

Sentencia C- 442-09

Referencia: expediente D- 7444

Demandante: Oneida Giraldo y Diana Teresa Sierra Gómez.

Magistrado Ponente:

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá, D.C., ocho (8) de julio de dos mil nueve (2009).

I ANTECEDENTES:

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241 de la Constitución Política, las ciudadanas Oneida Giraldo y Diana Teresa Sierra Gómez, interpusieron acción pública de inconstitucionalidad en contra de los artículos 18 (parcial), numeral 37 artículo 41 (parcial), numeral 2 artículo 43 (parcial), numeral 5 artículo 44 (parcial) y artículo 47 (parcial) de la Ley 1098 de 2006 "Por la cual se expide el Código de Infancia y Adolescencia".

II NORMA DEMANDADA

A continuación se transcriben las normas demandadas y se subrayan los apartes acusados:

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

(...)

ARTÍCULO 18. DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a ser protegidos contra todas las acciones o conductas que causen muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico. En especial, tienen derecho a la protección contra el maltrato y los abusos de toda índole por parte de sus padres, de sus representantes legales, de las personas responsables de su cuidado y de los miembros de su grupo familiar, escolar y comunitario.

(...)

ARTÍCULO 41. OBLIGACIONES DEL ESTADO. El Estado es el contexto institucional en el desarrollo integral de los niños, las niñas y los adolescentes. En cumplimiento de sus funciones en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal deberá:

(...)

37. Promover el cumplimiento de las responsabilidades asignadas en el presente Código a los medios de comunicación.

(...)

ARTÍCULO 43. OBLIGACIÓN ÉTICA FUNDAMENTAL DE LOS ESTABLECIMIENTOS EDUCATIVOS. Las instituciones de educación primaria y secundaria, públicas y privadas, tendrán la obligación fundamental de garantizar a los niños, niñas y adolescentes el pleno respeto a su dignidad, vida, integridad física y moral dentro de la convivencia escolar. Para tal efecto, deberán:

(...)

2. Proteger eficazmente a los niños, niñas y adolescentes contra toda forma de maltrato, agresión física o psicológica, humillación, discriminación o burla de parte de los demás compañeros y de los profesores.

(...)

ARTÍCULO 44. OBLIGACIONES COMPLEMENTARIAS DE LAS INSTITUCIONES EDUCATIVAS. Los directivos y docentes de los establecimientos académicos y la comunidad educativa en general pondrán en marcha mecanismos para:

(...)

5. Proteger eficazmente a los niños, niñas y adolescentes contra toda forma de maltrato, agresión física o psicológica, humillación, discriminación o burla de parte de los demás compañeros o profesores.

(...)

ARTÍCULO 47. RESPONSABILIDADES ESPECIALES DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN. Los medios de comunicación, en el ejercicio de su autonomía y demás derechos, deberán:

PARÁGRAFO. Los medios de comunicación serán responsables por la violación de las disposiciones previstas en este artículo. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar podrá hacerse parte en los procesos que por tales violaciones se adelanten contra los medios.

III. LA DEMANDA

Las actoras proponen a la Corte Constitucional tres cargos. El primero de ellos se

dirige contra el artículo 18 de la Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia), el cual dispone en su inciso primero el derecho de los(as) menores de dieciocho (18) años a ser protegidos de toda conducta que implique amenaza o menoscabo de su integridad personal, señalando que este derecho se garantiza especialmente respecto del maltrato de padres, representantes legales, personas a cargo de su cuidado, y miembros de su grupo familiar, escolar y comunitario. Las demandantes alegan que el contenido normativo descrito limita injustificadamente la responsabilidad relativa a la amenaza y vulneración de la integridad personal de los(as) menores de dieciocho (18) años y no incluye a los funcionarios públicos, quienes pueden también eventualmente incurrir en conductas en contra de su integridad.

El segundo cargo está dirigido contra los artículos 43 y 44 de la Ley 1098 de 2006 en comento. Por un lado, el artículo 43 establece las obligaciones éticas fundamentales de los establecimientos educativos, y dispone en su numeral 2 que dichas obligaciones implican la protección eficaz de los(as) menores de dieciocho (18) años de toda forma de maltrato físico, psicológico, humillación, discriminación o burla de parte de los demás compañeros y de los profesores. De otro lado el artículo 44 mencionado contempla las obligaciones complementarias de las instituciones educativas y dispone que las respectivas directivas deben establecer mecanismos para proteger a los(as) menores de dieciocho (18) años de toda forma de maltrato físico, psicológico, humillación, discriminación o burla de parte de los demás compañeros y de los profesores. Las demandantes aducen que estos contenidos normativos configuran una limitación de la protección contra acciones de maltrato y abuso originadas en el contexto escolar en otros estudiantes y en los profesores, pues excluye injustificadamente las acciones de las directivas de los planteles educativos.

En este orden, afirman que la limitación de la responsabilidad de quienes atenten contra la integridad personal de los(as) menores de dieciocho (18) años (art 18 L.1098/06), en el sentido de no incluir como presuntos responsables a los funcionarios públicos; así como la limitación de la responsabilidad de quienes incurran en maltrato, abuso, humillación o burla en su contra en el ambiente escolar (arts. 43 y 44 L.1098/06), en el sentido de no incluir a las directivas de los planteles educativos como eventuales responsables, vulnera los artículos 2, 6 y 44 de la Constitución y los artículos 23 y 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), 10° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN).

A este respecto sostienen las actoras, que la obligación de las autoridades de la República de proteger los intereses de todas las personas (art. 2 C.N), la especial responsabilidad de los servidores públicos en la aplicación de las normas (art. 6 C.N), así como el deber de protección del Estado a los(as) menores de dieciocho (18) años (art. 44 C.N), sustentan el principio de corresponsabilidad del Código de la Infancia y la Adolescencia (art. 10 L.1098/06), según el cual a la garantía efectiva de los derechos de los(as) menores de dieciocho (18) años concurren la familia, la sociedad y el Estado. De igual manera las normas internacionales, vinculan a los Estados como obligados directos, de la protección de los niños(as) (art. 24 PIDCP), y de la implementación de las medidas necesarias para que dicha protección sea efectiva (arts. 10° PIDESC y 3° CDN).

Por ello, en opinión de las demandantes, las responsabilidades relativas a la protección de la integridad personal de los(as) menores de dieciocho (18) años no puede excluir a las autoridades públicas como eventuales responsables, pues en atención a su constante contacto con ellos, por vía de cumplir los mandatos constitucionales y legales de su especial protección, deben ser sujetos también de control y vigilancia especial. De ahí, que deban ser incluidos dentro de quienes tienen mayor carga en relación con el cuidado en el trato que les dispensen, tal como la familia y los educadores.

En relación con las responsabilidades especiales en el contexto escolar, el escrito de la demanda sostiene la misma idea. Esto es, que el especial cuidado en el trato de los niños(as) no puede circunscribirse únicamente a alumnos y profesores, sino que debe extenderse a los directivos de los centros educativos, pues éstos no se sustraen a la relación directa con los educandos, sino que por el contrario las falencias que deriven en tratos indignos o humillantes, pueden también originarse en ellos.

El tercer cargo que se plantea a la Corte Constitucional, se dirige contra los artículos 41 numeral 37 y 47 de la Ley 1098 de 2006. El referido numeral 37 del artículo 41 establece la obligación del Estado de promover el cumplimiento por parte de los medios de comunicación, de los deberes y responsabilidades dispuestas en el Código de la Infancia y la Adolescencia (L.1098/06); y el artículo 47, determina que los medios de comunicación son responsables por la violación de los deberes contemplados en el mismo artículo 47. Para las demandantes, el legislador incurrió en una omisión legislativa relativa al establecer los contenidos normativos referidos. Dicha omisión consiste en que no se reguló procedimiento alguno, cuyo objeto fuera sancionar a los medios de comunicación frente al incumplimiento de las mencionadas responsabilidades.

Las actoras explican que en ausencia de la regulación de un mecanismo expreso por el cual se autorice el adelantamiento de un procedimiento en situaciones de incumplimiento de los deberes de los medios de comunicación, el Estado colombiano incumple las obligaciones constitucionales consistentes en proteger de manera especial y reforzada a los(as) menores de dieciocho (18) años (art 44 C.N). Así como también, se deja de atender el deber de tomar las medidas pertinentes y necesarias para lograr la eficaz garantía de sus derechos, según se desprende no sólo de los artículos 2° y 6° de la Constitución, sino también de normas internacionales aprobadas por Colombia relativas a derechos de los(as) menores de dieciocho (18) años (arts. 24 PIDCP, 10° PIDESC y 3° CDN).

De otro lado, agregan que la ausencia de la regulación en comento, se hace más patente si se tiene en cuenta que en vigencia del antiguo Código del Menor (Decreto 2737 de 1989), se había reglamentado mediante el decreto 1673 de 1994 la competencia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar por intermedio de los Defensores de Familia, para sancionar a los medios de comunicación, cuando éstos incumplieran los deberes especiales establecidos en los artículos 300 a 303 del mencionado Código anterior. En este orden, la nueva legislación (L.1098/06) creó un vacío y omitió establecer las sanciones y el procedimiento respectivo, para los casos en que los medios incumplan los deberes del nuevo Código.

Adicionalmente explican, en relación con el tercer cargo, que se cumplen los requisitos jurisprudenciales para la configuración de la omisión legislativa relativa. En primer lugar, señalan que existen disposiciones jurídicas sobre las cuales se predica la inconstitucionalidad, y, se refieren a aquellas cuyo contenido normativo establece la responsabilidad de los medios de comunicación frente a los deberes para con los(as) menores de dieciocho (18) años (arts. 41-37 y 47 L.1098/06). En segundo lugar, el contenido normativo acusado se refiere a la responsabilidad de los medios, y a su turno la acusación se dirige a que en dicho tema los contenidos en cuestión no son claros en lo relativo a la responsabilidad de los medios escritos, y por otro lado omite la regulación de un procedimiento sancionatorio, según se refirió. En tercer lugar, afirman las actoras, las normas demandadas por omisión relativa, excluyen de sus consecuencias a aquellos casos que por ser asimilables deberían subsumirse dentro de su presupuesto fáctico, en tanto “excluyen la participación activa del Estado, la sociedad y la familia, a la hora de hacer exigible el respeto por los derechos de la infancia y la adolescencia cuando haya un quebrantamiento por parte de un medio de comunicación escrito”. En cuarto lugar, consideran que la ausencia de regulación referida no obedece a una razón objetiva y suficiente. En quinto lugar, como consecuencia de lo anterior se genera una situación de desigualdad. En sexto lugar, la omisión constituye una elusión del deber constitucional del legislador de dictar las medidas necesarias para la garantía eficaz de los derechos de los(as) menores. Y en séptimo lugar, el silencio del legislador respecto de las sanciones y el procedimiento para su imposición, frente al incumplimiento de los deberes establecidos en el Código de la Infancia y la Adolescencia en cabeza de los medios de comunicación, desconoce el principio constitucional de interés superior del(la) niño(a).

Como fórmula de reparación de la omisión legislativa explicada, las demandantes proponen a la Corte Constitucional que se declare la exequibilidad condicionada de los artículos 41-37 y 47 del Código de la Infancia y la Adolescencia y posterior a esto, (...) la norma sea remitida al Presidente de la República para que reglamente la omisión respectiva”.

En resumen, las ciudadanas demandantes presentan tres cargos estructurados de la siguiente manera:

* El primer cargo se dirige contra la segunda frase del inciso primero del artículo 18 de la Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia) que establece que los niños y niñas tienen derecho a la protección contra el maltrato y abuso de toda índole proveniente de los padres, representantes legales, personas a cargo de su cuidado, y miembros de su grupo familiar, escolar y comunitario; por cuanto excluye presuntamente a los agentes del Estado como posibles perpetradores también de la integridad personal de los(as) menores.

* El segundo cargo se dirige contra los apartes de los artículos 43 y 44 de la Ley 1098 de 2006, que disponen que en contexto escolar los planteles educativos deberán proteger eficazmente (art. 43) y tomar las medidas necesarias para ello (art. 44), a los niños y

niñas contra toda clase de maltrato, agresión, humillación discriminación o burla de parte de los demás compañeros escolares y profesores; en tanto excluye injustificadamente a las directivas y personal administrativo de las instituciones educativas como posibles perpetradores de las conductas prohibidas mencionadas.

* El tercer cargo se dirige contra los apartes del numeral 37 del artículo 41 y el párrafo del artículo 47 que disponen la responsabilidad de los medios de comunicación ante la violación de los deberes y responsabilidades que el nuevo Código de Infancia y Adolescencia les asigna, así como el deber del estado de velar por ello; en tanto y en cuanto esta regulación no incluye un procedimiento sancionatorio para los eventos en que en efecto los medios incurren en incumplimiento de alguno de estos deberes especiales. Esto configuraría según las demandantes una omisión legislativa relativa.

IV. intervenciones

1.- Ministerio de Comunicaciones

En atención a la comunicación que el hiciera el Magistrado Sustanciador del presente proceso, el Ministerio de Comunicaciones envió con destino del mismo, escrito de intervención en el que solicita a la Corte Constitucional que declare la exequibilidad de los artículos 41 y 47 de la Ley 1098 de 2006 parcialmente acusados, con base en la inexistencia de la omisión legislativa alegada por las demandantes. El Ministerio en cuestión no se pronuncia sobre los dos primeros cargos de inconstitucionalidad respecto de la presunta limitación de los responsables de la integridad personal y la dignidad de los(as) menores de dieciocho (18) años .

Sostienen pues el interviniente, en relación con el tercer cargo, que no existe norma constitucional ni internacional incorporada al ordenamiento jurídico colombiano, que establezca la obligación de regular un procedimiento administrativo sancionatorio en contra de los medios de comunicación escritos, cuando éstos incumplan los deberes que el Código de la Infancia y la Adolescencia les impone. El Ministerio interpreta el cargo relativo a la omisión legislativa relativa, en el sentido que la demanda plantea la existencia de procedimientos y sanciones para medios de comunicación distintos a los escritos, y en ese orden la omisión se configuraría porque se habría excluido injustificadamente a la prensa escrita de dichos procedimientos y sanciones.

Agrega que cuando la Ley parcialmente acusada se refiere a los medios de comunicación, simplemente determina sus responsabilidades para con los niños y las niñas, pero no se refiere al control sobre los medios mencionados. Dicho control ya está regulado de manera general, por la Ley 72 de 1989, que en su artículo 1° estipula que el Gobierno Nacional, por medio del Ministerio de Comunicaciones, adoptará la política general del sector de comunicaciones y ejercerá las funciones de planeación, regulación y control de todos los servicios de dicho sector.

Concluye que este cargo no es claro, en tanto no se encuentran “las normas o principios

omitidos por el legislador”, que permitan concluir la inconstitucionalidad de las disposiciones demandadas por el hecho de excluir al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) de la posibilidad de sancionar a los medios por eventuales faltas contra menores de dieciocho (18) años.

2.- Ministerio del Interior y Justicia

El Ministerio del Interior y Justicia allegó a este Despacho, por intermedio de la Secretaría General de esta Corporación, escrito en el que solicita que se declare la exequibilidad de las normas acusadas.

En primer término, explican que el concepto de la corresponsabilidad contenido en el nuevo Código de la Infancia y la Adolescencia se refiere a la concurrencia de familia, sociedad y Estado para la garantía y eficaz protección de los derechos de los(as) menores de dieciocho (18) años. En desarrollo de ello, la estructura del articulado del Código en mención presenta acápite relativos a cada uno de los vinculados al cumplimiento de las responsabilidades correspondientes; pero, siempre bajo la idea de que todos los estamentos de nuestra comunidad son corresponsables de dicha garantía y especial protección.

