

Sentencia C-061/08

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD-Confrontación objetiva del contenido de la norma acusada con la Constitución

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA ACTOS DE CONCEJO DISTRITAL O MUNICIPAL-Incompetencia de la Corte Constitucional/DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Imposibilidad de la integración normativa con acto del Concejo Distrital de Bogotá

La representante de la Defensoría del Pueblo propone integrar como objeto del presente juicio de constitucionalidad el Acuerdo 280 de 2007 del Concejo Distrital de Bogotá, precisándose que la Corte carece de facultades para acceder a esta solicitud. En relación con el tema, baste simplemente recordar que las competencias de esta corporación han sido taxativamente establecidas por el artículo 241 de la Constitución Política, texto que en manera alguna contempla la posibilidad de pronunciarse sobre la eventual exequibilidad de actos emanados de un concejo distrital o municipal, función atribuida de manera expresa a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, que es entonces la competente para decidir a ese respecto

PUBLICACION DE NOMBRES Y FOTO DE PERSONAS CONDENADAS POR DELITOS CONTRA LA LIBERTAD, INTEGRIDAD Y FORMACION SEXUALES, CUANDO LA VICTIMA ES UN MENOR DE EDAD-Falta evidencia empírica sobre los efectos de tal publicación en niveles de protección y bienestar de la niñez

PUBLICACION DE CONDENADOS POR DELITOS CONTRA LA LIBERTAD, INTEGRIDAD Y FORMACION SEXUALES EN MENORES DE EDAD-No supera test de proporcionalidad

Existe un alto grado de incertidumbre sobre la capacidad que la medida estudiada podría tener para alcanzar de manera efectiva el propósito de protección a la niñez con el que presumiblemente fue establecida. Por el contrario, son notorios los peligros y afectaciones que ella supone tanto para los individuos penalmente sancionados como para los miembros de sus familias, y aún para las posibles víctimas y sus allegados. Así las cosas, concluye la Corte que esta publicación no es una medida idónea para el logro de la finalidad propuesta, y por el contrario, constituye un mecanismo desproporcionado e innecesario frente a la búsqueda de dichos objetivos.

PUBLICACION DE CONDENADOS POR DELITOS CONTRA LA LIBERTAD, INTEGRIDAD Y FORMACION SEXUALES EN MENORES DE EDAD-Ineficacia de medida como mecanismo de protección de la niñez

Referencia: expediente D-6821

Demandante: Luz Ximena España Amador

Demanda de inconstitucionalidad contra el inciso 2° del artículo 48 de la Ley 1098 de 2006, “por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”.

Magistrado Ponente:

Dr. NILSON PINILLA PINILLA

Bogotá, D. C., treinta (30) de enero de dos mil ocho (2008).

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

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública prevista en el artículo 241 de la Constitución Política, la ciudadana Luz Ximena España Amador solicitó ante esta corporación la declaratoria de inexequibilidad del inciso 2° del artículo 48 de la Ley 1098 de 2006, “por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”.

Mediante auto de 4 de junio de dos mil siete (2007), el Magistrado Sustanciador admitió la demanda contra la norma antes mencionada y dispuso fijar en lista el presente proceso y correr traslado del asunto al señor Procurador General de la Nación, para que rindiera el concepto de rigor.

De igual manera se ordenó comunicar la iniciación de este proceso a los señores Presidente de la República, Presidenta del Congreso, Ministros de la Protección Social, del Interior y de Justicia y de Educación, Defensor del Pueblo y Directora del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. También se extendió invitación a la Veeduría Distrital, al Director de la Oficina de la UNICEF en Colombia, a la Fundación Antonio Restrepo Barco, a las facultades de derecho de las Universidades Javeriana, Externado de Colombia, Industrial de Santander, de Antioquia, Santo Tomás y Nacional de Colombia y al Centro de Estudios Sociales - CES de la Facultad de Ciencias Humanas de la Universidad Nacional de Colombia, para que, si lo consideraban pertinente, se pronunciaran sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del segmento demandado.

Cumplidos los trámites propios de esta clase de procesos, procede la Corte a decidir sobre la demanda de la referencia.

II. LA NORMA DEMANDADA

El siguiente es el texto de la norma demandada, advirtiéndose que la demanda de inconstitucionalidad se dirige contra la parte subrayada de dicho texto:

“Ley 1098 de 2006

(noviembre 8)

Diario Oficial No 46.446 de 8 de noviembre de 2006

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

DECRETA:

(...)

ARTÍCULO 48. ESPACIOS PARA MENSAJES DE GARANTÍA Y RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS. Los contratos de concesión de los servicios de radiodifusión, televisión y espacios electromagnéticos incluirán la obligación del concesionario de ceder espacios de su programación para transmitir mensajes de garantía y restablecimiento de derechos que para tal fin determine el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar dirigidos a los niños, las niñas

y los adolescentes y a sus familias.

En alguno de estos espacios y por lo menos una vez a la semana, se presentarán con nombres completos y foto reciente, las personas que hayan sido condenadas en el último mes por cualquiera de los delitos contemplados en el Título IV, 'Delitos contra la Libertad, Integridad y Formación Sexuales', cuando la víctima haya sido un menor de edad."

III. LA DEMANDA

La actora plantea varios cuestionamientos frente al precepto acusado, todos ellos desarrollados en torno a un cargo de inconstitucionalidad y relacionando como normas superiores vulneradas los artículos 1°, 2°, 5°, 12, 13 y 15 de la Constitución Política.

Comienza por indicar que toda limitación de los derechos constitucionales debe responder a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, de tal manera que las restricciones establecidas se justifiquen en virtud de una finalidad constitucional coherente, válidamente atendible y siempre que no traiga consigo el menoscabo de la dignidad humana de alguno de los asociados. A continuación, sobre el mismo tema, expone que una norma como la demandada tiene su origen en un conflicto entre el interés general y el particular, que ha sido inadecuadamente resuelto por el legislador, ya que no es admisible que so pretexto de proteger el interés general se sacrifiquen los derechos fundamentales de un solo individuo en particular, situación que es contraria a lo establecido en el artículo 5° de la Constitución Política.

Explica que se ha presentado un errado entendimiento del artículo 44 constitucional, referente al interés superior de los menores y la prevalencia de sus derechos, al pretender presentarlo como el soporte constitucional de la norma acusada, cuando en realidad el propósito de este precepto constitucional es servir de criterio interpretativo para la resolución de situaciones individuales, en las que se encuentren en conflicto los derechos de un menor con los de otra persona. Al tiempo que relieves la necesidad de proteger los derechos de los niños, resalta que ello debe hacerse mediante decisiones de los poderes públicos que armonicen tales derechos con los de las demás personas.

Descendiendo a lo que significa la aplicación de la norma, señala que la pública exposición de los condenados por delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales de los menores implica la cosificación de quienes son sometidos al escarnio público y utilizados para amedrentar a otros, los posibles infractores futuros de la ley penal, lo cual no puede en realidad entenderse como una medida de restablecimiento y garantía para las víctimas de esos delitos, como lo pretende el legislador. Señala además que este propósito se logra con otras normas actualmente vigentes, dentro de las cuales cita la Ley 294 de 1996.

Explica además que la presentación de esta información transgrede de manera directa el artículo 12 constitucional, que prohíbe los tratos crueles, inhumanos o degradantes, pues implica darles a tales personas un tratamiento denigrante, que atenta contra la dignidad humana y que inhibe sus posibilidades de readaptación a la vida en sociedad. Agrega que esta medida significa también ampliar el rango de acción de la pena, castigando a la persona no tanto por sus acciones sino por el peligro que representa, lo que resulta discriminatorio, y por ende, contrario a lo establecido en el artículo 13 constitucional. Agrega que también resulta desigual que sólo se someta a este tipo de medidas a las personas condenadas por delitos sexuales contra menores de edad y no a todos los que infrinjan las distintas disposiciones de la ley penal.

