendiendo a las circunstancias especiales en que se encuentran, que lo hacen sujetos que demandan una protección especial por parte de la familia, la sociedad y el Estado.

Por lo anterior, encontrándose que el legislador en este caso ejerció su libertad de configuración con razonabilidad y proporcionalidad, y a que en tales condiciones, en aplicación del principio de conservación del derecho, es dable afirmar que en el contexto propio del Código de la Infancia y de la Adolescencia el término cuestionado posee una *indeterminación constitucionalmente admisible*, no hay lugar a declarar la inexecutable solicitada.

Ahora bien, parte importante de la afirmación de que el término “*buenas costumbres*” no es absolutamente indeterminado se deriva de la asociación que aquí se ha efectuado frente al término de “*moral social*”, cuyo ámbito de comprensión sí ha sido objeto de construcción por parte de la Corporación. En esta situación¹³⁰, en la medida en que la lectura del simple enunciado demandado podría evidenciar una indeterminación muy amplia y, por tanto, escapar a un grado en que se estime como *constitucionalmente admisible*, debe adoptarse una decisión condicionada, que opera cuando, como en este evento, de la disposición jurídica se derivan varios significados y sólo uno de ellos se ajusta a los parámetros superiores de orden constitucional. En este

¹³⁰ Con fundamento en lo dispuesto en el artículo 241 de la Carta y lo sostenido por la Corte Constitucional, entre otras, en las sentencias C-113 de 1993 (MP Alejandro Martínez Caballero - unánime) y C-131 de 1993 (MP. Alejandro Martínez Caballero - unánime), la Corte tiene la facultad de modular sus fallos, con el objeto de guardar la integridad y supremacía de la Constitución.

caso, el sentido que se ajusta a la Constitución es aquél que remite a su lectura como *moral social*, dado que este concepto está dotado de unas características mayores de concreción, estudiadas por la misma jurisprudencia de la Corte, tal y como se expuso en el acápite pertinente. Por lo tanto, la Sala Plena considera necesario condicionar el sentido del enunciado demandado al de “*moral social*”, pues solo bajo este entendimiento la norma satisface los parámetros constitucionales, en beneficio, además, del principio de conservación del derecho.

Conclusiones

La validez o invalidez del uso de conceptos jurídicos indeterminados como criterios de restricción o limitación de derechos depende del ámbito en que se encuentren insertos, y de ponderaciones, implícitas o subyacentes, sobre los bienes que pueden verse afectados, el principio democrático, las finalidades que persigue el legislador, y la mayor o menor flexibilidad que se pretende en el momento de aplicación de las normas.

En este escenario, el término de *buenas costumbres*, traducible al contenido que esta Corporación ha asignado a la “*moral social*” o “*moral pública*”, es válido en el marco de restricción de los derechos de asociación y reunión del menor, porque persigue una finalidad legítima e imperiosa, como aquella destinada a garantizar el interés superior del niño en un escenario de protección integral, y es idónea para alcanzarlo con tal objeto.

Tal restricción también es necesaria, pues no se evidencia una medida alternativa, menos lesiva, que pueda cumplir con la finalidad para la cual la estipuló el legislador, esto es, cubrir conductas no insertas dentro del sistema jurídico pero que, por su relevancia para el derecho, pueden tener trascendencia en el ejercicio del derecho de los niños, niñas y adolescentes a la asociación y reunión.

Y, la restricción supera el test de proporcionalidad en sentido estricto, teniendo en cuenta como criterios principales el principio de dignidad humana y el del interés superior del menor, concluyéndose que en este caso la prevalencia *prima facie* de derechos como el de libertad de expresión es derrotada, y que la indeterminación relativa del enunciado “*buenas costumbres*” no conduce a la arbitrariedad, por un lado, por la vinculación de todos quienes están llamado a aplicar la norma a la consideración del interés superior del niño, y por el otro, al grado de *determinación* que puede alcanzarse acudiendo a criterios que esta Corporación ha acuñado para el concepto de “*moral social*”.

Finalmente, en razón a que la indeterminación constitucionalmente aceptable se asume por el desarrollo jurisprudencial que se ha dado al concepto de “*moral social*”, se considera necesario condicionar el sentido del enunciado demandado a que su entendimiento se realice en términos de “*moral social*”.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

Declarar **EXEQUIBLE** el enunciado “*las buenas costumbres*” del artículo 32 de la Ley 1098 de 2006, “*por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia*”, bajo el entendido en que “*buenas costumbres*” significa lo que la Corte Constitucional ha comprendido por “*moral social*”.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ
Presidente

AQUILES ARRIETA GÓMEZ
Magistrado (e)
Con salvamento de voto

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA
Magistrada
Con aclaración de voto

ALEJANDRO LINARES CANTILLO
Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO
Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO
Magistrada

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO
Magistrado
Con aclaración de voto

ALBERTO ROJAS RIOS
Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General