Con base en lo anterior, en relación con el primer cargo explica que se debe entender que la protección de la integridad personal de niños y niñas se garantiza respecto de cualquier agente o persona que la vulnere o amenace. Por ello el artículo 18 acusado no puede ser interpretado en el sentido en que brinda protección sólo en eventos en que el maltrato a menores de dieciocho (18) años provenga de los padres, representantes legales o responsables de su cuidado, o miembros de su grupo familiar, escolar o comunitario; sino por el contrario su contenido integral permite concluir que la protección se da respecto de cualquier conducta de cualquier persona. Sobre el segundo cargo presenta la misma idea, esto es, que las obligaciones especiales de garantía de su dignidad en el ambiente escolar mediante la prohibición y cuidado contra humillaciones y burlas, no se circunscribe a las posibles conductas en dicho sentido por parte de otros estudiantes y profesores, sino que se extiende a cualquier persona, y ello incluye a las directivas y personal administrativo de los planteles educativos.

Expresa el interviniente que la única manera de entender el principio de corresponsabilidad en el cuidado y protección de los(as) menores de dieciocho (18) años, es integrar a la hermenéutica de todas las obligaciones contempladas en el Código referido, principios rectores tales como el contemplado en su artículo 11, según el cual, al cumplimiento de las obligaciones frente a los niños y niñas se vinculan todas las autoridades del estado; ante lo cual carecería de todo fundamento la acusación contra el artículo 18 consistente en que no se protege de manera especial la integridad de los menores de dieciocho (18) años cuando el maltrato proviene de autoridades públicas. De otro lado, el artículo 45 del nuevo Código prohíbe de manera general sanciones y castigos contrarios a la dignidad, y dicha prohibición la dirige especialmente a las autoridades escolares, por lo cual no resulta acertada la afirmación de la acusación en el sentido en que los artículos 43 y 44 demandados, no incluyen a las autoridades y personal administrativo de las instituciones educativas como responsables de la

protección eficaz a humillaciones y burlas contra los(as) escolares.

En relación con el tercer cargo, considera que en el caso bajo estudio no se configura la denominada omisión legislativa relativa. Esto, en tanto el fundamento que la demanda presenta para ello, se basa en la existencia de un decreto reglamentario derogado, el cual contemplaba un procedimiento de sanción a los medios de comunicación, a partir del incumplimiento de sus responsabilidades establecidas en el antiguo Código del Menor. En este contexto el cargo estaría mal estructurado, pues no se refiere una norma de rango constitucional como parámetro de control, sino que se hace referencia a un procedimiento de sanción derogado. Concluye que las actoras debieron demostrar que el legislador reguló de manera insuficiente el tema de la responsabilidad de los medios de comunicación frente a los(as) menores de dieciocho (18) años, y no vincular la regulación que echan de menos al hecho de que antes existía y ahora no.

3.- Ministerio de la Protección Social

El Ministerio de la Protección Social, mediante escrito de intervención, presentó razones a la Corte Constitucional para sustentar la exequibilidad de los artículos 18 (integridad personal de niños y niñas), 43 y 44 (obligaciones de los centros educativos), mientras que consideró que el cargo relativo a la presunta omisión legislativa relativa debía prosperar.

En primer lugar, explicó que el artículo 18 debe ser considerado en su integridad, ya que su inciso segundo dice textualmente que el maltrato infantil es “toda forma de violencia o agresión sobre el niño, la niña o el adolescente por parte de sus padres representantes legales o cualquier otra persona”. De esta manera no se puede leer aisladamente la frase acusada por las demandantes para concluir que sólo se protege el maltrato en mención originado en algunas personas y en otras no. Agrega que el aparte normativo en el que se centra la acusación tiene la intención de “reconocer una realidad del maltrato que especialmente realizan algunos sujetos, sin que pueda entenderse por eso que esa identificación especial, excluya a otros sujetos”.

En segundo lugar, expresa que los artículos 43 y 44 del nuevo Código, acusados porque supuestamente no vinculan a la prohibición de humillaciones y burlas contra los(as) menores de dieciocho (18) años, a los directivos y personal administrativo de los planteles educativos, deben igualmente ser objeto de una interpretación sistemática. De un lado, el artículo 45 del mismo Código, prohíbe a las directivas de los centros escolares la implementación de castigos y sanciones que lesionen la dignidad de los educandos. Además, los artículos demandados están en un acápite de la ley relativo a las obligaciones de la comunidad educativa, y el artículo 6° de la Ley 115 de 1994 establece que la comunidad educativa está conformada por estudiantes o educandos, educadores, padres de familia o acudientes de los estudiantes, egresados, directivos, docentes y administradores escolares”.

Por lo anterior, considera el interviniente que no es posible la interpretación que hacen las actoras de los artículos 18 (integridad personal de niños y niñas), 43 y 44 (obligaciones de los centros educativos).

Ahora bien, en cuanto al tercer cargo el Ministerio de Protección asevera que “el legislador al expedir la Ley 1098 de 2006, incurrió en una inconstitucionalidad por omisión, no por la literalidad de los artículos demandados que no dicen más que corresponde al Estado promover el cumplimiento de las responsabilidades que el Código señala a los medios de comunicación. (...) Estas competencias deben ejercerse conforme a la ley, entendiendo que mientras no exista una ley, le faltan medios al Estado para llevar a cabo la promoción que se le encarga. (...) Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 53 numeral 7 de la Ley 1098 de 2006, con la expedición de esta ley se pasó de darle la competencia directa al ICBF, a otorgarle una competencia indirecta limitada a la participación en las acciones policivas, administrativas o judiciales a que haya lugar. De esta manera se perdió la eficacia de la promoción de la protección de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes a que se refiere el numeral 37 del artículo 41 demandado, todo en razón del mandato constitucional contenido en los artículos 6 y 28 de la Constitución Política de acuerdo con el cual los particulares (medios de comunicación) sólo son responsables por la violación de las conductas que están expresamente prohibidas y las sanciones correspondientes sólo serán aquellas que expresamente señale la ley.”

4.- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF)

El ICBF allegó al presente proceso, por intermedio de la Secretaría General de la Corte Constitucional, escrito de intervención en el que solicita de un lado, la declaratoria de exequibilidad de los artículos 18 (integridad personal de niños y niñas), 43 y 44 (obligaciones de los centros educativos), y de otro declarar la configuración de una omisión legislativa relativa en relación con la determinación de la responsabilidad de los medios de comunicación, respecto de sus deberes para con los(as) menores de dieciocho (18) años.

Sobre el primer cargo, el ICBF explica que las demandantes no hicieron una lectura adecuada del artículo 18 del nuevo Código de Infancia y Adolescencia, pues éste en su integridad se refiere claramente a que la conducta de la cual proviene el maltrato está prohibida independientemente de quien la ejecute. Por ello la frase atacada en la demanda no puede ser entendida como un listado de quiénes pueden incurrir en dichas conductas, sino como el reconocimiento de que en especial, tal como textualmente lo expresa su texto, el maltrato a menores de dieciocho (18) años proviene de ciertos sujetos. Pero, ello no quiere decir que la prohibición excluya otros sujetos.

Sobre el segundo cargo, señala que los apartes demandados deben ser entendidos sistemáticamente, tanto con el enunciado de los artículos que los contienen, como con el resto de artículos del Código actual referidos al respeto de la dignidad en el ambiente escolar. Afirma que el inciso primero del artículo 43 establece la garantía de la dignidad de los niños y niñas en cabeza de las instituciones de educación; es decir las vincula a la prohibición de tratos humillantes, discriminatorios o burlas, entre otros, al margen de que el aparte demandado señale dichas conductas provenientes de otros estudiantes y profesores. De igual manera el artículo 44 acusado, estipula el deber de poner en marcha mecanismos de protección contra las conductas en mención, en cabeza de las directivas y los docentes y de la comunidad escolar en general, según se lee en su inciso

primero. Por ello, no puede afirmarse, como lo hacen las actoras, que el sentido literal que proponen las disposiciones demandadas es excluir a las directivas y personal administrativo de la responsabilidad por tratos contrarios a la dignidad en el ámbito escolar.

Por demás, añade, el artículo 45 del mismo Código de Infancia y Adolescencia, dispone la prohibición general de tratos, castigos o sanciones en contra de la dignidad de los educandos, e incluye de manera expresa como destinatarios de dicha prohibición a las directivas y al personal administrativo de los planteles educativos. Asimismo, hace referencia al artículo 6° de la Ley 115 de 1994, según el cual la comunidad educativa está conformada por “estudiantes o educandos, educadores, padres de familia o acudientes de los estudiantes, egresados, directivos, docentes y administradores escolares”, por lo cual de las prohibiciones generales del Código a este respecto, no puede excluirse a los directivos y administrativos de las instituciones educativas.

De otro lado, considera que la regulación que el nuevo Código de Infancia y Adolescencia hizo de la responsabilidad de los medios de comunicación frente a la garantía de los derechos de los(as) menores de dieciocho (18) años, omitió incluir un mecanismo que prestara eficacia al cumplimiento de las mencionadas responsabilidades. De ahí, que se haya perdido una importante herramienta jurídica, a partir de la cual el ICBF asumía de manera directa las situaciones de incumplimiento de los medios y los sancionaba si había lugar a ello. Pero ahora, “en el artículo 41 se determinan las conductas por parte del Estado, pero no se crean los instrumentos sancionatorios que pueda imponer el ICBF. (...) [Por lo que solicita] declarar la inconstitucionalidad de los artículos 41 numeral 37 y parágrafo del artículo 47, señalando al gobierno la procedencia de expedir un decreto reglamentario que establezca un conjunto de sanciones, autoridades competentes y trámite para adelantar procesos por la vulneración de las obligaciones legales por parte de los medios de comunicación”.

5.- Fundación para la Libertad de Prensa (FLIP)

La FLIP, atendiendo a la comunicación que se le hiciera para presentar concepto en el presente proceso de control de constitucionalidad, allegó al mismo escrito de intervención en el que se pronuncia únicamente sobre el tercer cargo, y esgrimió razones para solicitar la exequibilidad de los apartes demandados de los artículos 41 y 47, por considerar que no se configuraba una omisión legislativa relativa. Sobre los dos primeros cargos no se pronunciaron.

En primer término, explicó que no existe competencia del ejecutivo ni de la Corte Constitucional para establecer sanciones y procedimientos en relación con el incumplimiento de los medios de los deberes legales, sino que dicha competencia está únicamente en cabeza del legislador. Añadió que este tipo de procedimientos sancionatorios se deben enmarcar dentro del principio constitucional de prohibición de censura. En este contexto, es menester considerar que los únicos controles a la libertad de expresión son los controles posteriores, frente a los cuales la jurisprudencia constitucional ha señalado que son competencia exclusiva del legislador y comportan una

presunción de inconstitucionalidad. Para justificar lo anterior, se hace referencia a la sentencia C-650 de 2003 en la que se sostuvo que “los medios de comunicación al ejercer libremente sus funciones democráticas no pueden ser sometidos a ninguna modalidad de control previo sino únicamente a responsabilidades posteriores al ejercicio de su libertad, siempre que la base de estas responsabilidades esté definida en la ley de manera clara, específica y precisa para garantizar un interés constitucional...”. Por ello, la solicitud de las demandantes no tiene cabida, pues estos procedimientos pueden estar contenidos sólo en leyes del Congreso, es decir no pueden regularse en reglamentos ni en sentencias.

Tampoco, continúa, resulta acertado aseverar que las proposiciones jurídicas acusadas omiten regular mecanismos para dar cuenta del incumplimiento de los medios de comunicación de sus deberes contemplados en el nuevo Código de Infancia y Adolescencia, pues el aparte final del párrafo del artículo 47, establece que el ICBF podrá “hacerse parte en los procesos que por tales violaciones se adelanten contra los medios”. Lo anterior significa que el control posterior se traslada a las acciones judiciales pertinentes, luego “la omisión legislativa que alegan las demandantes es en realidad una remisión a las normas generales de responsabilidad civil y penal”.

Concluye igualmente, que el nuevo Código es más acorde con los principios constitucionales relativos a la prohibición de censura y principio de legalidad en materia sancionatoria, que el antiguo régimen normativo, en el cual un decreto reglamentario otorgaba la competencia al ICBF para sancionar a los medios de comunicación. Por último, indica que el “Código de la Infancia y la Adolescencia busca promover mecanismos de autorregulación entre los medios de comunicación. (...) Al respecto el inciso 3 del artículo 47 del Código dispone que los medios de comunicación deberán adoptar políticas para la dilución de información sobre niños, niñas y adolescentes en la cuales se tenga presente el carácter prevalente de sus derechos”

6.- Centro de Solidaridad de la Federación Internacional de Periodistas (Ceso-FIP) y Federación Colombiana de Periodistas (FECOLPER)

Mediante escrito presentado en la Secretaría General de esta Corporación, el Ceso-FIP y la FECOLPER, solicitaron a la Corte Constitucional declarar exequibles los apartes demandados de los artículos 41 y 47. Argumentaron para ello la inexistencia de la omisión legislativa relativa alegada en la demanda objeto de estudio. No revelaron pronunciamiento alguno sobre el primer y segundo cargos.

Señalaron los intervinientes, que el punto de partida de la argumentación tendiente a demostrar la presunta omisión legislativa relativa es errado. Esto, en tanto, en su opinión, no es cierto que no existan mecanismos para determinar la responsabilidad de los medios de comunicación ante el incumplimiento de sus deberes respecto de menores de dieciocho (18) años. Así pues, los artículos 11, 82, 95, 96, 192 y 210 del nuevo Código de Infancia y Adolescencia, vinculan a todos los agentes del Estado y al ICBF (art. 11), a los Defensores de Familia (art. 82), al Ministerio Público (art. 95) y demás autoridades, tales como los comisarios de familia, funcionarios judiciales, Defensoría del Pueblo, entidades administrativas de inspección y vigilancia, sociedad civil organizada (arts. 96,

192 y 210); para la defensa y garantía de los derechos de los niños y las niñas. Adicionalmente, la jurisprudencia de la Corte ha desarrollado múltiples líneas jurisprudenciales tendientes a justificar la procedencia prima facie de la acción de tutela como mecanismo de protección de los derechos de los(as) menores. También, las acciones penales relativas a los delitos de injuria y calumnia, susceptibles de ser cometidos por los medios de comunicación contra los(as) menores, tienen un tratamiento especial en el Código de Procedimiento Penal, pues no requieren querrela cuando el sujeto pasivo es menor de dieciocho (18) años.

Por otro lado, en ejercicio de su autonomía constitucionalmente amparada y de sus deberes de autorregulación, las organizaciones de periodistas de 70 países dentro de las cuales se encuentra el Cesofip y la FECOLPER, aprobaron una guía constituida por directrices que contienen lineamientos éticos en relación con el periodismo y los derechos del niño.

7.- Grupo Internacional Derecho y Justicia

El Grupo Internacional Derecho y Justicia solicitó a la Corte Constitucional, mediante escrito radicado en la Secretaría General de la Corporación, declarar la prosperidad del primer cargo y la inviabilidad del segundo; mientras que sobre el tercero no se pronunció.

Consideró el interviniente, que el artículo 18 demandado limita injustificadamente los posibles responsables de conductas que puedan configurar maltrato luego vulneración de la integridad de los niños y niñas. Explica, que la referencia a los abusos de los padres, representantes legales o responsables de su cuidado y miembros de su grupo familiar, escolar y comunitario, omite otros agentes que eventualmente pueden incurrir en los mencionados abusos. En este orden, se vulnera el principio de dignidad y la protección reforzada que de dicho principio ordenan las Constitución y los Tratados Internacionales, cuando se trata de menores de dieciocho (18) años, pues dicho principio es absoluto y de él no se sustrae ninguna persona. Por ello considera que el aparte acusado del artículo 18 de la Ley 1098 de 2006 debe ser declarado inexecutable.

En relación con el segundo cargo, expresa que los artículos 43 y 44 acusados, al regular la prohibición de tratos humillantes y discriminatorios a los(as) menores de dieciocho (18) años en las comunidades escolares, debe ser considerado junto con el artículo 45 de Código de Infancia y Adolescencia, el cual vincula de manera expresa a todos los miembros de dicha comunidad a la prohibición referida. Por ello concluye que los apartes de estos artículos deben ser declarados executable por la Corte.