Finalizado su análisis, llama la atención sobre el hecho de que meses después de la aprobación de este precepto, el Concejo de Bogotá D. C. estudió y aprobó una medida semejante, cuya legalidad se entendería soportada en la existencia de normas como la aquí acusada, así como sobre la posibilidad de que en otros municipios se aprueben medidas semejantes.

Por las anteriores razones la actora pide a la Corte declarar la inconstitucionalidad de la norma demandada.

IV. INTERVENCIONES

4.1. Del Centro de Estudios Sociales de la Universidad Nacional

La Directora encargada de este centro de estudios diserta sobre el origen, el sentido y los efectos de disposiciones como la aquí demandada, sin pronunciarse de manera directa sobre la exequibilidad o inexecuibilidad del precepto.

Menciona que este tipo de medidas se originaron en países anglosajones, como una forma de alertar a la ciudadanía sobre las personas que han cometido esta clase de delitos, en relación con los cuales la sola privación de la libertad no ha producido suficiente efecto en lo que se refiere a su sanción y prevención.

Comenta que en otras sociedades la posibilidad de publicar los nombres y fotografías de estos infractores se ha visto como un mecanismo de justicia y reparación comunitaria eficaz, que contribuye a evitar situaciones de mayor gravedad y desproporción, como el linchamiento, que en algunas comunidades es frecuente por la grave ofensa colectiva que generan estos delitos y la sensación de desprotección al apreciar que el Estado no previene ni reprime adecuadamente su ocurrencia. En este sentido, anota que ha sido igualmente común la publicación de las fotografías de personas sospechosas, condenadas y aún rehabilitadas o después de haber purgado una sanción por estos delitos.

La interviniente aboga porque este tipo de medidas estén acompañadas de campañas educativas que creen conciencia en la ciudadanía sobre la gravedad de estos fenómenos, y en el caso de los infractores, de tratamiento psicológico adecuado, que les permita avanzar en un proceso de verdadera rehabilitación y resocialización.

4.2. De la Defensoría del Pueblo

La Defensora Delegada para Asuntos Constitucionales y Legales presentó un extenso escrito, donde pide a la Corte declarar la inconstitucionalidad del segmento normativo acusado.

En primer lugar, menciona que si bien el legislador no le dio expresamente a esta medida un carácter sancionatorio, es innegable que la publicación cuestionada tendría esa implicación, por lo que su constitucionalidad debe ser mirada a la luz de las reglas y principios que gobiernan el *ius puniendi*, teniendo en cuenta los efectos que genera para la persona del sentenciado, así como para su familia.

Plantea reflexiones sobre los efectos, “no precisamente positivos”, que la publicación tendría en los menores víctimas de los delitos sancionados, en cuanto podría implicarles la reminiscencia de su experiencia traumática y contribuir a retardar el proceso de recuperación emocional. A este respecto refiere la existencia de instrumentos internacionales, recogidos por esta Corte en varios de sus pronunciamientos, conforme a los

cuales los Estados tienen el deber de velar por el bienestar y recuperación de las víctimas, y a partir de ello, evitar toda situación derivada del proceso de investigación y sanción de estas conductas, que pudiere conducir a mayores molestias o experiencias traumáticas para ellas.

Indica que la norma acusada no precisa que la publicación sólo procede con respecto a condenados por sentencia ejecutoriada, por lo que sería posible que al amparo de esta norma se publiquen el nombre y la fotografía de personas cuya condena aún no ha quedado en firme. De igual manera señala que no existe claridad sobre el alcance del lapso durante el cual se realizará la publicación, por lo que los afectados no podrán tener certeza al respecto.

También anota que la medida podría aplicarse a condenados por hechos sucedidos con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1098 de 2006, de la cual hace parte, circunstancia que iría en contra del principio sobre irretroactividad de las sanciones, y por lo mismo, en contra de las garantías del debido proceso.

Advierte que si bien es clara la intención de la norma en cuanto a procurar que se conozca la identidad de los responsables de tan graves delitos, no lo es con qué propósito se hace esta difusión, pudiendo a partir de ello presentarse situaciones indeseables, como serían todas aquellas relacionadas con actos de venganza o de justicia privada de parte de la familia del menor agredido o de la comunidad a la que pertenece, en contra del agresor, o de violencia o discriminación contra la familia de éste.

Descartadas estas últimas situaciones por ser contrarias al espíritu del Estado social de derecho que postula la Constitución de 1991, aduce la representante de la Defensoría no encontrar ningún efecto benéfico de la aludida publicación, que resulte suficiente para justificar el sacrificio de derechos fundamentales de la persona condenada. A partir de lo anterior, considera que la medida no supera el test de proporcionalidad que al respecto debe efectuarse, ni resulta idónea como mecanismo de garantía y restablecimiento de derechos de los menores afectados. En la misma línea afirma que, no siendo idónea, es preciso concluir que tampoco resulta necesaria para el logro de tales propósitos.

Concluye anotando que medidas de este tipo conducen a un mayor marginamiento y estigmatización del victimario, lo que hace imposible su resocialización, que es claramente uno de los fines esenciales de la pena dentro del marco del Estado social de derecho.

Finalmente, a partir de la mención efectuada en la demanda, la Defensoría del Pueblo solicita a la Corte realizar integración normativa con el Acuerdo 280 de 2007 del Concejo Distrital de Bogotá D. C., sobre el cual expresa que comparte el propósito y los vicios de inconstitucionalidad que le atribuye a la norma aquí demandada, instando a que sea declarado inexecutable de manera simultánea con aquélla.

4.3. Del Ministerio de la Protección Social

En su intervención mediante apoderada, este Ministerio solicita a la Corte declarar la exequibilidad del precepto demandado, por la principal razón de hacer prevalecer los derechos de los niños sobre los de las demás personas, según lo estatuido por el artículo 44 constitucional.

Explica que el Código de la Infancia y la Adolescencia, contenido en la Ley 1098 de 2006, tiene el propósito de avanzar en el desarrollo de los principios constitucionales sobre la materia y en el cumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos por Colombia en torno a la protección de la niñez, destacándose entre ellos la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, incorporada al derecho interno mediante Ley 12 de 1991. Alude también a los principios del Estado social de derecho, uno de cuyos principales propósitos es la protección activa e integral de las personas que se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta, como por definición ocurre con los niños.

Agrega que sin duda el aparte demandado presupone una condena en firme, lo cual excluye la posibilidad de lesionar las garantías procesales de la persona sentenciada, como en efecto ocurriría si se procede a la divulgación de información relacionada sobre quien media condena, pero ésta se halla impugnada mediante recurso aún no resuelto.

4.4. Del Ministerio del Interior y de Justicia

Este Ministerio presentó, por conducto de apoderada especial, un escrito en el que solicita declarar executable el aparte normativo demandado.

Previamente a la exposición de las razones que soportan su solicitud, esta interviniente reflexiona en torno a la distinta naturaleza de los valores, los principios y las reglas

constitucionales, a partir de lo cual sostiene que la dignidad humana es un principio que informa los distintos derechos y reglas constitucionales. Sobre estas bases, examina si la publicación ordenada por la norma demandada afecta el principio de la dignidad humana en relación con la persona sentenciada.

A este respecto señala que la finalidad de la información es contribuir a crear conciencia en la ciudadanía sobre la frecuencia y gravedad de este delito, que por sus características particulares tiende a caer en el olvido y el silencio, sin que las personas responsables sean debidamente sancionadas. Al mismo tiempo, a partir de dicha concientización, se procura también avanzar en la prevención de este tipo de conductas y disuadir a los futuros infractores.