8.- Asociación Nacional de Medios de Comunicación (ASOMEDIOS)

ASOMEDIOS Allegó al presente proceso escrito de intervención en el que solicitó a la Corte Constitucional declarar la executable de los apartes demandados de los artículos 41 y 47 del Código de Infancia y Adolescencia, bajo la premisa de que cualquier limitación relativa al ejercicio de la libertad de expresión, resulta una intervención sospechosa, además de que en caso concreto, contrario a lo que se afirma en la demanda de inconstitucionalidad, sí existen acciones que tiene por fin sancionar a

los medios de comunicación cuando estos incumplen su deberes frente a los niños y niñas. Sobre los cargos primero y segundo no presenta análisis de constitucionalidad.

Argumenta pues, que existe un amplio e importante desarrollo jurisprudencial sobre el lugar del derecho a la libertad de expresión por parte de los medios de comunicación, según el cual, dicho derecho no puede ser limitado sino bajo ciertas condiciones especiales y nunca puede implicar censura. De este modo, cuando a su ejercicio se contraponen los derechos de los(as) menores de dieciocho (18) años, debe demostrarse que la limitación es indispensable, así como la única forma de garantizar otros derechos. En el caso concreto, en su parecer, ello no se cumple en tanto no es cierto que no existan otras acciones para conjurar el incumplimiento de los medios de sus deberes con los niños y niñas.

Sobre lo último sostiene que “el estado, la Sociedad y la familia cuentan con diversos mecanismos según las características de la presunta violación, entre los cuales se encuentran la acción de tutela, las acciones civiles, las acciones penales y el derecho de rectificación”. En atención a esto, aduce que no se configura una omisión legislativa relativa, por lo cual las disposiciones demandadas con base en esta acusación deben ser declaradas exequibles.

9.- PLAN Internacional INC

La entidad sin ánimo de lucro PLAN, remitió con destino del presente proceso de control de constitucionalidad, escrito de intervención en el que solicita a la Corte Constitucional la declaratoria de exequibilidad condicionada de los apartes demandados de los artículos 18, 43 y 44 del nuevo Código de Infancia y Adolescencia, en el sentido de incluir a todas las personas y agentes como responsables tanto de la integridad como de la dignidad en el ambiente escolar de los niños y niñas. Y en relación con el tercer cargo solicita que esta Corporación declare cuál es la autoridad competente y cuáles las sanciones para los eventos en que los medios de comunicación no cumplan con los deberes que el mencionado Código les ha impuesto. En relación con la solicitud relativa al tercer cargo, el interviniente sólo indica la existencia de un vacío legislativo debido a que el ICBF perdió la competencia para sancionar a los medios de comunicación escritos, cuando éstos incumplen sus deberes con los(as) menores de dieciocho (18) años.

10.- Instituto Colombiano de Derecho Procesal

El Instituto Colombiano de Derecho Procesal, en atención a la comunicación que se le hiciera para que allegara a este proceso concepto sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas objeto de control, presentó escrito en el que solicita a la Corte que los apartes demandados de los artículos 18 del nuevo Código de Infancia y Adolescencia correspondientes al primer cargo, sean declarados exequibles; agrega que el segundo cargo debe prosperar, luego los apartes demandados de los artículos 43 y 44 deben ser declarados inexecutable; y a su turno, considera que los apartes acusados de los artículos 41 y 47 del mismo Código correspondientes al tercer cargo, deben ser

declarados exequibles.

En relación con el primer cargo, explica el Instituto que las demandantes no hicieron una lectura adecuada de la norma acusada, debido a que la disposición normativa no pretende excluir a ciertas personas de las responsabilidades allí consagradas. Así, el artículo 18 en el aparte acusado, hace referencia a que en especial se deberá proteger a los(as) menores de dieciocho (18) años contra toda forma de maltrato proveniente de algunas personas que la experiencia ha mostrado con mayor propensión a ello, pero no porque se pretenda comprometer únicamente a éstas con dicho deber. De hecho, continúa, el inciso segundo del mismo artículo señala que el maltrato infantil es toda conducta lesiva de los intereses y derechos de lo(as) menores de dieciocho (18) años originada en cualquier persona. Así, no es sostenible la afirmación de las demandantes según la cual el artículo no vincula a la prohibición de maltrato infantil a los funcionarios públicos y agentes del Estado.

En relación con el segundo cargo considera que se ha restringido la responsabilidad del trato digno en las comunidades escolares en cabeza de estudiantes y profesores, excluyendo injustificadamente no sólo a las directivas y al personal administrativo de los planteles educativos, sino a todo aquel que ingrese a las comunidades escolares. Agrega que “sin duda la especificación del precepto legal en relación con los sujetos agentes de la agresión obedece al hecho de que precisamente en el entorno del niño dentro del establecimiento educativo, en el sus compañeros y profesores son la mayor parte de personas que componen ese entorno. Sin embargo, omitió considerar el legislador que aún dentro del establecimiento educativo hay otras personas que se relacionan con el niño, que en esa medida son potenciales agresores, y que por consiguiente pueden estar bajo el control de la institución educativa, lo que le impone el deber de hacerlo si de aquéllos proviene alguna ofensa al niño. Exonerar al establecimiento educativo del deber de proteger al niño cuando el agente agresor es un individuo ajeno al cuerpo profesoral y al alumnado, pero ocurre dentro de las instalaciones del plantel en donde tiene el control, equivale a dejar al niño en una inaceptable desprotección que contraría el querer del constituyente.”

En relación con el tercer cargo, argumenta el interviniente que si bien el legislador omitió regular lo relativo a las multas contra los medios de comunicación, ello en sí mismo no es una razón suficiente para declarar su inconstitucionalidad por una omisión legislativa relativa. Explica que puede pensarse que con el antiguo Código del Menor, y así con el decreto que lo reglamentaba en relación con el incumplimiento de los deberes del mismo en cabeza de los medios de comunicación, se constituía un mayor efecto preventivo que ahora se limita a enfatizar la responsabilidad de los medios por la infracción que antes acarrearía multa. Sin embargo, es claro que la ley dejó únicamente la responsabilidad de los medios quizá por considerar que como en cualquier escenario, la obligación de responder, penal, disciplinaria y patrimonialmente por los actos indebidos tiene suficiente efecto disuasivo”.

En este orden se debe demostrar la mayor eficacia de la multa respecto del régimen general de responsabilidad, para poder concluir que era deber del legislador regular un procedimiento sancionatorio como el que existía respecto del antiguo Código. Como

ello no es así, “no puede concluirse que la protección del niño querida por el constituyente haga inútil la aplicación de la responsabilidad y necesaria la previsión de la multa”. Con base en lo anterior las disposiciones que regulan la responsabilidad de los medios en el nuevo Código de Infancia y Adolescencia deben ser declaradas exequibles.

11.- Facultad de Derecho de la Universidad del Rosario

La Facultad de Derecho de la Universidad del Rosario allegó a este Despacho escrito de intervención en el que solicita la declaratoria de exequibilidad de todas las disposiciones demandadas. En relación con los dos primeros cargos, expresa que las proposiciones acusadas no tienen el contenido normativo que las demandantes le adjudican.

Por un lado el artículo 18 consagra textualmente la prohibición de maltrato dirigida a todas las personas, y la referencia que hace a algunos agentes en concreto, no indica que está excluyendo otros. Tanto es así que el artículo utiliza la expresión en especial, cuando se refiere a personas concretas como los padres o representantes legales de los(as) menores de dieciocho (18) años. De otro lado, los artículos que prohíben tratos indignos de toda índole en el ambiente escolar, tampoco tienen la vocación de comprometer la protección por este concepto únicamente a los estudiantes y a los profesores. Los enunciados de los artículos 43 y 44 se dirigen expresamente a las directivas de las instituciones escolares y al personal que conforma los planteles educativos. De igual manera el artículo 45 del nuevo Código de Infancia y Adolescencia dispone la prohibición general de sanciones crueles, humillantes o degradantes, dirigida específicamente a quienes conformen las comunidades educativas.

En relación con el tercer cargo, señala que el nuevo Código mencionado mantiene intactas las competencias del “Defensor de Familia para accionar contra cualquiera que vulnere los derechos de los menores, frente al sistema jurisdiccional en representación de la sociedad o de los intereses personales de éstos y podrán hacerlo por las vías ordinarias o el mecanismo extraordinario de la tutela, e incluso una acción de grupo (Nos. 1 y 2, art. 82 C.I.A), y por otro lado se consagra una acción popular para que cualquiera pueda exigir de esas autoridades actuar de manera adecuada (art. 11 C.I.A). En consecuencia cualquier vulneración del interés de los menores que tenga repercusiones penales, será sometida a conocimiento del sistema penal, y de igual manera si es de alcance policivo, ético, o de responsabilidad civil extracontractual...”. De ahí, que no se pueda afirmar que existe una ausencia en la regulación de la responsabilidad y eventuales sanciones que le corresponderían a los medios de comunicación por incumplir sus deberes para con los(as) menores. Por ello concluye que no se configura omisión legislativa alguna.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

De conformidad con los artículos 242-2 y 278-5 de la Constitución, el Procurador General de la Nación rinde concepto de constitucionalidad número 4712 en el proceso de la referencia. En él solicita a la Corte Constitucional que declare la exequibilidad de todos los apartes normativos demandados.

En relación con el primer cargo, explica el Ministerio Público que la referencia a algunas

personas en concreto, hecha en el artículo 18 acusado, no resulta en modo alguno un listado exhaustivo de quienes pueden ser responsables por maltrato. Esto, en tanto el inciso segundo del mencionado artículo hace referencia a que el maltrato infantil está prohibido en todas sus formas y a todas las personas.

En relación con el segundo cargo, la Vista Fiscal sostiene que los deberes y responsabilidades para con los menores de dieciocho (18) años en la dinámica de las comunidades escolares, deben tener una lectura ambiciosa y sistemática, en el sentido en que estas disposiciones han proscrito cualquier intento de justificación de tratos o castigos indignos, discriminatorios, degradantes, prohibiendo incluso las burlas y conductas que puedan ser interpretadas como humillaciones a los(as) menores de dieciocho (18) años. Por ello, no se compadece con el sentido literal de las normas demandadas, ni con las demás disposiciones referentes al tema, la interpretación consistente en que el nuevo Código de la Infancia y la Adolescencia sólo protege a los menores de dieciocho (18) años de tratos y sanciones indignos, cuando estos provienen de compañeros escolares o profesores. Ni siquiera la referencia específica que hacen los apartes demandados de los artículos 43 y 44 acusados, permite semejante conclusión, pues ambas proposiciones jurídicas se refieren expresamente a la obligación de dicha garantía en cabeza de las directivas de los planteles educativos, además de que la prohibición general en este sentido, contenida en el artículo 45 del mismo Código se dirige a todo el que forme parte de la comunidad escolar. Por ello las normas demandadas bajo este cargo deben ser declaradas exequibles.

En relación con el tercer cargo, el Procurador General asevera que no se configura una omisión legislativa relativa, por cuanto existen acciones y medidas cuyo sentido es sancionar a los medios de comunicación cuando éstos incumplen sus deberes derivados de la especial protección a los intereses y derechos de los niños y niñas. Refiere el Ministerio Público, que “contra los medios de comunicación cuando vulneran la integridad moral de los menores, expresamente el artículo 199 de la Ley 1098 determina los ‘Beneficios y mecanismos sustitutivos’... Cabe señalar que dentro de los delitos contra la integridad moral se encuentra la injuria y la calumnia como tipos penales genéricos... [y] por tratarse de delitos contra la integridad de los menores, en su aplicación debe tenerse presente los agravantes penales contemplados en el artículo 200 del Código Penal.”

De igual manera manifiesta, que en uso de su amplia libertad de configuración normativa, el legislador decidió legítimamente otorgarle al ICBF, en el nuevo régimen jurídico de menores de dieciocho (18) años y adolescencia, un rol distinto al que desempeñaba en vigencia del viejo código. Esto es, ya no lo encargó como competente de los procedimientos y sanciones contra los medios de comunicación, sino que le otorgó la potestad de participar en defensa de los menores de dieciocho (18) años en los procedimientos judiciales y de otra índole que contra ellos se adelanta. Y ello, por supuesto no configura una omisión legislativa, por lo que las disposiciones respectivas objeto de este cargo deben ser declaradas exequibles.

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia

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

El asunto bajo revisión

2.- Las actoras proponen a la Corte Constitucional tres cargos de inconstitucionalidad. El primero consistente en una presunta limitación injustificada de los responsables de maltrato y abuso en detrimento de la integridad personal de los(as) menores de dieciocho (18) años. Está dirigido contra la segunda frase del inciso primero del artículo 18 de la Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia) que establece que los niños y niñas tienen derecho a la protección contra toda clase de maltrato y abuso proveniente de los padres, representantes legales, personas a cargo de su cuidado, y miembros de su grupo familiar, escolar y comunitario. Según las demandantes el contenido normativo descrito excluye a los agentes del Estado como posibles perpetradores de las conductas de maltrato y abuso contra niños y niñas. Por ello, se vulnerarían las obligaciones constitucionales del Estado de protección efectiva y reforzada de los(as) menores de dieciocho (18) años (arts. 2 y 44 C.N) y de responsabilidad especial de los servidores del públicos por omisión o extralimitación en sus funciones (art. 6 C.N). De igual manera se incumplirían las normas internacionales que vinculan a los Estados como obligados directos, de la protección de los niños(as) (art. 24 PIDCP), y de la implementación de las medidas necesarias para que dicha protección sea efectiva (arts. 10º PIDESC y 3º CDN)

Los distintos intervinientes consideran que el anterior cargo carece de fundamento, por cuanto la lectura integral del artículo 18 permite dos conclusiones determinantes en relación con la interpretación de las demandantes. Primera, según el inciso segundo del mismo artículo el maltrato infantil es toda conducta que tenga como resultado la afectación, en cualquier sentido, de la integridad física, psicológica o moral de los(as) menores de dieciocho (18) años por parte de cualquier persona, incluidos por supuesto los agentes del Estado. Y, segunda, el aparte normativo acusado utiliza la expresión en especial, para referirse a algunas personas de las cuales los menores de dieciocho (18) años deben ser protegidos, por lo cual no pretende excluir a nadie, sino que, en opinión de la mayoría de quienes intervienen en el presente proceso, se pretende dar cuenta de una realidad, cual es que aquellos nombrados expresamente por la norma como perpetradores de las conductas de maltrato y abuso son quienes comúnmente incurrir en ellas. Por ello, el cargo carecería de fundamento y los apartes del artículo 18 en mención deben ser declarados inexecutable.

El segundo cargo consiste en que se limita injustificadamente a los responsables de proteger eficazmente, en el ámbito escolar, a los(as) menores de dieciocho (18) años educandos contra toda clase de maltrato, agresión, humillación discriminación o burla de parte de los demás compañeros escolares y profesores. En opinión de las demandantes los apartes de los artículos 43 y 44 de la Ley 1098 de 2006, que disponen que en el contexto escolar los planteles educativos deberán proteger en dicho aspecto eficazmente a los niños y niñas (art. 43) y tomar las medidas necesarias para ello (art. 44), excluyen

injustificadamente a las directivas y personal administrativo de las instituciones educativas como posibles perpetradores de este tipo de conductas. Con esto se vulneraría también, la obligación de las autoridades de la República de proteger los intereses de todas las personas (art. 2 C.N), la especial responsabilidad de los servidores públicos en la aplicación de las normas (art. 6 C.N), así como el deber de protección del Estado a los(as) menores de dieciocho (18) años (art. 44 C.N). Al efecto se sustentan en el principio de corresponsabilidad del Código de la Infancia y la Adolescencia (art. 10 L.1098/06), según el cual a la garantía efectiva de los derechos de los(as) menores de dieciocho (18) años concurren la familia, la sociedad y el Estado; así como también en las normas internacionales, que vinculan a los Estados como obligados directos, de la protección de los niños(as) (art. 24 PIDCP), y de la implementación de las medidas necesarias para que dicha protección sea efectiva (arts. 10° PIDESC y 3° CDN).

La mayoría de los intervinientes planteó a la Corte que la interpretación de las actoras derivaba de una lectura inadecuada de las normas acusadas. En primer término, el artículo 43 establece, en su primer inciso que los titulares de la obligación fundamental de garantizar a niños y niñas el pleno respeto de su dignidad en el contexto escolar, son las instituciones educativas. Por lo cual, no se puede afirmar que la norma releva a las directivas y personal administrativo del deber específico de evitar las agresiones, humillaciones o burlas en el ámbito escolar. Igual sucede con el artículo 44 cuyo inciso primero coloca en cabeza de los directivos, docentes y de la comunidad académica en general el deber de poner mecanismos en marcha para evitar las agresiones, humillaciones o burlas en el ámbito escolar, ante lo que no se puede concluir que los únicos comprometidos con ello son los alumnos y profesores, y no las directivas y el personal administrativo de las instituciones escolares, como lo hacen ver las demandantes.

En segundo término, tal como lo manifiestan el ICBF, los Ministerios de Interior y Justicia y de la Protección Social, así como el Procurador General, de manera bastante clara, tanto el artículo 45 del mismo Código de la Infancia y la Adolescencia, así como el artículo 6° de la Ley 115 de 1994, deben concurrir al entendimiento de las normas que establecen los mencionados deberes especiales en el ámbito escolar. En relación con el artículo 45, se debe reconocer que la prohibición genérica de sanciones crueles, humillantes y degradantes en el contexto escolar en cabeza de directores y educadores, vincula expresamente al personal directivo. Y el artículo 6° de la Ley 115 de 1994 establece que la comunidad educativa está conformada por estudiantes o educandos, educadores, padres de familia o acudientes de los estudiantes, egresados, directivos, docentes y administradores escolares”, por lo que la obligaciones para con los(as) menores de dieciocho (18) años en el contexto escolar deben entenderse en cabeza de quienes conforman la comunidad educativa. Por lo anterior concluyen que las normas relativas a este cargo deben ser declaradas exequibles.

Por otro lado, un interviniente¹ consideró que el segundo cargo debía prosperar, por cuanto las normas acusadas restringen la responsabilidad del trato digno en las comunidades escolares en cabeza de estudiantes y profesores, excluyendo injustificadamente no sólo a las directivas y al personal administrativo de los planteles educativos, sino a todo aquel que ingrese a las comunidades escolares. Explica que “exonerar al

establecimiento educativo del deber de proteger al niño cuando el agente agresor es un individuo ajeno al cuerpo profesoral y al alumnado, pero ocurre dentro de las instalaciones del plantel en donde tiene el control, equivale a dejar al niño en una inaceptable desprotección que contraría el querer del constituyente.”

El tercer cargo plantea una presunta omisión legislativa relativa, sustentada en que no se incluyó en las normas que contemplan la responsabilidad de los medios de comunicación respecto de los derechos de los(as) menores, regulación alguna relativa a un mecanismo expreso por el cual se autorice el adelantamiento de un procedimiento sancionatorio en situaciones de incumplimiento de los deberes de los medios en cuestión. Con lo cual se vulneran obligaciones constitucionales consistentes en proteger de manera especial y reforzada a los(as) menores de dieciocho (18) años (art. 44 C.N), así como también se deja de atender el deber de tomar las medidas pertinentes y necesarias para lograr la eficaz garantía de sus derechos, según se desprende no sólo de los artículos 2° y 6° de la Constitución, sino también de normas internacionales aprobadas por Colombia relativas a derechos de menores de dieciocho (18) años (arts. 24 PIDCP, 10° PIDESC y 3° CDN).

De otro lado, agregan que la ausencia de la regulación en comento, se hace más evidente si se tiene en cuenta que en vigencia del antiguo Código del Menor (Decreto 2737 de 1989), se había reglamentado mediante el decreto 1673 de 1994 la competencia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar por intermedio de los Defensores de Familia, para sancionar a los medios de comunicación escritos, cuando éstos incumplieran los deberes especiales establecidos en los artículos 300 a 303 del mencionado Código anterior; así como también el artículo 305 del antiguo Código que establecía las correspondientes sanciones para medios no escritos, y la competencia de ello en cabeza del Ministerio de Comunicaciones e Invisión. En este orden, la nueva legislación (L.1098/06) creó un vacío y omitió establecer las sanciones y el procedimiento respectivo, para los casos en que los medios incumplan los deberes del nuevo Código. Este cargo se dirige contra los apartes del numeral 37 del artículo 41 y el párrafo del artículo 47 que disponen la responsabilidad de los medios de comunicación ante la violación de los deberes y responsabilidades que el nuevo Código de Infancia y Adolescencia les asigna, así como el deber del estado de velar por ello.

Algunos intervinientes y el Ministerio Público consideran que no se configura una omisión legislativa relativa a este respecto, en tanto existen otras acciones de carácter policivo, civil y penal, confortantes del régimen general de responsabilidad, mediante las cuales se pueden adelantar procedimientos sancionatorios contra los medios de comunicación, cuando incumplan los deberes establecidos por el nuevo Código de Infancia y Adolescencia. Además, el hecho de que en vigencia del antiguo Código del Menor el ICBF tuviera la competencia para adelantar procedimientos sancionatorios en contra de los medios, no es una razón suficiente para declarar la inconstitucionalidad de las normas del nuevo código que no la contemplan, pues el procedimiento y las sanciones que echan de menos las actoras no es el único medio de control al respecto. Advierten de igual manera que la consagración de un procedimiento sancionatorio, debe estar regulado en una ley expedida por el Congreso, pues interpretan la jurisprudencia constitucional, en el sentido de que toda limitación al derecho a la libertad

de expresión debe corresponder a la determinación de responsabilidades posteriores a su ejercicio, siempre que la base de estas responsabilidades esté definida en la ley de manera clara, específica y precisa para garantizar un interés constitucional. De lo que concluyen que ello no puede ser regulado por el ejecutivo y mucho menos por una sentencia.

A su turno, otros intervinientes consideran por el contrario que el hecho de que el ICBF ya no ostente la competencia para adelantar procedimientos sancionatorios contra los medios de comunicación, cuando éstos incumplen las responsabilidades que el Nuevo Código les asigna frente a los(as) niños y niñas, significa una protección menos eficaz de los derechos de éstos. Igualmente afirman que sin un procedimiento sancionatorio que haga posible exigencia de las responsabilidades en mención, éstas carecen de toda eficacia jurídica pues en razón del mandato constitucional contenido en los artículos 6 y 28 de la Constitución Política de acuerdo con el cual los particulares, que para el caso son los medios de comunicación, sólo son responsables por la violación de las conductas que están expresamente prohibidas y las sanciones correspondientes sólo serán aquellas que expresamente señale la ley, y, como no hay sanciones expresas la exigencia jurídica resulta ineficaz. La fórmula de reparación que proponen quienes defienden esta posición, indica que la Corte declare la omisión legislativa relativa y en consecuencia ordene al Ejecutivo reglamentar el asunto.

Problema jurídico

3.- De conformidad con lo anterior, corresponde a la Corte Constitucional determinar:

(i) Si el aparte demandado del artículo 18 del Código de la Infancia y la Adolescencia excluye de los responsables de maltrato infantil a los agentes del Estado y con ello vulnera los deberes de protección reforzada de los(as) menores de dieciocho (18) años (arts 2 y 44 C.N) y la vinculación del Estado como directo responsable de las garantías de estos derechos según los tratados internacionales (arts. 24 PIDCP, 10° PIDESC y 3° CDN); así como la obligación especial de control de la responsabilidad de los servidores públicos frente a la omisión y extralimitación en el ejercicio de sus funciones (art 6° C.N).

(ii) Si los apartes acusados de los artículos 43 y 44 del Código de la Infancia y la Adolescencia, suponen que a las directivas y al personal administrativo de los planteles educativos no está dirigida la prohibición de maltrato, agresión, humillación o burla en el ambiente escolar, sino que sólo se dirige a los educandos y profesores; con lo cual se vulnerarían los deberes de protección reforzada de los(as) menores de dieciocho (18) años (arts 2 y 44 C.N) y las obligaciones del Estado de tomar las medidas necesarias para garantizar estos derechos según los tratados internacionales (arts. 24 PIDCP, 10° PIDESC y 3° CDN).

Y (iii) si la regulación de la responsabilidad de los medios de comunicación para con la garantía y respeto de los derechos de los(as) menores, establecida en el numeral 37 del artículo 41 y en el párrafo del artículo 47 del Código de la Infancia y la Adolescencia debió incluir la regulación de un procedimiento tendiente a sancionar a los medios cuando éstos incumplan los deberes allí contenidos. Esto es, si se configuró

por dicho concepto una omisión legislativa relativa.

4.- Para efectos metodológicos la Corte resolverá en un mismo acápite el primer y segundo cargos, y para ello hará referencia a los principios rectores y hermenéuticos del Código de la Infancia y la Adolescencia y a la necesidad de la implementación de la técnica de la interpretación sistemática para determinar los contenidos normativos de sus disposiciones. En un segundo acápite se reconstruirán los elementos que la jurisprudencia ha desarrollado para la configuración de la omisión legislativa relativa, se analizará el alcance de las responsabilidades de los medios de comunicación frente a las garantías de los(as) menores de dieciocho (18) años que el Código de la Infancia y la Adolescencia pretende proteger respecto del ejercicio de la libertad de expresión de los medios en cuestión y finalmente se determinará si el legislador omitió regular un procedimiento especial para la exigencia del cumplimiento y sanción del incumplimiento de dichas responsabilidades.

No obstante, antes de abordar el desarrollo de los puntos referidos, esta Sala Plena considera pertinente aclarar que la doctrina sobre derechos fundamentales de los niños y niñas, aboga en la actualidad por erradicar el uso de las expresiones “menor” y “menores de edad”, bajo el argumento de que dichas expresiones pueden confundirse con una categorización de inferioridad de los sujetos que designa. La Corte es consciente y ha resaltado la importancia del uso adecuado del lenguaje como elemento esencial del desarrollo no sólo conceptual, sino práctico y pedagógico de los derechos fundamentales², y por ello considera que una expresión acorde con esta idea es la de “menores de dieciocho (18) años”. Pues, a pesar de utilizar el vocablo “menor”, lo circunscribe a una utilización gramatical referida únicamente al umbral de edad [dieciocho (18) años] que el sistema jurídico colombiano ha establecido para distinguir los estados civiles de minoría³ y mayoría de edad; es decir, hace referencia a que una persona tiene menos años que dieciocho (18), y no a algún aspecto en el que se considera inferior. Por ello en esta sentencia utiliza la expresión “menores de dieciocho (18) años”.

Análisis del primer y segundo cargo.

Principios rectores del Código de la Infancia y la Adolescencia e interpretación sistemática de sus contenidos normativos.

5. En relación con el primer y segundo cargos, la Corte encuentra que están sustentados en lecturas aisladas e inadecuadas del contenido de las disposiciones acusadas. En primer término, de la lectura integral del artículo 18 del Código de Infancia y Adolescencia se puede concluir, de un lado, que el texto de su inciso segundo determina el maltrato infantil como toda conducta que tenga por resultado la afectación en cualquier sentido de la integridad física, psicológica o moral de los(as) menores de dieciocho (18) años por parte de cualquier persona. De ahí, que no se entienda por qué las actoras consideran que la norma del Código en mención, al establecer los responsables de conductas de maltrato infantil ha excluido agentes del Estado como posibles responsables. Y de otro, las demandantes hacen caso omiso del hecho de que el aparte normativo acusado utiliza la expresión en especial, para referirse a algunas

personas de las cuales los(as) menores de dieciocho (18) años deben ser protegidos, por lo cual no se pretende excluir a nadie. Sino que, bien podría afirmarse, a la luz de lo expresado por la mayoría de los intervinientes, que la disposición pretende dar cuenta de una realidad, cual es que aquellos nombrados expresamente por ella como perpetradores de las conductas de maltrato y abuso son quienes comúnmente incurrir en ellas. En atención a lo anterior el primer cargo no está llamado a prosperar, pues el contenido normativo que se le adjudica en la demanda obedece a una lectura aislada y no sistemática.

En segundo término, relativo al segundo cargo, la Sala encuentra que no se configura la alegada limitación a la responsabilidad de no incurrir en el ámbito escolar en maltrato, agresión, humillación discriminación o burla; en el sentido en que en dichas conductas sólo pueden incurrir los compañeros escolares y profesores, luego se excluye a las directivas y al personal administrativo. Pese a que los apartes acusados de los artículos 43 y 44 de la Ley 1098 de 2006, que disponen dicha protección (art. 43) y la obligación de tomar las medidas necesarias para ello (art. 44), se refieren a los compañeros escolares y a los profesores como posibles perpetradores de este tipo de conductas, ello no indica en modo alguno que la protección no se extienda a todos aquellos miembros de la comunidad académica que incurran en ellas.

Cabe señalar también, junto con lo expresado por el Ministerio Público, que el artículo 43 establece en su primer inciso que los titulares de la obligación fundamental de garantizar a niños y niñas el pleno respeto de su dignidad en el contexto escolar, son las instituciones educativas. Por lo cual, no se puede afirmar que la norma releva a las directivas y personal administrativo del deber específico de evitar las agresiones, humillaciones o burlas en el ámbito escolar. Y respecto del artículo 44 resulta pertinente considerar, que el texto de su inciso primero dispone en cabeza de los directivos, docentes y de la comunidad académica en general el deber de implementar mecanismos para evitar las agresiones, humillaciones o burlas en el ámbito escolar, ante lo que no se puede concluir tampoco que los únicos comprometidos con ello son los alumnos y profesores. Por el contrario, la consecuencia lógica es que dichas prohibiciones se dirigen también a las directivas y el personal administrativo de las instituciones escolares.

Como refuerzo de lo anterior, vale destacar que el artículo 45 del mismo Código de Infancia y Adolescencia establece la prohibición genérica de sanciones crueles, humillantes y degradantes en el contexto escolar en cabeza de directores y educadores, es decir vincula expresamente al personal directivo. Por su lado, el artículo 6° de la Ley 115 de 1994 establece que la comunidad educativa está conformada por estudiantes o educandos, educadores, padres de familia o acudientes de los estudiantes, egresados, directivos, docentes y administradores escolares”, por lo que la obligaciones para con los(as) menores de dieciocho (18) años en el contexto escolar deben entenderse en cabeza de quienes conforman la comunidad educativa. Para la Sala es claro que los contenidos normativos referidos deben contribuir al entendimiento y alcance real de las normas que establecen los mencionados deberes especiales en el ámbito escolar.

6.- De conformidad con lo anterior los apartes demandados de los artículos 18, 43 y 44

no vulneran la obligación de las autoridades de la República de proteger los intereses de todas las personas (art. 2 C.N), ni los deberes especiales de los servidores públicos en la aplicación de las normas (art. 6 C.N), así como tampoco las obligaciones del Estado de protección de los(as) menores de dieciocho (18) años (art. 44 C.N). Y en consecuencia tampoco se trasgrede el principio de corresponsabilidad del Código de la Infancia y la Adolescencia (art. 10 L.1098/06) derivado de las normas constitucionales aludidas, según el cual a la garantía efectiva de los derechos de los(as) menores de dieciocho (18) años concurren la familia, la sociedad y el Estado. En igual sentido, tampoco se vulneran las normas internacionales, que vinculan a los Estados como obligados directos, de la protección de los niños(as) (art. 24 PIDCP), y de la implementación de las medidas necesarias para que dicha protección sea efectiva (arts. 10° PIDESC y 3° CDN).

7.- Si bien los argumentos expuestos hasta el momento son suficientes para declarar que el primer y segundo cargos analizados en la presente providencia no tienen la vocación de prosperar, por lo cual las disposiciones objeto de los mismos deberán ser declaradas exequibles, no sobra recalcar la obligación constitucional de interpretar las normas relativas a los(as) menores de dieciocho (18) años a partir del principio constitucional de “interés superior del(a) menor”.