Reflexiona además sobre las posibilidades de rehabilitación que usualmente tienen las personas que han cometido estas acciones y sobre el grave daño que sus actos causan a los niños víctimas, resaltando que estas situaciones afectan en alto grado la dignidad de éstos y evitarlo es el principal propósito de la publicación cuestionada. Señala que ésta y las demás consecuencias negativas de sus actos, pueden contribuir a inducir a los infractores a iniciar un proceso de rehabilitación que reduzca la posibilidad de reincidir en estas conductas.

En lo que atañe al juicio de proporcionalidad de la medida, explica que éste se supera de manera satisfactoria, ya que la publicación ordenada por ley es útil para contribuir a los ya anotados propósitos de prevención, y que la afectación que causa a los derechos de la persona condenada no resulta superior a tales beneficios. En la misma línea transcribe una cita bibliográfica conforme a la cual, no obstante su valor absoluto, la dignidad es un derecho fundamental susceptible de ciertas restricciones, consideración que valida las limitaciones o efectos negativos que pudieran derivarse de la publicación aquí cuestionada.

Finalmente, concluye señalando que en Colombia es usual y corriente que en desarrollo del derecho a la información, los medios de comunicación divulguen la comisión de diversos delitos y actos de violencia e identifiquen a las personas sospechosas o responsables, sin que hasta la fecha esta práctica haya sido objeto de cuestionamientos a partir de consideraciones relacionadas con la dignidad de las personas así señaladas.

4.5. Intervenciones extemporáneas

Se desprende de lo informado por la Secretaría General de esta corporación, que con posterioridad al vencimiento del término de fijación en lista se recibieron cuatro intervenciones más, presentadas por los representantes del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, la Veeduría Distrital, el Consultorio Jurídico de la Universidad Santo Tomás y la Fundación Antonio Restrepo Barco, la primera y la última abogando porque el precepto acusado sea declarado exequible, mientras las restantes alegan su inconstitucionalidad.

V. CONCEPTO DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Mediante auto N° 155 de junio 27 de 2007 la Sala Plena de esta corporación aceptó el impedimento que en comunicación conjunta manifestaron los señores Procurador General y Viceprocurador General de la Nación, por haber tomado parte activa en el trámite de redacción, estudio y aprobación del proyecto que vino a convertirse en Ley 1098 de 2006, ante lo cual el señor Procurador General, mediante resolución 0228 de agosto 24 de 2007 designó, para rendir el correspondiente concepto, al doctor Francisco Javier Farfán Molina, Procurador 1° Delegado para la Casación Penal, quien el 3 de septiembre de 2007 solicitó declarar exequible el precepto atacado.

Plantea que la Corte debe adoptar su decisión a partir del análisis de tres problemas constitucionales propuestos por la demandante, a saber: i) si en efecto se utiliza a las personas condenadas como objeto de intimidación de terceros y si ello puede considerarse como trato denigrante que afecta la dignidad de los condenados; ii) si el artículo 44 superior sólo está llamado a resolver conflictos individuales en los que es necesario escoger entre los derechos de un niño y los de otra persona, o si por el contrario, puede considerarse como fundamento de la norma aquí demandada; iii) si con la publicación ordenada por esta norma se vulnera el derecho a la igualdad, en cuanto esta medida sólo se aplica para las personas condenadas por un único tipo de delito y en cuanto la víctima haya sido un menor de edad, y no a los autores de toda clase de delitos.

A efectos de resolver el primer interrogante, el concepto fiscal analiza de manera detallada el mandato contenido en la norma demandada. Llama la atención sobre el hecho de que la publicación ordenada sólo debe incluir el nombre y la fotografía reciente del condenado, debiendo omitir muchos otros datos (número de identificación, localización geográfica, fecha y circunstancias de los hechos o identificación de la víctima), cuyo conocimiento sería

necesario para lograr la identificación y/o localización de la persona condenada, del menor agredido o de las familias de uno y otro, presupuesto necesario para la posible ocurrencia de todas las situaciones que podrían afectarlos y que han sido ampliamente ilustradas tanto por la demandante como por otros de los intervinientes.

A lo anterior se agrega la clara limitación que la norma establece en torno a la duración de la publicación cuestionada y que se deriva del hecho de que se trate de personas condenadas "en el último mes", circunstancia que necesariamente obligará a la renovación mensual de la información que por este medio se divulgue, o lo que es lo mismo, a la imposibilidad de que un condenado aparezca en este tipo de publicación por un lapso superior a treinta días. Resalta que todas estas circunstancias deberán ser tenidas en cuenta al momento de efectuar el juicio de proporcionalidad que determine la constitucionalidad del precepto demandado.

De otra parte, alude al principio de publicidad que es inherente a la actividad judicial (art. 228 superior) y de manera particular a los pronunciamientos de los jueces, haciendo énfasis en las finalidades lícitas que soportan este principio, en especial el mensaje que se envía a la comunidad acerca de la vigencia de la norma y del efectivo castigo de los infractores. Resalta además que el efecto aflictivo y la afectación a la autoestima que el condenado pudiera sufrir se derivan de la sentencia condenatoria como tal, y no de la divulgación que de ella se haga.

Explica también que es inevitable e inherente a cualquier tipo de penas previstas en la ley ese carácter aflictivo y, si así se considera, humillante o vergonzoso. Esta condición es supuesto indispensable de los objetivos que, dentro del marco de la Constitución, persigue el sistema penal, reflexión que sin duda explica que comúnmente no se considere cruel o excesivo imponer una sanción penal a los responsables de la comisión de acciones legalmente definidas como delitos. Basado en lo anterior, advierte que para que pueda considerarse una eventual infracción al principio contenido en el artículo 12 constitucional, es necesario entonces que la aflicción causada por la pena legalmente impuesta sea inusualmente intensa o desproporcionada.

A partir de estas consideraciones concluye que la publicación dispuesta por la norma acusada, no puede considerarse entonces un trato cruel, inhumano o degradante, ni tampoco

atentatorio contra la dignidad humana.

En torno al segundo interrogante, referente al alcance del principio contenido en el artículo 44 constitucional sobre prevalencia de los derechos de los niños, que la demandante considera es apenas un criterio interpretativo para la solución de conflictos individuales, señala que de conformidad con lo previsto en la Convención sobre los Derechos del Niño y lo planteado por la jurisprudencia de esta corporación¹, la aplicación de dicho principio trasciende ampliamente de lo indicado por la actora, y debe ser criterio orientador de la actuación del Estado en torno a la niñez. Indica que este principio debe ser aplicado por todas las ramas y órganos del poder público, y servir como parámetro para la definición y ejecución de las políticas oficiales en relación con el tema.

En lo referente a la eventual violación del derecho a la igualdad de los condenados sometidos a la publicación, vuelve sobre el propósito de la medida y del Código del cual ella hace parte, cual es la protección integral de los menores. Desde esta perspectiva, señala que la justificación del trato presuntamente desigual reside precisamente en el interés superior de los niños, para cuya protección integral se creó esta medida administrativa (resaltando que la ley no le da el carácter de pena accesoria), a efectos de contribuir a la prevención de este delito, que tan gravemente afecta a la población infantil.

Indica entonces que las particularidades de las víctimas (los niños), que son un grupo cuya vulnerabilidad es manifiesta y por ello ha sido definido como sujeto de especial protección constitucional, explica por qué la ley sólo previó el uso de esta forma de publicidad de la sentencia en estos casos y no en el de los condenados por otros delitos, cuyo sujeto afectado se encuentra en situación diferente a la de los niños.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1) Competencia

Desde el punto de vista de lo dispuesto por el artículo 241 numeral cuarto de la Constitución, la Corte es competente para conocer de la presente demanda.

2) El contenido de la norma acusada

Previamente a adentrarse en el estudio de los aspectos de los cuales depende la

exequibilidad del precepto demandado, es conveniente precisar su contenido y el contexto dentro del cual debe analizarse.

Se trata del segundo inciso del artículo 48 del Código de la Infancia y de la Adolescencia, Ley 1098 de 2006, artículo que hace parte del Capítulo 1° (Obligaciones de la Familia, la Sociedad y el Estado) del Título II (Garantía de Derechos y Prevención) del Libro I de dicho Código (Protección Integral). Ese capítulo 1° (arts. 38 a 49) del cual hace parte la norma demandada, enlista y desarrolla los deberes que en relación con la infancia y la adolescencia corresponden a cada uno de los entes ya indicados, a las instituciones educativas y (parte final, arts. 47 a 49) a los medios de comunicación.

El artículo 48 contempla la existencia de lo que denomina “espacios para mensajes de garantía y restablecimiento de derechos” dirigidos a los niños, las niñas, los adolescentes y sus familias. Sobre este tema, el primer inciso de la norma ordena incorporar a los contratos de concesión de los servicios de radiodifusión, televisión y espacios electromagnéticos, la obligación del concesionario de ceder espacios de su programación para la transmisión de este tipo de mensajes, cuyo contenido deberá ser determinado por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Establecida de manera general esta atribución en cabeza del mencionado instituto, el inciso segundo contempla un caso especial que, en consecuencia, limita parcialmente la autonomía de dicha entidad para determinar el contenido de tales mensajes. Se trata de la presentación “por lo menos una vez a la semana”, “con nombres completos y foto reciente”, de “las personas que hayan sido condenadas en el último mes por cualquiera de los delitos contemplados en el Título IV ‘Delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales’² cuando la víctima haya sido un menor de edad”. Esta parte de la norma es la que ha sido objeto de la presente demanda.

Así pues, se trata de la presentación a través de la televisión³ del nombre y la fotografía de las personas condenadas en cualquier lugar del país durante el último mes⁴ por cualquiera de los delitos en cuestión, siempre que la víctima sea un menor de edad. La norma no contempla divulgar, junto con el nombre y fotografía de la persona condenada, cualquier otra información relativa a la víctima, al victimario, a las circunstancias en que ocurrieron los hechos e incluso a la naturaleza y duración de la condena impuesta.

De otra parte, según se deduce de los títulos de las secciones y capítulos y de las distintas normas que hacen parte del Código de la Infancia y la Adolescencia, el legislador entendió que la divulgación de esta información constituye un mensaje de garantía y restablecimiento de los derechos de los menores, aspecto que está llamado a tener un efecto determinante en el análisis de exequibilidad que en este caso efectúa la Corte.

Finalmente, es del caso reconocer que el contenido de esta disposición apunta a efectos semejantes a los pretendidos con el Acuerdo 280 de 2007 del Concejo Distrital de Bogotá D. C., en cuanto disponen la divulgación de los nombres y las fotografías de convictos por delitos sexuales contra menores de edad, aun cuando difieren en el medio escogido para darle publicidad a las condenas, la periodicidad de los mensajes y, naturalmente, en cuanto a su campo de acción desde el punto de vista territorial.⁵ De la misma manera, resultan distintas en su jerarquía normativa y en cuanto a la competencia para dilucidar su constitucionalidad.

3) El alcance de esta decisión y los problemas jurídicos relevantes

Frente a los planteamientos efectuados por la demandante, los intervinientes y el representante del Ministerio Público, es necesario comenzar por delimitar qué asuntos son determinantes para la decisión que en este caso debe adoptar la Corte Constitucional, precisando también cuáles resultan extraños a este análisis.

Como es bien sabido, el control de constitucionalidad parte de la confrontación objetiva del contenido de una norma, para el caso de naturaleza legal, con uno o más textos constitucionales, a efectos de determinar si la preceptiva cuestionada es, en alguna forma, contraria al contenido de alguna(s) de las normas superiores invocadas por el demandante.

En este sentido la Corte ha resaltado, en todo tiempo, que al menos en principio no interesan a este análisis los argumentos relativos a la conveniencia o no del mandato contenido en la(s) norma(s) acusada(s), o acerca de su previsible efecto práctico, cuestiones cuyo carácter es marcadamente subjetivo, e incluso, en muchos casos, hipotético. Sin embargo, ello no obsta para admitir que, aunque de manera excepcional, pueda devenir pertinente el análisis de aquellos aspectos relacionados con las consecuencias de la norma, que resulten relevantes a efectos de los juicios de proporcionalidad y razonabilidad a que hubiere lugar.

Ahora bien, con respecto al ya citado Acuerdo 280 de 2007 del Concejo Distrital de Bogotá, que la representante de la Defensoría del Pueblo propone integrar como objeto del presente juicio de constitucionalidad, debe precisarse que la Corte carece de facultades para acceder a esta solicitud. En relación con el tema, baste simplemente recordar que las competencias de esta corporación han sido taxativamente establecidas por el artículo 241 de la Constitución Política, texto que en manera alguna contempla la posibilidad de pronunciarse sobre la eventual exequibilidad de actos emanados de un concejo distrital o municipal, función atribuida de manera expresa a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, que es entonces la competente para decidir a ese respecto⁶.

Por estas razones no se realizará la integración normativa propuesta en relación con el referido Acuerdo 280 de 2007 del Concejo de Bogotá D. C.

Al confrontar lo expuesto y los temas planteados en la demanda, la Corte realizará su análisis de constitucionalidad analizando en primer lugar aquellos aspectos que de manera más directa y determinante inciden en la eventual inexecuibilidad de la disposición acusada. Con este propósito se estudiará:

- i. el alcance del artículo 44 de la Constitución Política, que la demandante y varios de los intervinientes entienden como fundamento y origen de la medida aquí cuestionada;
- ii. a partir de lo anterior, se estudiará si la presentación en televisión de los nombres y fotografías recientes de las personas condenadas es una medida legítima, proporcionada e idónea para el logro del propósito que la norma persigue.

Verificado este análisis, y sólo en la medida en que se concluya que el mecanismo estudiado resulta proporcionado y legítimo, se haría necesario que la Corte aborde de manera directa los demás asuntos planteados por la demandante y comentados por algunos intervinientes como posibles generadores de su inexecuibilidad, a saber:

- i. si la aplicación de esta medida implica un trato inhumano o degradante, situación proscrita por el artículo 12 constitucional;

ii. si el hecho de aplicarse únicamente al caso de los delitos sexuales contra menores de edad y no a todos los demás tipos penales previstos en el correspondiente código, resulta violatorio del derecho a la igualdad;

iii. si la presentación de esta información a través de la televisión afecta el derecho al buen nombre, protegido por el artículo 15 constitucional;

A través del análisis de estos aspectos podrá apreciarse además, de manera paralela, si esta divulgación comporta la vulneración de derechos inalienables de la persona o resulta lesiva de la familia en cuanto institución básica de la sociedad (art. 5) y/o si podría entenderse que afecta los valores propios del Estado social de derecho o es contraria al logro de los fines esenciales del Estado, definidos en los artículos 1° y 2° constitucionales, respectivamente.

4) El alcance del artículo 44 de la Constitución Política

Si bien ninguno de los participantes en este proceso plantea de manera directa la eventual vulneración de esta norma superior por el precepto acusado, la mayoría de ellos, aunque desde distintas perspectivas, parten del supuesto de que este último pretende ser un desarrollo legal de las garantías contenidas en aquélla, aspecto que es pertinente que la Corte considere en forma breve, por su relevancia en la determinación que adoptará sobre la exequibilidad del segmento normativo demandado.