Este principio surge del contenido normativo del artículo 44 de la Constitución, según el cual los niños(as) deben ser protegidos de toda forma de abandono, violencia, abuso y explotación; así como de las obligaciones contenidas en los Tratados Internacionales, dirigidas a los Estados para que procuren una protección especial y reforzada de los derechos de los(as) menores de dieciocho (18) años. Conviene señalar también, que el interés superior del menor tiene un alcance distinto a la norma constitucional que dispone que los derechos de los(as) menores de dieciocho (18) años prevalecen sobre los derechos de los demás⁴. En efecto, el principio del interés superior del menor se refiere a que todas las personas deben tomar aquellas medidas o aplicar aquellas normas, que produzcan mayor beneficio y garantía más efectiva a los derechos de niños y niñas. Mientras que, la prevalencia de sus derechos se constituye como una regla general según la cual en caso de choque entre los derechos de un(a) menor y los derechos de otra persona que no lo es, se debe preferir prima facie la garantía del derecho del primero.

De este modo, es razonable concluir que el interés superior del menor es un principio rector en cuanto al trato normativo de los(as) niños y niñas, dirigido tanto a quienes crean y aplican las normas jurídicas, como a quienes implementan políticas o se relacionan con ellos en desarrollo de su rol social. Y a su turno el principio de prevalencia de los derechos de los menores de dieciocho (18) años sobre los derechos de los demás, se configura como una manifestación de este principio en el contexto de los fenómenos de creación y aplicación del derecho. En este orden, el principio de interés superior del menor obliga, entre otros, a determinar el alcance de los contenidos normativos cuyo sentido es la protección de niños y niñas, de conformidad con la opción hermenéutica más favorable. Lo que, justamente, no se hizo por parte de la actoras en los dos primeros cargos.

Ha sostenido la Corte Constitucional sobre el interés superior del(a) menor, recientemente

en sentencia C-256 de 2008 lo siguiente:

“de manera acorde con los convenios internacionales ratificados por Colombia, el constituyente de 1991, consagró expresamente un conjunto de garantías que buscan proteger de manera especial a los menores, que de manera general se condensan en los derechos fundamentales consagrados en el artículo 44 superior, ‘a la vida, la integridad física, la salud, la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, a tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión’.

Dentro de estas obligaciones, (...) sobresale la de proteger a los menores contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos’, además la obligación que tienen la familia, la sociedad y el Estado de asistir y proteger al menor para ‘garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos’, los cuales prevalecen sobre los derechos de los demás (...)

De este modo se ha señalado insistentemente, de conformidad con los postulados que informan el Estado Social de Derecho, que todas las actuaciones de los particulares y funcionarios públicos donde se encuentren involucrados niños y niñas, deben estar siempre orientadas por el principio del interés superior del(a) menor de dieciocho (18) años⁵. En el igual sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva OC-17/2002 del 28 de Agosto de 2002, señaló al respecto:

“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del menor”.

Por ello la Corte ha sostenido que “todos y cada uno de los derechos consagrados en favor de los niños revisten una connotación superior, por lo que tal y como lo estableció la Constitución Política en su artículo 44, la familia, la sociedad y el Estado deben concurrir en la asistencia y protección del niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos, pudiendo cualquier persona exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.”⁶

En este orden, sobre el concepto de interés superior del menor, la Corte ha precisado lo siguiente:

Como se ve, la técnica de la interpretación sistemática no sólo constituye una necesidad y una habilidad hermenéutica por parte de los operadores jurídicos, en el contexto del fenómeno de la aplicación de las normas, sino una obligación en el caso del conjunto de proposiciones jurídicas que conforman el sistema de protección de los menores. En estos casos, la interpretación sistemática tiene el alcance de integrar el ordenamiento de tal manera que las normas tengan el mayor alcance posible en cuanto a la protección jurídica que consagran. Por ello, la lectura que las demandantes realizaron de las normas acusadas con base en el primer y segundo cargo, conducen a una interpretación que no es posible a la luz de las disposiciones constitucionales citadas y del

principio de interés superior del(a) menor de dieciocho (18) años. Por ello, se reitera, serán declaradas exequibles.

Análisis del tercer cargo.

Requisitos jurisprudenciales de las omisiones legislativas relativas; y omisiones legislativas absolutas.

8.- Ha sostenido la Corte, que la omisión legislativa relativa tiene lugar cuando el legislador regula una materia, pero no lo hace de manera integral, como quiera que “no cobija a todos los destinatarios que deberían quedar incluidos en la regulación o porque deja de regular algún supuesto que, en atención a los contenidos superiores del ordenamiento, tendría que formar parte de la disciplina legal de la materia”.⁸ Adicionalmente, para su configuración se requiere que el legislador haya incumplido un deber expresamente impuesto por el Constituyente, pues como lo ha señalado esta Corporación, sin deber no puede haber omisión⁹. Se trata, entonces, de una regulación que deja por fuera “otros supuestos análogos”¹⁰ que debieron haber sido incluidos, a fin de que la misma armonizara con el texto superior; o que dicha condición jurídica, aún habiendo sido incluida, resulta insuficiente o incompleta frente a situaciones que también han debido integrarse a sus presupuestos fácticos.

De manera genérica la jurisprudencia ha previsto que la omisión legislativa relativa supone dos condiciones, a saber: “i) El juicio de inexecutable requiere la concurrencia de una norma frente a la cual se predique la omisión; y (ii) la misma debe excluir un ingrediente, condición normativa o consecuencia jurídica que a partir de un análisis inicial o de una visión global de su contenido, permita concluir que su consagración normativa resulta esencial e indispensable para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta Fundamental¹¹.”¹²

También, se han sistematizado los requisitos de índole normativa que deben concurrir para que se declare la inconstitucionalidad de un precepto en razón de la omisión legislativa relativa. En sentencia C-185 de 2002 se señaló al respecto:

“Para efectos de proceder al examen de constitucionalidad de una disposición jurídica, por haber incurrido el Congreso en omisión legislativa relativa, la Corte ha considerado necesario el cumplimiento de ciertas condiciones, a saber: (i) que exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo; (ii) que la misma excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tenían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta; (iii) que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente; (iv) que la falta de justificación y objetividad genere para los casos excluidos de la regulación legal una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma; y (v) que la omisión sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador. La doctrina de esta Corporación ha definido que sólo es posible entrar a evaluar la ocurrencia de una omisión legislativa relativa, cuando el actor ha dirigido la acusación contra la norma de cuyo texto surge o emerge la omisión alegada.

En este sentido, la posibilidad de que el juez constitucional pueda emitir pronunciamiento de fondo, queda supeditada al hecho de que la omisión sea predicable directamente del dispositivo impugnado, y en ningún caso de otro u otros que no hayan sido vinculados al proceso.”

9.- Por regla general, cuando se trata de una omisión legislativa relativa, el remedio para la inconstitucionalidad advertida no es la declaratoria de inexecutable de la disposición que dejó por fuera de sus efectos jurídicos el elemento que se echa de menos, sino neutralizar dicho efecto contrario a la Constitución mediante la incorporación de un significado ajustado a los mandatos constitucionales. Así, “como en la omisión legislativa relativa hay un acto positivo del legislador que regula una materia específica, la Corte procede a integrar el vacío a partir de la Constitución.”¹³

En concordancia con lo anterior, esta Corporación señaló, en sentencia C-831 de 2003, que en los eventos de omisiones legislativas consistentes en que el legislador no regula determinados supuestos de hecho, y dicha pretermisión involucra la afectación de normas de la Carta Política, es admisible la interposición de la acción pública, a efecto de que se declare la existencia de la omisión relativa y, en consecuencia, se emita una sentencia de executable condicionada que incorpore el supuesto de hecho excluido.

Con todo, se debe tener en cuenta también que la acción pública de inconstitucionalidad debe plantear de manera clara una vulneración de la Constitución; por ello, la omisión debe presentar dos condiciones en el escrito de la demanda. La primera, una argumentación que permita concluir que de la omisión se deriva directamente la vulneración de normas constitucionales, por parte de las disposiciones que se acusan; y la segunda, que el vacío derivado de ello puede ser llenado por la Corte Constitucional. Esto excluye la posibilidad de que por vía de acción pública de inconstitucionalidad, se demanden normas que no vulneran la Constitución, sino que a juicio del demandante ésta debió incluir regulaciones adicionales. Así como también, no se admite que por esta vía se proponga a la Corte regular situaciones no consideradas por el legislador.¹⁴

10.- De otro lado, la Corte ha declarado también, que no tiene competencia para conocer acerca de demandas dirigidas en contra de omisiones legislativas absolutas. Para ello se ha sustentado en considerar que “(i) no es metodológicamente posible el examen de constitucionalidad en estos casos por la carencia de norma susceptible de control¹⁵, (ii) es indispensable que la demanda de inconstitucionalidad recaiga sobre un texto real y no simplemente deducido por el actor o implícito, (iii) la declaración de inexecutable total o parcial de una disposición legislativa requiere previamente definir si existe una oposición definitiva y verificable entre lo que dispone el precepto acusado y lo que manda la Constitución¹⁶. Finalmente, la ausencia de regulación de una determinada materia no necesariamente puede ser objeto de reproche constitucional, ya que los silencios del Legislador en determinados casos son expresiones de su voluntad.”¹⁷

11.- Sobre lo anterior conviene señalar, que en la omisión legislativa absoluta el

fenómeno de la inactividad del legislador tiene consecuencias distintas a las de la omisión legislativa relativa, y es ello en últimas lo que configura la distinción que se presenta en la práctica entre los dos tipos de omisiones referidas. Si bien la jurisprudencia de la Corte ha hecho referencia a que se debe verificar que la inactividad del legislador se represente en una disposición jurídica concreta, para contemplar la posibilidad de declarar la existencia de una omisión legislativa relativa, y así dictar una sentencia de exequibilidad condicionada; no es menos cierto que la ausencia total de una regulación (omisión legislativa absoluta) puede atribuirse a disposiciones jurídicas concretas también, por ejemplo un Código o una ley estatutaria pueden carecer de la referencia normativa a un elemento esencial relativo al tema que pretenden regular. De este modo, lo que haría que esta última hipótesis se tratara como una omisión relativa o como una absoluta, no sería propiamente la posibilidad o imposibilidad de señalar la(s) proposición(es) jurídica(s) en la(s) cual(es) debió incluirse la regulación ausente, sino la alternativa cierta de que mediante una sentencia de exequibilidad condicionada se pueda llenar el vacío normativo.

Bajo esta idea, tal como se ha sostenido en las líneas jurisprudenciales citadas, la competencia de la Corte Constitucional para integrar elementos o condiciones que el legislador ha omitido incluir al regular algún tema específico, surge del hecho consistente en que la aplicación directa de las normas constitucionales impide expresamente al legislador excluir aquello que constituye la omisión. Pero, adviértase igualmente, que la competencia para regular los temas en cuestión, es del legislador y no del Tribunal Constitucional. Luego, si lo que configura la omisión es la ausencia total de regulación de un tema específico, no puede afirmarse que la Corte Constitucional conserva la competencia para llenar la laguna jurídica, incluso si la omisión puede señalarse de una proposición o cuerpo normativo concreto. Sobre este punto cabe señalar, que a diferencia del ordenamiento constitucional colombiano, en el derecho comparado se pueden encontrar casos como el venezolano, el portugués o el brasileño entre otros, en los que las normas constitucionales contemplan expresamente la facultad de sus jueces de control de constitucionalidad para establecer plazos perentorios al legislador para llenar los vacíos normativos, ante inconstitucionalidades surgidas del fenómeno de la omisión legislativa.¹⁸

12.- En este sentido, puede sostenerse que las omisiones que sugieran la vulneración de la Constitución, porque resulta claro el incumplimiento del deber constitucional de regular algún tópico por parte del legislador, deben incluir la consideración de si frente a ellas se mantiene la competencia de la Corte Constitucional para incluir lo que se ha omitido. Por ello, en una omisión la deficiencia en la regulación de un asunto puede conllevar distintos grados, y de este modo la competencia de la Corte para llenar el vacío surgido de la omisión dependerá de dicho grado. Si la deficiencia es mínima, el juez de control de constitucionalidad no sólo tiene la competencia, sino el deber de integrar aquello que el legislador obvió. Si la deficiencia no es mínima pero tampoco total (deficiencia media), se deberá sopesar la necesidad de llenar el vacío con la imposibilidad de la Corte de usurpar competencias establecidas por la Carta en cabeza del legislador. Esto es, que incluso ante una omisión legislativa relativa es posible que la Corte carezca de competencia para integrar el elemento ausente. Si la deficiencia es total la Corte deberá instar al legislador para que desarrolle la regulación pertinente.

En sentencia C-394 de 2007, por ejemplo, la Corte encontró que la regulación sobre los beneficios a las víctimas del delito de secuestro, a sus familiares y a personas dependientes económicamente de éstas, se había concebido adecuadamente por el legislador, salvo por el hecho de no haber incluido también a las víctimas de los delitos de toma de rehenes y desaparición forzada, a sus familiares y a personas dependientes económicamente de éstas. Por ello, declaró dicha regulación exequible e incluyó el elemento ausente. Como quiera que el tema relativo a los beneficios en mención se reguló sistemáticamente en la ley correspondiente, la omisión encontrada por la Corte puede ser considerada como una deficiencia de regulación mínima.

En el mismo sentido de la anterior, en sentencia C-075 de 2007 la Corte encontró ajustadas al orden constitucional disposiciones que se referían a la noción de unión marital de hecho como aquella conformada por un hombre y una mujer, siempre que se entendiera que la mencionada categoría debía incluir a las parejas conformadas por dos personas del mismo sexo. Esta Corporación consideró que la exclusión de este último supuesto no era acorde con los principios constitucionales, y lo incluyó mediante el condicionamiento; pero, ello no implicó la necesidad de regular nada adicional al respecto, pues esto está contenido en la legislación civil y de familia.

En la sentencia C-426 de 2006 se revisó una proposición jurídica derogatoria de otra que consagraba la autoridad competente para organizar y disponer el concurso para notarios públicos. Como quiera que la norma derogatoria no incluyó lo relativo a la autoridad en mención, se consideró que ésta había creado un vacío normativo constitucionalmente injustificado, luego incurría en omisión legislativa. La Corte consideró que dicho vacío podía remediarse mediante la declaratoria de inexecutable de la norma derogatoria y la reincorporación de la norma derogada, la cual sí hacía referencia a aquello que configuraba la omisión. En este caso se sopesó la necesidad de llenar el vacío y la competencia de la Corte en materia de control de constitucionalidad, y se decidió que si bien el juez constitucional no podía establecer cuál sería la autoridad para disponer lo relativo a los concursos de notarios, sí podía reincorporar la norma en la que el legislador lo había determinado. En este caso la deficiencia en la regulación no correspondía a un elemento mínimo, pero tampoco se trataba de su ausencia total, por ello la Corte podía declarar la existencia de una omisión legislativa relativa, como efecto lo hizo. Pero, si no hubiese encontrado una fórmula razonable de reparación no se hubiera podido dictar una sentencia condicionada. Este ejemplo representa una deficiencia media en una regulación del legislador, en la que fue posible encontrar una fórmula para remediar la omisión sin usurpar competencias vedadas a la Corte Constitucional. 19

Ahora bien, en relación con las omisiones absolutas, se puede hacer referencia a dos ejemplos, el primero de ellos constituye un caso extremo analizado en sentencia C-543 de 1996, en el cual se solicitó a la Corte que declarara la existencia de una omisión legislativa sustentada en que para el año 1996 el legislador no había regulado los artículos 87 y 88 constitucionales, que consagran las acciones de cumplimiento y las acciones populares, respectivamente. En la anterior hipótesis, por los pormenores del caso concreto no fue posible dirigir el cargo contra disposición jurídica alguna; pero lo que sí resultaba evidente era la imposibilidad de llenar el vacío normativo, por

medio de una sentencia en ejercicio del control de constitucionalidad, pues implicaba que la Corte expidiera la regulación.

Otro evento en el que se planteó a la Corte una omisión legislativa absoluta como causal de inexecutableidad, se presentó en el estudio adelantado en la sentencia C-542 de 2008. En aquella ocasión, se analizó la constitucionalidad del artículo del Código Sustantivo del Trabajo que dispone el sometimiento obligatorio a arbitramento de conflictos colectivos de trabajo que se presenten en los servicios públicos esenciales y que no hubieren podido resolverse mediante arreglo directo. El cargo de inexecutableidad sustentó la presunta configuración de una omisión legislativa, en la ausencia de una regulación que definiera con claridad el concepto de servicios públicos esenciales y el listado de cuáles son estos servicios. La Corte consideró que ello configuraba una omisión legislativa absoluta y por ello desestimó el cargo. En este caso también se evidencia que la imposibilidad de la Corte para decidir de fondo sobre la omisión referida, radica en que ello implicaría que esta Corporación definiera cuáles son los servicios públicos esenciales; lo cual constituiría una extralimitación en sus competencias de control de constitucionalidad.

13.- Ahora bien, una vez repasadas las características generales de las omisiones legislativas, la Corte proseguirá su análisis con el propósito de establecer si hay fundamentos constitucionales suficientes para afirmar que en la regulación de la responsabilidad de los medios de comunicación frente a los derechos e intereses de los(as) menores de dieciocho (18) años en el nuevo Código de la Infancia y la Adolescencia, el legislador omitió regular un procedimiento sancionatorio que diera cuenta del incumplimiento de dichas responsabilidades.

Configuración de una omisión legislativa en la regulación de la responsabilidad de los medios de comunicación frente a la garantía eficaz de los derechos e intereses superiores de niños y niñas.

Responsabilidades de los medios de comunicación frente a menores de dieciocho (18) años y ejercicio de la libertad de expresión.

14.- La jurisprudencia constitucional ha establecido que existe una presunción de constitucionalidad a favor de la libertad de expresión, y ello es consecuencia del lugar privilegiado que ocupa este derecho dentro del ordenamiento constitucional colombiano. Lo anterior conlleva en la práctica a que toda manifestación de dicha libertad se entienda incluida en el supuesto del artículo 20 de la Constitución, y por ende garantizada en su ejercicio. También, la Corte ha reconocido una presunción de primacía de la libertad de expresión frente a otros derechos, valores y principios constitucionales en casos de conflicto. E igualmente, en desarrollo de la actividad del control de constitucionalidad se ha sostenido que existe una sospecha de inexecutableidad de las limitaciones sobre este derecho.

Tal como ocurre con los demás derechos constitucionales, la libertad de expresión no es un derecho absoluto, en ninguna de sus manifestaciones específicas (libertad de expresión, libertad de información o libertad de prensa); "por ello puede eventualmente estar sujeta a limitaciones, adoptadas legalmente para preservar otros derechos,

valores e intereses constitucionalmente protegidos con los cuales puede llegar a entrar en conflicto".²⁰ Así, según los artículos 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que orientan la interpretación del artículo 20 de la Constitución las limitaciones a las libertades de expresión, información y prensa, para ser acordes con los principios constitucionales, deben cumplir los siguientes requisitos básicos: "(1) estar previstas de manera precisa y taxativa por la ley, (2) perseguir el logro de ciertas finalidades imperiosas, (3) ser necesarias para el logro de dichas finalidades, (4) ser posteriores y no previas a la expresión, (5) no constituir censura en ninguna de sus formas, lo cual incluye el requisito de guardar neutralidad frente al contenido de la expresión que se limita, y (6) no incidir de manera excesiva en el ejercicio de este derecho fundamental."²¹

Sobre el primer requisito conviene señalar que en virtud del principio de legalidad, las limitaciones sobre la libertad de expresión deben ser establecidas en la ley, de manera clara, expresa, taxativa, previa y precisa, por lo cual las autoridades que establecen dichas limitaciones por fuera de la autorización legal, o sin ella, violan la libertad constitucionalmente protegida. Esta exigencia se ha desarrollado en el ordenamiento constitucional colombiano a partir de la técnica de la reserva de ley especial en materia de configuración, alcance y definición de los derechos fundamentales²², que para el caso del derecho fundamental a la libertad de expresión, se entiende como la reserva de ley estatutaria para la regulación de cualquiera de los aspectos señalados. Sobre el segundo requisito cabe indicar que persigue la materialización de principios constitucionales que según los mismos tratados internacionales se refieren entre otros, a la protección de la seguridad y el orden público, la protección de la salud pública y la protección de la moral pública, aunque frente a éstos se mantiene la exigencia de concreción y especificidad por parte de una ley²³. En relación con el tercer requisito se debe reiterar que toda limitación de la libertad de expresión en cualquiera de sus manifestaciones debe ser sometida por el juez constitucional a un test de proporcionalidad²⁴.

El cuarto requisito, de cuya consideración se desprende el cumplimiento del quinto y sexto requisitos, se refiere a que las limitaciones deben ser posteriores (y no previas), y no pueden constituir censura. El contenido del artículo 13-2 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), dispone de manera expresa que el ejercicio del derecho a la libertad de expresión "no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores". Esto, con una única excepción referida a la posibilidad de establecer normas legales que regulen el acceso de menores de dieciocho (18) años a espectáculos públicos "con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia" (num. 4 art. 13-2 de la CADH).

15.- Ahora bien, algunos intervinientes plantearon que la ausencia de un procedimiento sancionatorio para los medios de comunicación, en los términos analizados a lo largo de esta providencia, no podía constituir una omisión legislativa, pues el establecimiento mismo de las responsabilidades implicaba una intervención en el desarrollo pleno de su derecho (de los medios de comunicación) a la libre expresión. Por lo cual, la única forma de hacer coherente con el orden constitucional dicho régimen de responsabilidades era

implementarlo mediante la autorregulación de los medios. Frente a esto, resulta pertinente consignar algunas aclaraciones.

Como primera medida, los eventos en los que los medios de comunicación resultan responsables por el incumplimiento de sus deberes frente a los(as) menores de dieciocho (18) años, constituyen medidas para conciliar armónicamente el derecho a la libertad de expresión y los derechos e intereses superiores de niños y niñas. Por ello, es posible afirmar la existencia de un procedimiento sancionatorio que dé cuenta del incumplimiento de las responsabilidades que el Código de Infancia y Adolescencia adjudica a los medios de comunicación, sin perjuicio de los controles en el contexto de la autorregulación.

En segundo término, las regulaciones contenidas en el artículo 47 del nuevo Código de Infancia y Adolescencia en general, y en particular las de los numerales 5, 6, 7 y 8 parecen atender los criterios constitucionales desarrollados alrededor de la posibilidad de regular cuestiones relativas al derecho fundamental a la libertad de expresión. Estas disposiciones establecen abstenciones a las cuales deben sujetarse los medios de comunicación con el fin de garantizar los intereses de niños y niñas²⁵

Esta Corporación explicó, entre otras, en la sentencia C-1175 de 2004, que el objetivo por el cual se pueden autorizar restricciones a la difusión y al acceso a todo tipo de información o manifestación pública, incluidas las artísticas y culturales, es la protección de los niños, niñas y los adolescentes. Esta protección se refiere, por demás, a la garantía que el Estado debe brindar a todas las personas, consistente en posibilitar en la mayor medida posible su adecuada participación en un orden social y moral plural, tolerante y respetuoso (preámbulo y arts. 1, 13, 18 y 19 C.N). De igual manera, esta Corte ha entendido que esta protección incrementa dicha posibilidad, porque una adecuada participación en el orden social tiene como presupuesto sujetos suficientemente informados y responsables que plasmen tanto el respeto y la tolerancia por las decisiones y visiones de otros de cómo debería ser el orden y la moral social. Igualmente, dicha protección posibilita también que los sujetos decidan y formen una visión propia de integración y participación responsable, respetuosa y tolerante en dicho orden. Asimismo, esta adecuación tiene como fundamento la consideración según la cual los niños, las niñas y los(as) adolescentes surten un proceso de formación en el entretanto de su condición de tales, momento durante el cual el Estado les garantiza un orden social y moral que no determine algún sentido de participación posterior en la sociedad, diferente a la tolerancia y a la procura del mayor respeto posible por la pluralidad. Con lo anterior se pone de presente que la restricción del acceso a manifestaciones surgidas del ejercicio de la libertad de expresión, primero, se da en pro de su protección, pues a ello subyace el objetivo de garantizarles un orden social y moral que les permita una integración y participación, presente y futura en dicho orden, adecuada a los principios de pluralidad, tolerancia y respeto que rigen el Estado colombiano como Estado Social de Derecho (arts. 1 y 18 C.N). Y segundo, configura una limitación justificada a su derecho de libertad, más no una restricción a la libertad de expresión de otros.

En este orden, se puede afirmar por último que los numerales 5, 6, 7 y 8 del artículo 47 del

nuevo Código de Infancia y Adolescencia no constituyen censura, pues justamente en su párrafo se establece una responsabilidad posterior por la violación de dichas abstenciones²⁶

, por lo que se cumple con el principio según el cual la libertad de expresión “no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores”.

16.- En conclusión, cabe señalar que los deberes de los medios para con los derechos e intereses de los niños y niñas, así como el principio constitucional de interés superior del menor, sustentan la vigencia de contenidos normativos como los contemplados en los numerales 5, 6, 7 y 8 del artículo 47 del nuevo Código de Infancia y Adolescencia. También, resulta constitucionalmente admisible que el régimen de responsabilidades en cabeza de los medios de comunicación, establecido en el Código de Infancia y Adolescencia, se implemente mediante un procedimiento sancionatorio, sin perjuicio de que se exija también la instauración de mecanismos efectivos de autorregulación.

Configuración de la omisión legislativa e imposibilidad de llenar el vacío mediante una sentencia de control de constitucionalidad.

17.- Con base en lo expuesto, la Corte Constitucional encuentra que (i) el establecimiento normativo de un régimen de responsabilidades de los medios de comunicación respecto de los(as) menores de dieciocho (18) años, omitió incluir un elemento esencial para armonizar con los deberes del Estado de procurar que las medidas a favor de niños y niñas sean eficaces. Sin embargo, (ii) si bien se puede identificar el deber constitucional del legislador de tomar medidas que hagan efectiva la protección a menores de dieciocho (18) años, en el presente caso no existe una obligación clara de que ello debió incluirse en los artículos demandados por omisión (num. 37 art. 41 y par. art. 47 Código de la Infancia y la Adolescencia); así como también (iii) la Corte Constitucional carece de competencia para llenar el vacío derivado de la omisión en cuestión, pues se trata de una deficiencia en la regulación que sugiere la consideración de si su reparación corresponde a la Corte Constitucional o a otras autoridades (deficiencia media). A continuación la Sala hará referencia a cada uno de los puntos anteriores.

18.- Sobre el primer punto se tiene, tal como se dijo, que el diseño de las responsabilidades en las que podrían incurrir los medios de comunicación por no atenerse a los deberes de abstención de los numerales 5, 6, 7 y 8 del artículo 47 del nuevo Código de Infancia y Adolescencia, es acorde con la prevalencia constitucional del derecho a la libertad de expresión, entre otras razones porque no sugiere una forma de censura previa, sino que establece una modalidad de responsabilidades ulteriores. Esta característica (responsabilidad posterior), no sólo define la posibilidad constitucional de limitar el derecho a la libertad de expresión, sino también presta garantía para ejercer control sobre los medios, sin implantar algún tipo de censura. Por ello, de esta modalidad de responsabilidades se debe seguir de manera lógica, el señalamiento expreso de los mecanismos y consecuencias jurídicas que representen la forma de establecer las mencionadas consecuencias ulteriores al ejercicio del derecho de libertad de expresión

de los medios; y, es ello, lo que justamente de se echa de menos.

Ahora bien, en el ámbito de la regulación de las telecomunicaciones se han desarrollado competencias importantes en cabeza del Ministerio de Comunicaciones, tales como la contemplada en el numeral 11 del artículo 52 del Decreto-Ley 1900 de 1990, según el cual son infracciones al ordenamiento de las telecomunicaciones, entre otros, cualquier incumplimiento a las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia de telecomunicaciones²⁷, para lo cual establece las respectivas sanciones en el artículo 53. Sobre esto encuentra la Sala, que resultan de suma importancia medidas como las descritas para el ejercicio del control de las actividades y servicios de las telecomunicaciones, aunque no satisfacen la necesidad de eficacia práctica del cumplimiento de lo establecido en el artículo 47 del Código de Infancia y Adolescencia, por cuanto se circunscriben a sanciones por incumplimiento de las regulaciones sobre el uso de las telecomunicaciones, y no a la protección de niños y niñas²⁸.

Dicha protección, al tenor del Código en mención, se da de manera puntual y concreta mediante la declaración de responsabilidad de todos los medios de comunicación, y no únicamente los que hacen uso de las telecomunicaciones, por la realización de las conductas que describe su artículo 47. Por ello, el régimen sancionatorio que se echa de menos es aquel que de cuenta del sentido de las responsabilidades producto de la actividad de los medios en relación con los derechos y el interés superior de los(as) menores de dieciocho (18) años, y no aquel referido al ordenamiento de las telecomunicaciones. Igual sucede con otras disposiciones de carácter legal y reglamentario, que otorgan competencias al mismo Ministerio de Comunicaciones y a entidades como la Comisión Nacional de Televisión, relativas a la vigilancia y control de algunos medios de comunicación, pero no dirigidas a la integridad de lo contenido en el citado artículo 47 del Código de Infancia y Adolescencia²⁹.

Como se afirmó más arriba, si bien lo anterior deja ver importantes herramientas para atender el cumplimiento del régimen de las telecomunicaciones, no resulta suficiente para dar cuenta de las responsabilidades de los medios de comunicación en el nuevo Código de la Infancia y la Adolescencia, pues ellas no se circunscriben a esto, ni a algunos medios de comunicación, sino al interés superior de los(as) menores de dieciocho (18) años, a propósito de la actividad de todos ellos. Por esto, la Corte considera que en efecto se configura por este concepto, una evidente inactividad del legislador, y así una omisión de su parte.

19.- En relación con el segundo punto, la Corte considera que la configuración de la omisión referida, no significa que las normas que consagran la modalidad de responsabilidades posteriores de los medios de comunicación (arts. 41-37 y 47 L.1098-09), debieron regular o hacer referencia a la forma en que la garantía del cumplimiento de dichas responsabilidades se haría eficaz en la práctica. Pues, ello bien pudo regularse en cualquier otra parte del Código; o, en consideración al carácter de la omisión, valga decir, la ausencia de un procedimiento sancionatorio para eventos en que los medios de comunicación incumplan los deberes de abstención señalados en el artículo 47 del Código de Infancia y Adolescencia, su establecimiento pudo consagrarse en un acápite especial del mencionado Código.

También, se puede aseverar que dicho procedimiento podría contemplarse en un cuerpo normativo distinto al nuevo Código, que utilice como referencia regulaciones específicas en relación con el control de los contenidos de las transmisiones, publicaciones y circulaciones de los medios de comunicación (tal como las citadas en el fundamento jurídico anterior), para dirigir las a la protección de niños y niñas. Y esto, podría ser lo más coherente, si lo que se quiere es especificar un sistema de sanciones minucioso de acuerdo a los derechos garantizados y al tipo de falta, en los términos del artículo 47 referido. Lo mismo se puede apreciar respecto de las reglas generales sobre creación y formación de la policía de infancia y adolescencia por ejemplo (arts. 89 a 97 Código de Infancia y Adolescencia), caso en cual su estructura e integración no está regulada en el Código referido, sino que se encuentra en otras disposiciones, las referidas a la integración y estructura de la Policía Nacional. En suma, si bien la regulación aludida por las demandantes está ausente, dicha ausencia no necesariamente puede pregonarse de los artículos 41-37 y 47 del Código de Infancia y Adolescencia, y ni siquiera del cuerpo normativo del Código en mención, sino del ordenamiento jurídico colombiano en general.