De acuerdo con lo expuesto por la demandante, la norma cuestionada es resultado de un entendimiento incorrecto del precepto constitucional, cuyo propósito sería apenas servir de criterio de interpretación judicial cuando quiera que deba resolverse un conflicto específico entre los derechos de un menor de edad y los de una persona adulta. Sin embargo, según el parecer de otros intervinientes, el precepto está llamado a resaltar de manera general la importancia prevalente de los derechos de los menores y el compromiso del Estado y de los particulares en torno a la efectiva realización de tales derechos, debiendo entonces servir como punto de partida para la formulación y desarrollo de políticas públicas en relación con el tema.

Desde esta óptica, el artículo 44 sería ciertamente el principal fundamento de una medida como la aquí examinada, con lo cual, lejos de haberse producido la errada interpretación legal que denuncia la actora habría, por el contrario, una acertada y afortunada aplicación.

Sobre este particular, la Corte comparte el planteamiento de la representante del Ministerio Público, de acuerdo con el cual, el propósito del artículo 44 superior en comento excede considerablemente el de ser un simple recurso interpretativo para la resolución de conflictos particulares, entendimiento que equivaldría a restringir el contenido de esta norma al de su último inciso, conforme al cual “Los derechos de los niños prevalecen sobre los de los demás”, ignorando sin justificación lo establecido en los dos primeros. Así lo ha resaltado consistentemente la jurisprudencia, sobre lo cual baste acudir a las consideraciones vertidas en las sentencias C-1064 de 2000 (M. P. Álvaro Tafur Galvis) y C-796 de 2004 (M. P. Rodrigo Escobar Gil).

En realidad, más allá de lo reconocido por la actora, este artículo contiene la explícita incorporación en nuestro ordenamiento jurídico del universal principio sobre el interés superior del menor⁷, que se manifiesta, de una parte, en la expresa enumeración de los derechos de los niños (inciso 1°), que son además reconocidos como fundamentales y, en consecuencia, susceptibles de protección mediante la acción de tutela. De otra parte, se ve reflejado también en el establecimiento de importantes deberes de acción en cabeza de la familia, de la sociedad y del Estado (inciso 2°), encaminados a hacer realidad dicho conjunto de derechos para todos los menores residentes en Colombia.

Adicionalmente, tales incisos primero y segundo del comentado artículo 44 contienen varias referencias expresas a la protección contra toda forma de violencia o abuso sexual y a la necesidad de garantizar el desarrollo armónico e integral del niño, los cuales no sólo habilitan, sino que además obligan al Estado y a los demás entes comprometidos en la protección de la niñez, a adoptar medidas efectivas para prevenir y luchar frente a esos fenómenos y procurar, en toda la extensión que ello sea posible, la rehabilitación de los menores que hayan sido víctimas de ellos.

En relación con este asunto y con todos los demás a que se refiere el artículo 44, el poder legislativo tiene amplia autonomía para establecer las medidas que juzgue convenientes al logro de tales propósitos, siempre y cuando, como es natural, ello se haga dentro de una adecuada integración con los demás postulados constitucionales.

Por todo lo anterior, considera la Corte que, al menos en principio, el propósito de la norma puede en efecto entenderse válidamente fundado en el mandato contenido en el artículo 44,

como un mecanismo encaminado a la garantía y restablecimiento de los derechos de los niños que hayan sido víctimas de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, situaciones que de suyo afectan gravemente los derechos fundamentales que esta misma norma reconoce y protege.

5) El juicio de proporcionalidad sobre la medida estudiada

5.1. Bajo el entendido de que el artículo 44 constitucional establece el deber de la familia, de la sociedad y del Estado de adelantar acciones efectivas para proteger a los niños y hacer realidad los derechos fundamentales que la misma norma les reconoce, y teniendo en cuenta que, según puede deducirse, la medida cuestionada constituiría un instrumento encaminado al cumplimiento de estos deberes, es necesario entonces determinar si tal mecanismo resulta legítimo y proporcionado a la luz de la Constitución.

Para esto es procedente realizar un test de proporcionalidad de la medida cuestionada, siguiendo para ello los criterios y fases jurisprudencialmente establecidos en relación con el tema. Un ejercicio de ponderación semejante a éste lo realizó recientemente la Corte en la ya referida sentencia T-1073 de 2007 (M. P. Rodrigo Escobar Gil), a propósito de las medidas contenidas en el Acuerdo 280 de 2007, expedido por el Concejo Distrital de Bogotá D. C., al cual tanto la actora como los intervinientes hicieron referencia.

5.2. El primer aspecto que debe abordarse con ese propósito, es la finalidad de la medida, a efectos de constatar si ella persigue un objetivo legítimo a la luz de la Constitución. Procede entonces averiguar y precisar cuál es el propósito u objetivo de divulgar esta información, en la forma prevista en el artículo 48 parcialmente atacado.

En la demanda la actora reconoce implícitamente que el objetivo de la difusión de esta información es proteger a los menores de edad, sin especificar si se trata de quienes han sido víctimas de los delitos sancionados, o de todos los que estén en minoridad en un área determinada, o en todo el país. En este sentido admite que la norma acusada puede tener una finalidad constitucional legítima, que la actora relaciona con el contenido del artículo 44 superior.

Sin embargo, otro de los objetivos de la disposición, o al menos una de las formas de lograr la protección de los menores, es atemorizar a los posibles futuros infractores a partir de la

publicidad a que se somete el caso de las personas ya condenadas, finalidad que la demandante encuentra incompatible con los valores constitucionales.

La representante de la Defensoría del Pueblo hace algunos comentarios sobre el trámite legislativo cumplido por la disposición hoy demandada, señalando que la finalidad específica de esta norma no consta de manera expresa en tales documentos, debiendo apenas deducirse en forma indirecta de los principios generales que inspiraron la expedición del Código de la Infancia y la Adolescencia y facilitan su interpretación. No obstante, llama la atención sobre el hecho de que no es claro cómo esta publicación protege a los menores colombianos, lo que crea dudas sobre cuál es la real finalidad de la medida.

Aceptado entonces que el objetivo de esta publicación es contribuir a la protección de niños, niñas y adolescentes residentes en Colombia, precaviendo nuevos delitos sexuales en contra de ellos, a partir del análisis efectuado páginas atrás en relación con el contenido del artículo 44 constitucional, encuentra la Corte que la finalidad del precepto acusado resulta legítima, a la luz de nuestro ordenamiento constitucional.

5.3. El siguiente paso del test de proporcionalidad indaga por la idoneidad de la medida para alcanzar el objetivo propuesto. Este es uno de los pocos casos en que, por excepción, le es permitido al juez constitucional adentrarse en el estudio de los efectos previsibles de la aplicación de la norma acusada.

Frente a este tipo de interrogante, es siempre recomendable volver sobre el proceso de debate y aprobación de la norma cuya constitucionalidad se examina, donde deberían encontrarse respuestas y explicaciones en torno a por qué la medida que se establece resulta útil para el logro de un determinado objetivo constitucionalmente legítimo.

Examinado el trámite legislativo cumplido por el Proyecto de Ley 085 de 2005 Cámara - 215 de 2005 Senado, origen de la norma posteriormente sancionada como Ley 1098 de 2006, se observa que el segundo inciso del artículo 48 (hoy demandado), no hizo parte del proyecto original presentado a consideración de las cámaras, aunque sí se contemplaba la existencia de los mensajes de restablecimiento y garantía de derechos, para cuya difusión los concesionarios de ciertos servicios deberían ceder espacios de su programación. Este inciso segundo, complementario del que le precede, fue introducido apenas durante el segundo debate cumplido ante la plenaria del Senado de la República el 22 de agosto de 2006 (último

del trámite legislativo), a propuesta de la Senadora Alexandra Moreno Piraquive, sin que conste en las respectivas actas la existencia de una expresa y suficiente sustentación al respecto. El texto quedó incorporado en la versión final, conciliada por comisionados de ambas cámaras el 20 de septiembre del mismo año y posteriormente aprobada por la plenaria de cada una de ellas.