Esto indica que existen dudas sobre el cumplimiento del primer requisito para considerar la configuración de una omisión legislativa relativa, consistente en que existen disposiciones jurídicas a las cuales claramente se pueda dirigir el cargo; esto es, que hay disposiciones en cuyo contenido debió necesariamente incluirse lo omitido. Se puede señalar entonces, la presencia de razones tanto para afirmar que la omisión podría estar en las normas que refieren las responsabilidades de los medios o en el articulado mismo del nuevo Código de Infancia y Adolescencia, como para aseverar que la regulación ausente debió contenerse en cualquier otra normativa, ajena al nuevo Código, relacionada con los deberes de los medios de comunicación o con los derechos de los(as) menores de dieciocho (18) años. Por ello, la determinación de si resulta una omisión relativa o absoluta, dependerá del análisis de si el vacío generado por su causa puede o no ser llenado por la Corte Constitucional.

20.- Derivado de lo anterior y en relación con el tercer punto, es pertinente tener en cuenta, que la jurisprudencia constitucional ha sostenido que la reparación de las vulneraciones a los principios constitucionales originados en una omisión legislativa, no es la declaratoria de inexecutable de la norma que omite la regulación, sino la incorporación del ingrediente, elemento o condición, mediante la declaratoria de executable condicionada.

No obstante, en el presente caso se considera que no es posible adoptar una fórmula de executable condicionada cuyo fin sea incorporar el elemento carente de regulación. Pues, ello implicaría que la Corte abordara el diseño de un procedimiento, el establecimiento de la autoridad competente y un sistema de sanciones. Situación que bajo toda circunstancia excede las facultades de la Corte Constitucional en ejercicio del control de constitucionalidad, señaladas en el artículo 241 Superior. En efecto, los regímenes sancionatorios en Colombia deben respetar el principio de legalidad (art. 29 C.N), luego deben estar contenidos en normas legales; además de que su regulación, según la jurisprudencia de la Corte, debe describir en detalle los elementos propios de un sistema sancionatorio, valga reiterar, el procedimiento,

las sanciones y la autoridad competente.

En apoyo de lo anterior cabe añadir, que la “manifestación del ius puniendi del Estado está sometida a claros principios generalmente aceptados, y en la mayoría de los casos proclamados de manera explícita en los textos constitucionales. Así, a los principios de configuración del sistema sancionador como los de legalidad (toda sanción debe tener fundamento en la ley), tipicidad (exigencia de descripción específica y precisa por la norma creadora de las infracciones y de las sanciones, de las conductas que pueden ser sancionadas y del contenido material de las sanciones que puede imponerse por la comisión de cada conducta, así como la correlación entre unas y otras) y de prescripción (los particulares no pueden quedar sujetos de manera indefinida a la puesta en marcha de los instrumentos sancionatorios), se suman los propios de aplicación del sistema sancionador, como los de culpabilidad o responsabilidad según el caso - régimen disciplinario o régimen de sanciones administrativas no disciplinarias- (juicio personal de reprochabilidad dirigido al autor de un delito o falta³⁰), de proporcionalidad o el denominado *non bis in ídem*.”³¹ Por ello la especificidad y el grado de detalle son elementos esenciales de este tipo de regulaciones, razón por la cual resulta una labor propia de creación de derecho, que como se ha dicho compete al órgano que la Constitución creó para ello, y no a la Corte Constitucional como guardiana e intérprete autorizada de ella.

Otra alternativa para llenar el vacío surgido de la omisión detectada, consistiría en que se hiciera un condicionamiento cuyo sentido fuera determinar que los medios de comunicación son responsables por el incumplimiento de las abstenciones contenidas en los numerales 5, 6, 7 y 8 del artículo 47 del Código de Infancia y Adolescencia, en los términos de las normas que bajo el antiguo Código del Menor regulaban el tema, valga decir el artículo 305 del derogado Código (relativo al procedimiento y sanciones contra medios no escritos) y el Decreto 1673 de 1994 (relativo al procedimiento y sanciones contra medios escritos). No obstante, ello implicaría revivir una norma expresamente derogada sin razón suficiente para ello, pues recuérdese que la Corte ha aceptado excepcionalmente la reincorporación de normas derogadas, pero en eventos en que la norma derogatoria es declarada inexecutable³², situación que no es el caso. Y también, esta alternativa sugeriría la aplicación de un decreto reglamentario (Decreto 1673 de 1994) cuya fuerza ejecutoria se entiende extinguida, pues reglamentaba el incumplimiento de responsabilidades de los medios de comunicación, contenidas en disposiciones jurídicas (antiguo Código del Menor) que ya no están vigentes.

Por los argumentos anteriores, la Sala considera que en el caso bajo análisis se presenta una omisión absoluta, en razón a que, como se vio, el vacío surgido de ella no puede ser llenado por el juez de control de constitucionalidad; sino que corresponde al órgano encargado de la producción de normas jurídicas.

21.- En conclusión, (i) el presente es un caso en que no puede determinarse fehacientemente cuál es la proposición jurídica en la que debió incluirse la regulación ausente, sino que sólo se puede afirmar que dicha regulación debe formar parte del ordenamiento jurídico nacional; y (ii) frente a esta omisión del legislador no es posible adoptar mediante una sentencia de control de constitucionalidad, medida alguna para

llenar el vacío derivado. Frente a lo último es claro que las alternativas para ello exceden las competencias del juez de control de constitucionalidad, por lo cual la omisión encontrada por la Corte es absoluta y las normas demandadas por este cargo deberán ser declaradas exequibles.

Con todo la Corte Constitucional encuentra que existen razones constitucionales con entidad suficiente para exhortar al Congreso de la República para que expida en el menor tiempo posible una regulación integral que consagre la forma en que se determina la responsabilidad de los medios de comunicación por el incumplimiento de los deberes de los numerales 5, 6, 7 y 8 del artículo 47 del Código de Infancia y Adolescencia del artículo 47, y las sanciones que ello acarrea. A continuación se hará referencia a las razones constitucionales que sustentan el mencionado exhorto.

Exhorto al Congreso de la República

22.- Las obligaciones constitucionales en cabeza de las autoridades en general, y dentro de ellas el Congreso de la República, a favor de la garantía y protección efectiva de los derechos e intereses de los(as) menores de dieciocho (18) años, son claras y expresas (art 44 C.N). Además, la jurisprudencia de esta Corte ha destacado la necesidad de que dicha protección sea eficaz, por ello el mismo legislador ha vinculado a todos los miembros de la sociedad en la tarea de garantizar estos derechos (art. 11 L.1098/06), y ha definido un principio de corresponsabilidad para ello (art. 10 L.1098/06), según el cual nadie puede eximirse del cuidado de los niños y niñas y de la promoción y guarda de sus derechos. Estas obligaciones están también contenidas en tratados internacionales sobre derechos humanos, y su contenido obliga a los Estados a velar por la protección eficaz de los derechos e intereses de los(as) menores de dieciocho (18) años (arts. 24 PIDCP, 10° PIDESC y 3° CDN).

De conformidad con lo anterior, la ausencia de regulación del modo en el que se determinará y hará efectiva la responsabilidad de los medios de comunicación cuando éstos no cumplan con las abstenciones de los numerales 5, 6, 7 y 8 del artículo 47 del nuevo Código de Infancia y Adolescencia, implica el incumplimiento de las obligaciones constitucionales expresas derivadas de los artículos 44 y 45 de la Constitución en el sentido de aplicar preferentemente los derechos de los(as) menores de dieciocho (18) años y procurar su garantía eficaz. En igual medida, ello vulnera la obligación dispuesta en los artículos 24 del Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), 10° Pacto Interamericano de Derechos económicos Sociales y Culturales y 3° de Convención sobre Derechos del Niño (CDN), según la cual los Estados deben adoptar medidas necesarias e idóneas para implementar dicha protección.

23.- Por otro lado, los contenidos normativos de las normas de rango constitucional que se acaban de referir, no permiten pensar que el legislador haya excluido intencionalmente la regulación o la referencia a la forma de hacer efectiva la determinación de la responsabilidad de los medios. Por el contrario, como se ha expresado, el diseño por parte del Congreso de la República de dichas responsabilidades fue el adecuado, teniendo en cuenta que se referían a abstenciones en el contexto del ejercicio de la libertad de

expresión. Por ello, la consecuencia obvia es la instauración del mecanismo que lo hiciese posible en la práctica.

En este orden tampoco resulta satisfactorio el argumento de quienes defendieron la posición según la cual no se constituía por este concepto omisión legislativa alguna, consistente en que existen varias acciones mediante las cuales se puede determinar y hacer efectiva la responsabilidad de los medios de comunicación establecida en el nuevo Código de Infancia y Adolescencia. Dicha posición plantea que la reclamación por el desconocimiento de los derechos en discusión podía tramitarse por vías administrativas de carácter policivo, por acciones civiles de responsabilidad civil extracontractual, penales relativas a los delitos de injuria y calumnia cuyo sujeto pasivo fueran menores de dieciocho (18) años, y por acciones constitucionales (tutela, popular y grupo) en consideración a la prevalencia constitucional de los derechos e intereses de niños y niñas.

La Sala encuentra insuficiente el anterior argumento, pues hace referencia a la exigencia del cumplimiento de los deberes concretos de los numerales 5, 6, 7 y 8 del artículo 47 del Código de Infancia y Adolescencia, mediante la adecuación del hecho del incumplimiento a cada uno de los supuestos procedimentales propios de la naturaleza de cada una de las acciones referidas. De este modo, se refuerza la conclusión de la ausencia de una regulación idónea, diseñada para el caso específico de los deberes de abstención del artículo 47 citado. Si resulta necesario que el incumplimiento referido por parte de los medios de comunicación se adecue a las exigencias de una acción policiva, o a los supuestos de una demanda de responsabilidad civil extracontractual, o a los tipos penales de injuria y calumnia, entonces ello quiere decir que la eficacia de la determinación de las responsabilidades de los medios no depende exclusivamente del cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 47, sino además, de que ello se de bajo ciertas condiciones que sustenten la procedencia de las distintas acciones.

La referencia a las acciones citadas, antes que poner en duda la existencia de una omisión legislativa, demuestra que el legislador debe diseñar, y no lo ha hecho, un mecanismo cuyo fin específico sea determinar la responsabilidad de los medios de comunicación en relación con sus deberes para con los niños y las niñas. De ahí, que también se haga más profundo el cuestionamiento sobre la eficacia del Código de Infancia y Adolescencia para que los vinculados a la protección de los(as) menores de dieciocho (18) años cumplan efectivamente con sus deberes.

El mismo razonamiento cabe respecto de las competencias asignadas al Ministerio de Comunicaciones y a la Comisión Nacional de Televisión, pues como se explicó en el fundamento jurídico número 18 de esta sentencia, no corresponden a procedimientos sancionatorios cuya implementación se inicie ante el incumplimiento de lo contenido en el artículo 47 del Código de Infancia y Adolescencia; sino que se aplican en el contexto del ordenamiento de las telecomunicaciones, con lo cual también se excluye a los medios de comunicación que no hagan uso de dicho servicio.

No obstante lo anterior, se debe tener en cuenta que las acciones constitucionales, como por ejemplo la tutela, podrían procurar la protección de los derechos de niños y niñas

frente a los medios de comunicación, aunque se insiste, se hace necesaria la creación de un procedimiento idóneo en cabeza de autoridades especializadas para que los deberes de los medios para con ellos(as) sean eficazmente garantizados.

Así pues, resulta inexcusable para el legislador desarrollar la regulación que configura la omisión, y suficientes las razones constitucionales para justificar el exhorto referido.

24.- En este orden, resultan justificadas también todas aquéllas medidas que la Corte Constitucional, en el marco de sus competencias, pueda tomar para hacer efectivo el exhorto. De entrada, se debe considerar que la Constitución ha otorgado a los pronunciamientos de la Corte Constitucional en ejercicio del control de constitucionalidad de las leyes, fuerza vinculante erga omnes y ha establecido expresamente la prohibición de desatender estos fallos (art. 243 C.N). Y, de otro lado, en virtud de la eficacia real de las sentencias en cuestión, pese a que el exhorto funge como un llamado al Congreso de la República para que legisle y no como una imposición, se debe tener en cuenta que el asunto constitutivo de la omisión se refiere a un aspecto de marcada importancia en relación con la protección eficaz de sujetos de especial protección constitucional (niños y niñas); luego, las medidas que considera la Corte Constitucional pertinentes, son aquellas tendientes a lograr que el legislador efectivamente produzca la regulación omitida.

Por lo anterior, la Corte Constitucional remitirá la presente providencia, al Consejo de Estado, para que por intermedio de la su Sala de Consulta y Servicio Civil, si lo considera pertinente, prepare y entregue en el menor tiempo posible un proyecto de ley al Congreso de la República, relativo a la forma en que se determina la responsabilidad de los medios de comunicación por el incumplimiento de las abstenciones contenidas en los numerales 5, 6, 7 y 8 del artículo 47 del Código de Infancia y Adolescencia, las sanciones que esto acarrea y las autoridades competentes para ello.

Lo anterior encuentra sustento, tanto en el deber constitucional de colaboración armónica entre los diferentes órganos del Estado (art 113 C.N), en especial de aquéllos que conforman la rama judicial (art. 116 C.N); como también, en las funciones propias del Consejo de Estado como supremo órgano consultivo de Gobierno (art 237-3 C.N), habilitado para presentar proyectos de ley (art 237-4 C.N), particularmente su Sala de Consulta y Servicio Civil, cuyos miembros preparan los proyectos de ley que el Gobierno le encomiende (arts. 38-2 Ley Estatutaria de Justicia, 98-3 Código Contencioso Administrativo y 21-2 Reglamento Interno del Consejo de Estado Acuerdo 58 de 1999).

Por último la Sala considera pertinente advertir, que es deber especial del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar como rector del Sistema de Nacional de Bienestar Familiar y responsable de la articulación de las entidades responsables de la garantía de derechos de los(as) menores de dieciocho (18) años (art. 205 Código de la Infancia y la Adolescencia), realizar el seguimiento y acompañamiento necesario de la labor que en virtud de esta sentencia realizará tanto la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado como el Congreso de la República.

VI. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO.- Declarar EXEQUIBLES, por los cargos analizados en la presente sentencia, las expresiones “por parte de sus padres, de sus representantes legales, de las personas responsables de su cuidado y de los miembros de su grupo familiar, escolar y comunitario” contenidas en el artículo 18 de la Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia).

SEGUNDO.- Declarar EXEQUIBLES, por los cargos analizados en la presente sentencia, las expresiones “de parte de los demás compañeros y de los profesores” contenidas en el numeral 2 del artículo 43 de la Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia);

TERCERO.- Declarar EXEQUIBLES, por los cargos analizados en la presente sentencia, las expresiones “de parte de los demás compañeros o profesores” contenidas en el numeral 5 del artículo 44 de la Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia).

CUARTO.- Declarar EXEQUIBLES, por los cargos analizados en la presente sentencia, el numeral 37 del artículo 41 de la Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia), y el párrafo del artículo 47 de la misma Ley.

QUINTO.- EXHORTAR al Congreso de la República para que regule en el menor tiempo posible y de manera integral, la forma en que se determina la responsabilidad de los medios de comunicación por el incumplimiento de las abstenciones contenidas en los numerales 5, 6, 7 y 8 del artículo 47 del Código de Infancia y Adolescencia, y las sanciones que ello acarrea.

SEXTO.- REMITIR al Consejo de Estado la presente providencia, para que proceda en los términos del fundamento jurídico número 24 de esta sentencia.

SÉPTIMO.- REMITIR al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar la presente providencia, para que proceda en los términos del fundamento jurídico número 24 de esta sentencia.

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

NILSON ELIAS PINILLA PINILLA

Presidente

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

JUAN CARLOS HENAO PEREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 El Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

2 Cr. Sentencia C-804 de 2006, en la que se declara la inexecutableidad entre otros, del uso de la palabra "hombre", para referirse tanto a hombres como a mujeres.