En suma, no existe constancia de que durante el trámite de este proyecto se hubiere sustentado, de manera suficiente, por qué frente al propósito de protección de la niñez, este medio resulta preferible a otros de posible menor impacto contra la persona condenada, lo cual podría sustentar la utilidad de la medida cuya legitimidad se debate.

De tal manera, y ante la falta de evidencia empírica directa sobre los efectos de tal publicación en mejores niveles de protección y bienestar de la niñez, resulta especialmente difícil realizar este juicio. Lo anterior se ve acentuado por el hecho, destacado en el punto anterior, de que la finalidad que se ha admitido como constitucionalmente legítima es de carácter genérico - la protección de los niños -, siendo notoriamente incierto de qué manera concreta estarán ellos mejor resguardados por el hecho de divulgarse dicha información. Así, no es válido afirmar de manera concluyente que la medida sea útil o efectiva para la protección de la niñez residente en Colombia.

Esta apreciación se corrobora al analizar de manera preliminar algunos de los posibles efectos benéficos que se buscarían con la difusión de los nombres completos y la fotografía reciente de los condenados en el último mes por delitos sexuales contra menores, así:

Si se trata de ejercer prevención general para disuadir a futuros infractores en potencia, tampoco aparece motivación en el proceso legislativo, con estudios biológicos, psicológicos, sociológicos y, en general, criminológicos, sobre la naturaleza de esos delitos, particularmente cuando son cometidos contra seres humanos que no han adquirido formación sexual, pudiendo mediar impulsos irracionales, instintivos e irrefrenables, anómalos frente al comportamiento sexual de la mayoría de la población, que difícilmente podrían ser controlados así se observe que la justicia ha sido eficiente y severa en algunos casos, frente a otros individuos que incurrieron en comportamientos semejantes.

Tampoco se analizó, en la misma línea, el índice de reincidencia en este tipo de conductas, que puede ser significativamente alto y daría lugar a pensar que tampoco opera la

prevención especial, con lo que aún el hecho de haberse divulgado la información relativa a la propia condena, no parecería razón suficiente para contener a un individuo en trance de cometer una nueva acción delictiva de la misma naturaleza.

En el plano de prevenir a la población sobre la presencia de estos individuos en sus vecindarios y el peligro que representan, debe tenerse en cuenta que por la época en que ha de efectuarse la difusión, “las personas que hayan sido condenadas en el último mes”, en la mayoría de los casos el sentenciado estará aún privado de la libertad, dado el extendido quantum punitivo actual, quedando sin fundamento ese objetivo de la publicación en el mes siguiente.

Pero, en el otro extremo, si se previera que la divulgación ha de hacerse al ser excarcelado, se estaría desconociendo el nominal efecto de reinserción social, rehabilitación o resocialización que se le abona a la pena como una de sus funciones inmanentes, teóricamente justificadora especialmente de la privación de la libertad.

Por lo anterior, no encuentra la Corte evidencia, ni siquiera mediana, de que el medio escogido para brindar protección a la población infantil tenga una efectividad tal que justifique la instauración de esta medida.

5.4. Para tratar de establecer una relación entre el beneficio obtenido y la afectación o perjuicio que se causa contra otros bienes jurídicos, ha quedado constatada la alta indeterminación del beneficio que este mecanismo de difusión de la condena puede generar, por la carencia de estudios que le otorguen fundamento, lo cual, por ahora, coloca en un plano puramente especulativo evaluar la relación costo - beneficio que al respecto pudiera plantearse y, a partir de allí, deducir si se está quebrantando la proporcionalidad. Empero, sí existe en este caso una percepción mucho más amplia sobre el gravamen o afectación que para la persona condenada y también para su familia, especialmente en comunidades menores, implica la difusión adicionalmente estigmatizadora de la identificación pública cuya exequibilidad se discute, razón por la cual se estima procedente discurrir, en forma breve, en relación con tales afectaciones.

De manera general, es evidente que aquellas personas condenadas cuya identidad se difunda sufrirán por ello una innecesaria afectación adicional; si además de al sentenciado, o en lugar de él, quienes observen la divulgación conocen a su familia, los naturales

sentimientos negativos que una noticia de este tipo despertada podrían extenderse contra personas que no sólo no son culpables de la depravación que se informa, sino que seguramente la desapruueban o alguno (a) (s) de ellos la han padecido, y vienen a sufrir adicional vergüenza, baldón y otras aflicciones por lo que no han hecho. Aún más, se exponen a eventuales agresiones, verbales o de hecho, por parte de quienes conozcan y sepan dónde encontrar familiares del condenado, probablemente algunos en el rango de minoridad que teóricamente se quiere proteger.

La violencia podría ser también exacerbada contra el mismo individuo, como con frecuencia sucede en los propios centros de reclusión contra quienes son etiquetados como violadores de niños, o en otros lugares si se encontrare en libertad, posibilidad por cierto remota, dada la severidad de las sanciones que ha previsto el legislador para esta clase de delitos, complementada con la exclusión de beneficios y mecanismos sustitutivos o alternativos.

5.5. La desproporción es todavía más palmaria al advertir, como lo plantea la actora, que con la aplicación de esta medida el delincuente esté siendo utilizado por el Estado para crear temor, lo cual agrede de modo adicional, innecesario y poco útil, e implica una invasión a la órbita interna, además de utilización del individuo, inadmisibles frente a la persona humana, así se parta de la altísima gravedad de la acción perpetrada.

Recuérdese, por otra parte, de nuevo en relación con el debate legislativo, que no aparece que se haya efectuado una consideración al menos mediana sobre la razón de ser y los efectos que se esperaban del precepto cuestionado; ni que hayan sido consideradas alternativas conducentes al mismo propósito, que pudieran conllevar más efectividad y menor afectación al individuo condenado y/o a su familia.

Lo brevemente expuesto señala que, pendiente la eventual demostración de los hipotéticos beneficios sociales que esta medida pudiera traer consigo, son en cambio evidentes y de gran significación los costos y riesgos que ella supone para la persona misma y para los miembros de su familia, donde podría hallarse la propia víctima, u otro menor en aumentado riesgo de victimización. Por ello, estima la Corte que tampoco se surte este elemento del test de proporcionalidad que se viene adelantando, al no compensarse el perjuicio acarreado a otros bienes, con el ignoto beneficio obtenible.

6) Conclusión

Del análisis precedente se observa que existe un alto grado de incertidumbre sobre la capacidad que la medida estudiada podría tener para alcanzar de manera efectiva el propósito de protección a la niñez con el que presumiblemente fue establecida. Por el contrario, son notorios los peligros y afectaciones que ella supone tanto para los individuos penalmente sancionados como para los miembros de sus familias, y aún para las posibles víctimas y sus allegados. Así las cosas, concluye la Corte que esta publicación no es una medida idónea para el logro de la finalidad propuesta, y por el contrario, constituye un mecanismo desproporcionado e innecesario frente a la búsqueda de dichos objetivos.

Entonces, al revelarse claramente ineficaz como mecanismo de protección de la niñez, es necesario concluir que la medida estudiada vulnera el artículo 44 superior, lo que conduce a su declaratoria de inexecutable, sin que para arribar a esta conclusión resulte necesario analizar en detalle las demás objeciones planteadas por la demandante y por otros intervinientes que fueron relacionadas páginas atrás.

VII. DECISION

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

RESUELVE

Declarar INEXEQUIBLE el inciso 2° del artículo 48 de la Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y la Adolescencia.

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

RODRIGO ESCOBAR GIL

Presidente

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

CON ACLARACIÓN DE VOTO

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

CON ACLARACIÓN DE VOTO

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

AUSENTE CON EXCUSA

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

CON ACLARACIÓN DE VOTO

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrada

AUSENTE EN COMISIÓN

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACION DE VOTO A LA SENTENCIA C-061 DE 2008 DEL MAGISTRADO JAIME ARAUJO RENTERIA

MUROS DE LA INFAMIA-Autorización de publicación de los nombres de condenados por delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales mediante acto administrativo (Aclaración de voto)

INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Criterio para determinar si la norma demandada se orienta a su protección y defensa (Aclaración de voto)

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD-Confrontación de la norma acusada respecto del Código de Procedimiento Penal (Aclaración de voto)

REF.: Expediente: D-6821

Demanda de inconstitucionalidad contra el inciso 2º del artículo 48 de la Ley 1098 de 2006, “por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”

Magistrado Ponente:

NILSON PINILLA PINILLA

Con el acostumbrado respeto por las decisiones adoptadas por esta Corporación, me permito presentar aclaración de voto frente a esta sentencia, ya que si bien me encuentro de acuerdo con la parte resolutive de este fallo, en cuanto declaró inexecutable el inciso 2º del artículo 48 de la Ley 1098 de 2006 o Código de la Infancia y la Adolescencia -norma que disponía la presentación en los espacios de televisión, durante el último mes, del nombre y la fotografía de las personas condenadas en cualquier lugar del país, por cualquiera de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, de que trata el título IV de dicha ley, cuando la víctima hubiere sido un menor de edad-, no lo estoy con la línea de construcción de la providencia, como paso a exponer a continuación:

1. En primer término, discrepo de la interpretación que se hace de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia sobre el tema que hoy nos ocupa, sobre los denominados “muros de la

infamia”, cuyo análisis se basa en que la publicación de los nombres de los condenados por delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales no se puede autorizar mediante acto administrativo, sino por medio de ley, sin entrar a otros aspectos de orden constitucional que ahora se nos plantean con esta demanda.

2. A juicio del suscrito magistrado, en este caso más que definir si se trata o no de una pena, la línea de construcción de la sentencia debe orientarse a partir del concepto de los menores como sujetos de especial protección constitucional, de la prevalente protección de los menores, y de la primacía del interés superior del menor, para en este sentido, determinar si la medida adoptada mediante la disposición demandada se encuentra orientada hacia la protección y defensa de ese interés superior del menor.

De este modo, en mi criterio no se demuestra que la medida adoptada por el legislador sea realmente efectiva como instrumento de prevención y protección de los menores. Por consiguiente, resulta inconstitucional frente a la primacía del interés superior del menor, y gravosa no sólo para sus intereses sino para los de otros ciudadanos.

4. De igual manera, el suscrito magistrado considera improcedente que en esta sentencia se aborden algunos temas que plantean serias dificultades jurídico-conceptuales y que no son necesarios en el presente análisis. Entre ellos, la naturaleza de la medida, respecto de la cual considero que se trataría de una pena y en consecuencia vulneraría varios principios constitucionales, como los del juez natural, la prohibición del non bis in ídem y el derecho de defensa, de conformidad con el artículo 29 Superior.

En este orden de ideas, en mi opinión la sentencia debió limitarse a afirmar que la medida impuesta no es de carácter administrativo. Por tanto, considero que la Corte no debe asumir posiciones frente a este tema, pues basta limitarse a señalar que la presente medida no es idónea para alcanzar el fin de proteger el interés superior del menor. Frente a otra clase de instrumentos para proteger el interés y los derechos de los menores, se debe indicar que corresponde determinarlos al legislador.

Por esta razón, el suscrito magistrado considera que al mantenerse la ambigüedad en la argumentación de la sentencia, la confusión se hace mayor. No se puede afirmar que la norma establece una medida administrativa y al mismo tiempo calificarla como una pena. Ahora bien, de sostener esto último, debe serlo con todas las consecuencias jurídicas. A mi

juicio, si se tratara de una pena, puede llegar a ser degradante y adicionalmente trascendería al responsable. Por esta razón, debo reiterar que la Corte no debe pronunciarse sobre este tema.

5. De otra parte, debo observar que la confrontación de la norma demandada debe hacerse respecto de la Constitución y no respecto del Código de Procedimiento Penal. Adicionalmente, es de señalar que la Corte debe expresar de manera expresa que las consecuencias del delito no deben trascender a personas distintas del condenado.

6. Finalmente y como corolario de lo anterior, considero que la Corte debe ser muy clara en señalar que la esencia de esta decisión, en cuanto declara la inconstitucionalidad de la disposición impugnada, es proteger el interés superior del menor, que no resulta favorecido con tal medida, y no el de favorecer al condenado por estos delitos.

Con fundamento en las razones expuestas, aclaro mi voto a la presente sentencia.

Fecha ut supra,

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

A LA SENTENCIA C-061 de 2008

EJERCICIO DE LA MAGISTRATURA EN LA CORTE CONSTITUCIONAL-Aspectos en los que se refleja su pluralismo (Aclaración de voto)

En Colombia existe una sólida y saludable tradición de pluralismo en el ejercicio de la magistratura que se refleja en: i) el voto de los magistrados es conocido y divulgado, usualmente en un comunicado oficial de la Corte, lo que permite a los ciudadanos conocer la posición de cada magistrado; ii) las sentencias son firmadas por todos los magistrados, lo que permite a cada uno señalar, debajo de su rúbrica, si aclara o salva el voto; iii) las deliberaciones constan en un acta accesible al público inmediatamente después de ser

aprobadas por el pleno de la Corte donde se recogen los argumentos de cada magistrado; y iv) a la correspondiente sentencia se deben adjuntar las opiniones disidentes de los magistrados, si las hay, o sea, los salvamento o aclaraciones de voto.

EJERCICIO DE LA MAGISTRATURA EN TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EN DERECHO COMPARADO-Francia (Aclaración de voto)

EJERCICIO DE LA MAGISTRATURA EN TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EN DERECHO COMPARADO-Estados Unidos (Aclaración de voto)

ACLARACION DE VOTO-Sentido y contenido de opinión disidente/SALVAMENTO DE VOTO-Sentido y contenido de opinión disidente (Aclaración de voto)

En nuestro contexto hay cuestiones constitucionales de enorme relevancia sobre las cuales cabe anticipar una evolución, lo cual es un aliciente para que la opinión disidente sea escrita, no para atacar a la Corte, sino para sentar bases sólidas que propicien un cambio de jurisprudencia, y dada la misión trascendental que cumplen las sentencias de la Corte de fijar el significado de la Constitución, la decisión de escribir una opinión separada o disidente también implica una responsabilidad, articular una crítica útil a la sentencia de la Corte, en especial cuando dicha sentencia puede llegar a constituirse en un precedente. Si una opinión separada o disidente no puede ser orientada en ese sentido, el juez que salve o aclare su voto puede satisfacer sus convicciones jurídicas simplemente anunciando que no esta de acuerdo con la Corte.

Referencia: expediente D-6821

Demandante: Luz Ximena España Amador

Demanda de inconstitucionalidad contra el inciso 2° del artículo 48 de la Ley 1098 de 2006, “por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”.

Magistrado Ponente:

NILSON PINILLA PINILLA

En esta oportunidad me limitaré a reiterar lo que he señalado en otras aclaraciones o

salvamentos de voto, puesto que no considero pertinente explicar en extenso mi posición sobre lo decidido en la presente sentencia. Basta con señalarla públicamente al votar y firmar la sentencia, y con expresar mi criterio sobre las opiniones disidentes.