3 Cr. Sentencia C-534 de 2004, en la que se explica el estado civil de la minoría de edad. Fundamento jurídico número 10.

4 Artículo 44, último inciso. Constitución Nacional.

5 En sentencia T-408 de 1995, se señaló al respecto lo siguiente: "El denominado "interés superior" es un concepto de suma importancia que transformó sustancialmente el enfoque tradicional que informaba el tratamiento de los menores de dieciocho (18) años de edad. En el pasado, el menor era considerado "menos que los demás" y, por consiguiente, su intervención y participación, en la vida jurídica (salvo algunos actos en que podía intervenir mediante representante) y, en la gran mayoría de situaciones que lo afectaban, prácticamente era inexistente o muy reducida. "Con la consolidación de la investigación científica, en disciplinas tales como la medicina, la

psicología, la sociología, etc., se hicieron patentes los rasgos y características propias del desarrollo de los niños, hasta establecer su carácter singular como personas, y la especial relevancia que a su status debía otorgar la familia, la sociedad y el Estado. Esta nueva visión del menor se justificó tanto desde una perspectiva humanista - que propende la mayor protección de quien se encuentra en especiales condiciones de indefensión -, como desde la ética que sostiene que sólo una adecuada protección del menor garantiza la formación de un adulto sano, libre y autónomo. La respuesta del derecho a estos planteamientos consistió en reconocerle al menor una caracterización jurídica específica fundada en sus intereses prevalentes. “La más especializada doctrina coincide en señalar que el interés superior del menor, se caracteriza por ser: (1) real, en cuanto se relaciona con las particulares necesidades del menor y con sus especiales aptitudes físicas y psicológicas; (2) independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres, en tanto se trata de intereses jurídicamente autónomos; (3) un concepto relacional, pues la garantía de su protección se predica frente a la existencia de intereses en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de los derechos del menor; (4) la garantía de un interés jurídico supremo consistente en el desarrollo integral y sano de la personalidad del menor.”

6 Sentencia T-1051 de 2003.

7 T-503 de 2003.

8 Cfr. Sentencia C-891A de 2006, fundamento jurídico No. 3.1.

9 Cfr. Sentencia C-543 de 1996, fundamento jurídico No. 1.

10 *Ibíd.*

11 Véase, sentencias C-543 de 1996, C-427 de 2000, C-1549 de 2000, C-185 de 2002, C-311 de 2003 y C-875 de 2005.

12 Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-644/06.

13 Cfr. Sentencia C-1064 de 2001.

14 Ver entre otras, la sentencia C-543 de 1996

15 En la sentencia C-543 de 1996 sostuvo este Tribunal: “Lo que se pretende mediante la acción de inconstitucionalidad es evaluar si el legislador al actuar ha vulnerado o no los distintos cánones que conforman la Constitución. Por esta razón hay que excluir de esta forma de control el que se dirige a evaluar las omisiones legislativas absolutas: si no hay actuación no hay acto que comparar con las normas superiores; si no hay actuación, no hay acto que pueda ser sujeto de control. La Corte carece de competencia para conocer de demandas de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta”.

16 Sentencia C-504 de 1995. En el mismo sentido sostuvo en la sentencia C-146 de 1998: “(...) son inconstitucionales por omisión aquellas normas legales que por no comprender

todo el universo de las hipótesis de hecho idénticas a la regulada, resultan ser contrarias al principio de igualdad. Pero la omisión legislativa pura o total, no es objeto del debate en el proceso de inexecutableidad, puesto que este consiste, esencialmente, en un juicio de comparación entre dos normas de distinto rango para derivar su conformidad o discrepancia. Luego el vacío legislativo absoluto no puede ser enjuiciado en razón de la carencia de objeto en uno de uno de los extremos de comparación.”

17 Sentencia C-038/06, fundamento jurídico 6. Criterio reiterado en sentencia C-831 de 2007

18 En la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 el artículo 336 dispone que son atribuciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, entre otros “Declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del legislador o la legisladora nacional, estatal o municipal, cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de la Constitución, o las haya dictado en forma incompleta, y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección.” En la Constitución de Portugal de 1976 el artículo 279 establece lo siguiente: De la inconstitucionalidad por omisión, Cuando la Constitución resulte incumplida por omisión de las medidas legislativas necesarias para hacer aplicables las normas constitucionales, el Consejo de la Revolución podrá recomendar a los órganos legislativos competentes que las dicten en un plazo razonable.” En el caso de Brasil se establece lo siguiente: “Declarada la inconstitucionalidad por omisión de una medida destinada a dar efectividad a una norma Constitucional, se comunicará al Poder Competente para la adopción de las providencias necesarias y, tratándose de órgano administrativo, para que se haga en treinta días.”

19 En otro caso reciente, en sentencia C-149 de 2009, la Corte analizó el asunto relativo a si los requisitos académicos para ostentar el cargo de defensor de familia, al exigir al aspirante uno de siete programas de postgrado, todos ellos relacionados con componentes curriculares de Derecho o de estudio de la Familia, excluyó injustificadamente otros programas de postgrado que estuviesen relacionados con las actividades propias del defensor de familia. Así pues, se encontró que en efecto se había excluido sin justificación constitucional alguna, otros programas académicos de esta índole cuyos componentes curriculares atendían a las funciones del defensor de familia. En este caso, el componente excluido de la regulación se refería a la posibilidad de relacionar las actividades del cargo en mención con la variedad de programas de postgrado para abogados en Colombia. Dicha deficiencia no correspondía a un elemento mínimo, pero tampoco se trataba de la ausencia total en la regulación del requisito analizado, por ello la Corte podía declarar la existencia de una omisión legislativa relativa o una absoluta. Y, luego de sopesar la necesidad de llenar el vacío con la imposibilidad de usurpar competencias, declaró pues la existencia de una omisión relativa e incluyó un criterio general consistente en que el requisito en cuestión se entendía satisfecho con uno de los siete programas aludidos en la norma o con algún otro relacionado directamente con las actividades específicas del cargo, y dejó que en la práctica otras autoridades determinaran cuáles serían concretamente estos programas directamente relacionados con el quehacer de los defensores de familia. La decisión tuvo un salvamento de voto cuyo sentido fue precisamente la imposibilidad de la Corte de

llenar el vacío de esta manera, pues aquello que se dejó a otras autoridades, en práctica iba a ser determinado por autoridades administrativas, cuando su disposición implicaba reserva de ley.

20 T-391 de 2007. Fundamento jurídico 4.5.1. Pese a esta posibilidad de limitación la sentencia T-391 de 2007, enfatizó “que toda limitación –a través de actos jurídicos de alcance particular o general, proferidos en ejercicio de la función legislativa, administrativa, jurisdiccional, de policía u otra cualquiera desempeñada por el Estado- de la libertad de expresión en cualquiera de sus manifestaciones (libertad de expresión en sentido estricto, libertad de información o libertad de prensa) ha de presumirse, en principio, constitucionalmente sospechosa, como una invasión del derecho protegido.”

21 *Ibíd.* Fundamento jurídico 4.5.3

22 Arts. 150-10 y 152 de la Constitución de 1991.

24 Mediante esta metodología se deberá: “(a) la finalidad invocada, como se indicó, debe puntualizarse para el caso particular de manera tal que se demuestre que, dentro de las circunstancias en las cuales se está realizando una expresión determinada, existe la necesidad imperiosa, apremiante, específica y concreta de preservar un derecho ajeno, un elemento previamente definido -de manera precisa y clara- del orden público, de la salud pública o de la moralidad pública. El adjetivo “necesario” no es sinónimo de “indispensable”, pero tampoco tiene la flexibilidad de expresiones como “admisible”, “ordinario”, “útil”, “razonable” o “deseable” – implica una necesidad social apremiante o imperiosa, más que simplemente útil, importante, legítima u oportuna. Además, se ha precisado que el margen con el que cuentan las autoridades para establecer la necesidad de una limitación a la libertad de prensa es más restringido que aquel con el que cuentan para determinar si es necesario establecer limitaciones a otros elementos de la libertad de expresión en sentido genérico, por la importancia de los medios de comunicación en la democracia. (b) la limitación concreta a adoptar debe estar permitida –en el sentido de no desconocer la prohibición de la censura (directa, indirecta o por consecuencia), que forma parte del ámbito de cobertura del artículo 20 Superior, y a la cual se hará referencia detallada posteriormente-; (c) la relación entre la limitación a adoptar, en tanto medio para alcanzar el fin que se persigue, y la finalidad imperiosa, concreta y específica invocada para justificar la limitación, ha de ser no solo apta, apropiada o efectivamente conducente para el logro de dicha finalidad, sino cumplir un requisito más exigente. En efecto, la limitación que se pretende justificar para desvirtuar las presunciones anteriormente mencionadas, debe ser un medio (i) materialmente necesario –en el sentido de que no hay otro medio disponible para el logro de la finalidad perseguida en las circunstancias concretas-, y (ii) lo menos restrictivo posible del ejercicio de la libertad de expresión –por lo tanto, de existir un medio alternativo menos restrictivo para alcanzar la finalidad imperiosa, concreta y específica, la limitación de la libertad de expresión será contraria a este derecho fundamental y tenerse por violatoria de la libertad de expresión-; (d) la incidencia de la limitación sobre la libertad de expresión debe ser proporcionada, de tal forma que son inadmisibles las limitaciones excesivas.

El requisito de proporcionalidad exige una particular atención por parte de las autoridades, tanto de aquella que adopta la limitación como de la que revisa su constitucionalidad. Esta proporcionalidad se determina, no solo evaluando si no existe una desproporción manifiesta entre la limitación y la finalidad que se busca, sino estableciendo en forma positiva que la relación entre ambos extremos -el fin buscado y el alcance de la limitación- logra un equilibrio adecuado. Entonces, la limitación que se pretende justificar ha de maximizar la armonización entre la finalidad buscada y el ejercicio de la libertad de expresión, de tal forma que el grado de incidencia sobre dicha libertad sea menor o igual al peso de la finalidad imperiosa, concreta y específica invocada como justificación de la limitación sospechosa de dicha libertad. Al analizar si se logra en el caso concreto dicha armonización, son pertinentes criterios que permitan verificar si (1) se ha establecido un equilibrio entre todos los diferentes valores en conflicto, (2) que los promueve de manera simultánea, (3) armonizándolos concretamente dentro de las circunstancias del caso en particular, (4) sobre la base de una apreciación aceptable de los hechos relevantes vistos como un todo, partiendo del contexto en el cual tuvieron lugar tanto las expresiones como la limitación, y factores tales como el tipo específico de libertad de expresión que se está limitando, la naturaleza y severidad de las limitaciones adoptadas y su duración en el tiempo, así como las circunstancias particulares de las personas involucradas en el acto expresivo y cualquier elemento de interés público que esté presente dentro de las circunstancias generales de la expresión limitada, (5) prestando atención a los efectos que tendrá la limitación sobre el libre flujo de ideas, informaciones y expresiones en la sociedad, de manera que éste no sea desestimulado, en particular en lo atinente a asuntos de interés público, (6) asegurándose de que el impacto de la limitación es compatible con el funcionamiento de una sociedad democrática abierta y pluralista, y (7) verificando que la limitación no tiene un animus persecutorio o retaliatorio ni un impacto discriminatorio.” [T-391 de 2007]

25 Estas abstenciones se refieren a: “ARTÍCULO 47. RESPONSABILIDADES ESPECIALES DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN. Los medios de comunicación, en el ejercicio de su autonomía y demás derechos, deberán:

(...)

5. Abstenerse de transmitir mensajes discriminatorios contra la infancia y la adolescencia.

6. Abstenerse de realizar transmisiones o publicaciones que atenten contra la integridad moral, psíquica o física de los menores, que inciten a la violencia, que hagan apología de hechos delictivos o contravenciones, o que contengan descripciones morbosas o pornográficas.

7. Abstenerse de transmitir por televisión publicidad de cigarrillos y alcohol en horarios catalogados como franja infantil por el organismo competente.

8. Abstenerse de entrevistar, dar el nombre, divulgar datos que identifiquen o que puedan conducir a la identificación de niños, niñas y adolescentes que hayan sido víctimas, autores o testigos de hechos delictivos, salvo cuando sea necesario para

garantizar el derecho a establecer la identidad del niño o adolescente víctima del delito, o la de su familia si esta fuere desconocida. En cualquier otra circunstancia, será necesaria la autorización de los padres o, en su defecto, del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.”

26 ARTÍCULO 47. RESPONSABILIDADES ESPECIALES DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN. Los medios de comunicación, en el ejercicio de su autonomía y demás derechos, deberán:

PARÁGRAFO. Los medios de comunicación serán responsables por la violación de las disposiciones previstas en este artículo. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar podrá hacerse parte en los procesos que por tales violaciones se adelanten contra los medios.

27 Decreto-Ley 1900 de 1990 “Por medio del cual se reforman las normas y estatutos que regulan las actividades y servicios de telecomunicaciones y afines”. (...) Artículo 52. Sin perjuicio de las infracciones y sanciones previstas en otros estatutos, constituyen infracciones específicas al ordenamiento de las telecomunicaciones las siguientes: (...) 11. Cualquiera otra forma de incumplimiento o violación de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia de telecomunicaciones.”

28 Igual sucede con el artículo 9° de la Ley 72 de 1989 que establece la posibilidad de que el Ministerio de Comunicaciones imponga sanciones a los concesionarios de los servicios de comunicaciones, cuando incumplan sus deberes contractuales y legales, circunscrito a las regulaciones sobre el uso de las telecomunicaciones, y no a la protección a los menores de dieciocho (18) años.

29 Ejemplos de ello son: el Acuerdo 004 del 13 de febrero de 2005, de la Comisión Nacional de Televisión que reguló “la obligación de señalar la pertinencia de los contenidos en la parrilla de programación”. Esta regulación dispuso deberes concretos de las programadoras de televisión de señalar el contenido de los programas y así mismo anunciar de manera clara si dichos contenidos son o no propios para menores de dieciocho (18) años. A su vez, el artículo 7° del Acuerdo dispone que el incumplimiento de los deberes de señalización dará lugar a sanciones, que se impondrán de conformidad con el procedimiento general del Código Contencioso Administrativo. También, de conformidad con el artículo 11 de la ley 335 de 1996, mediante el Acuerdo 001 del 18 de enero de 2007 la Comisión Nacional de Televisión reguló lo relativo a la emisión del espacio del Defensor del Televidente, y en su artículo 10° determinó las sanciones respectivas para quienes no cumplieran con las reglas de dicha emisión.

Las anteriores competencias de la Comisión Nacional de Televisión están circunscritas al medio de comunicación de la televisión y excluye otros medios audiovisuales y la gran variedad de medios escritos, por lo cual no incluye la integridad de las responsabilidades los medios de comunicación establecidas en el Código de Infancia y Adolescencia.

De otro lado, el artículo 24 del decreto 2805 de 2008 por el cual se expide el Reglamento

del Servicio de Radiodifusión Sonora, dispone que el Ministerio de Comunicaciones ejercerá las funciones de inspección, vigilancia y control sobre los concesionarios del servicio de radiodifusión sonora para verificar el cumplimiento de lo previsto en el artículo 47 de la Ley 1098 de 2006, como garantía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; aunque, no hace referencia a regulación alguna sobre procedimientos y sanciones relativas a los derechos de menores de dieciocho (18) años, ni a los demás medios de comunicación.

30 [Cita del aparte transcrito] Ver Ramón Parada Vásquez, "Derecho Administrativo", Tomo I, Marcial Pons, Madrid, 1996. Luis Morell Ocaña, "Curso de Derecho Administrativo, Tomo II "La actividad de las administraciones públicas. Su control administrativo y jurisdiccional", Arandazi, Madrid, 1996.

31 Sentencia C-827 de 2001, reiterada en la SU-1010 de 2008.

32 Ver por ejemplo la sentencia C-421 de 2006