A diferencia de lo que sucede en otros países de tradición romano-germánica, en Colombia existe una sólida y saludable tradición de pluralismo en el ejercicio de la magistratura.⁹ Esta se refleja en cuatro aspectos: (i) el voto de los magistrados es conocido y divulgado, usualmente en un comunicado oficial de la Corte, lo cual permite a los ciudadanos conocer la posición de cada magistrado, (ii) las sentencias son firmadas por todos los magistrados, lo cual le permite a cada uno señalar públicamente, debajo de su rúbrica, si aclara o salva el voto, (iii) las deliberaciones constan en un acta accesible al público inmediatamente después de ser aprobada por el Pleno de la Corte donde se recogen los argumentos de cada magistrado, y (iv) a la correspondiente sentencia se deben adjuntar las opiniones disidentes de los magistrados, si las hay, o sea, los salvamentos o aclaraciones de voto. Además, la Secretaria General puede certificar cómo voto cada magistrado, si un interesado así lo solicita.

Estos cuatro aspectos - que constituyen una de las fortalezas de nuestra tradición judicial - son separables, como lo demuestra el derecho comparado.¹⁰ O sea que es perfectamente posible que un magistrado opte por disentir, pero deponga su interés en criticar la sentencia correspondiente, cultivar el individualismo, hacer gala de su conocimiento o mostrar soluciones alternativas que considera más apropiadas. Todo en aras de contribuir a fortalecer a la institución judicial a la cual pertenece y a que las sentencias fijen el sentido de la Constitución con sólida autoridad.

Habrà, por supuesto, casos en que dicha contribución se logre mejor escribiendo una opinión separada, siempre dentro del mayor respeto por la institución. Así lo estimé necesario, por ejemplo, en la sentencia sobre el aborto (C-355 de 2006), la cual compartí enteramente. Escribí una aclaración de voto a dicha sentencia para agregar algunos argumentos fundados en el derecho comparado, con el fin de dar elementos de juicio orientados a impulsar desarrollos futuros en la materia, no para criticar la sentencia.¹¹ En cambio, en la primera sentencia en la cual participé sobre la igualdad de las parejas del mismo sexo (SU-623 de 2001), escribí un salvamento de voto conjunto para tratar de abrir el camino hacia evoluciones jurisprudenciales encaminadas a proteger a las parejas del mismo sexo, como en

efecto sucedió varios años después sobre bases distintas a las que en 2001 dividieron a la Corte.

Lo mismo hice en temas menos “duros” pero importantes en el contexto colombiano, como la posibilidad de subsanar algunos vicios de procedimiento (C-333 de 2005). Mi orientación anti-formalista me conduce a declarar el vicio pero también a admitir, como lo dice expresamente la Constitución desde 1991, que si se reúnen ciertas condiciones la ley puede ser devuelta para que la falla en el procedimiento pueda ser subsanada. Así sucede ahora frecuentemente con las leyes aprobatorias de tratados públicos. Es que en nuestro contexto hay cuestiones constitucionales de enorme relevancia sobre las cuales cabe anticipar una evolución, lo cual es un aliciente para que la opinión disidente sea escrita, no para atacar a la Corte, sino para sentar bases sólidas que propicien un cambio de jurisprudencia. Ello también ocurrió, por supuesto, antes de la Carta de 1991. Un buen ejemplo de ello es el salvamento de voto del magistrado Luis Sarmiento Buitrago a favor del control material de los decretos declarativos de un estado de excepción durante la vigencia de la Constitución de 1886. Si bien la Corte Suprema de Justicia nunca dio ese paso, en la Constitución de 1991 se plasmaron los fundamentos para que la Corte Constitucional avanzara en esa dirección, como en efecto aconteció.

Fue este espíritu constructivo el que me animó a abstenerme de seguir repitiendo el mismo salvamento de voto (ver, por ejemplo, el que escribí a la T-080 de 2006) a las sentencias de tutela que ordenaban la terminación indiscriminada de cualquier proceso ejecutivo hipotecario denominado en UPAC12. Una vez que la Sala Plena decidió asumir el conocimiento de varias tutelas acumuladas con el fin de unificar la jurisprudencia, dejé de escribir una opinión disidente en las Salas de Revisión en las cuales participé y tampoco lo hice en la sentencia de unificación donde la Corte construyó un enfoque diferente sobre nuevas premisas compartidas por casi todos los magistrados (SU- 813 de 2007).

Ahora bien, las sentencias de la Corte cumplen una misión trascendental consistente en fijar el significado de la Constitución. Por lo tanto, la decisión de escribir una opinión separada o disidente también implica una responsabilidad primordial: articular una crítica útil a la sentencia de la Corte, en especial cuando dicha sentencia puede llegar a constituirse en un precedente. Si una opinión separada o disidente no puede ser orientada en ese sentido, el juez que salve o aclare su voto puede satisfacer sus convicciones jurídicas simplemente

anunciado que no esta de acuerdo con la Corte.

Frecuentemente se pasa por alto que inclusive en Estados Unidos donde, a diferencia de Europa, existe una larga tradición de admitir las opiniones disidentes, varios magistrados entendieron que, en determinadas circunstancias, tanto la certeza del derecho como la solidez de la Corte aconsejan reducir el disenso y promover la unanimidad. Es bien sabido, por ejemplo, que el jurista Earl Warren trabajó arduamente para conseguir que la sentencia *Brown v. Board of Education* – mediante la cual se puso fin a la segregación racial en los colegios públicos- fuera unánime. Así mismo, John Marshall solo escribió nueve opiniones disidentes en cuarenta y cuatro años de ejercicio de la magistratura, puesto que comprendió que el nacimiento del control constitucional y la consolidación de la Corte investida de la autoridad para decir qué dice la Constitución, requería de una clara cohesión institucional. Por esa misma razón, Marshall aceptó ser magistrado ponente de sentencias con las cuales estaba en desacuerdo.¹⁴

Además, en este caso el ímpetu de afinar la pluma para criticar la sentencia se ha desvanecido después de tranquilas reflexiones en torno al sentido de las opiniones separadas o disidentes. Estas me han llevado a darme cuenta de que aun los juristas admirados por la claridad, elocuencia, pertinencia y seriedad de sus opiniones disidentes, estimaban que no tenía sentido insistir, una y otra vez, en escribir de manera individual la posición que expresaron en las deliberaciones y mucho menos las que habían sostenido a lo largo del tiempo. No se debe olvidar que Oliver Wendel Holmes – denominado el gran disidente – sostenía que cuando un magistrado escribe un salvamento o aclaración de voto debe recordar que “esta dando su punto de vista sobre el derecho, no peleando con otro gallo”. Esto llevó en múltiples ocasiones al magistrado Holmes a señalarles a los colegas de la Corte con los cuales compartía una opinión disidente, que debían modificar los términos empleados en el escrito correspondiente para respetar el principio ético de la civilidad en el disentimiento.

No se trata de seguir una regla de consenso, inapropiada en un contexto pluralista y en todo caso superada por la divulgación de los votos de cada magistrado. El objetivo esencial es contribuir a la consolidación de una institución que, como la Corte Constitucional, adopta decisiones que definen el rumbo del país en temas que despiertan enorme sensibilidad, tienen un impacto profundo o están sujetos de manera recurrente a la dura prueba del litigio

constitucional.

Entonces, honro esa responsabilidad consustancial a la administración de justicia, que ha de ser tenida en cuenta por el juez constitucional cuando – más allá de hacer pública su posición al advertir que salva o aclara el voto – decide escribir una opinión disidente: la voz individual del magistrado debe contribuir a esclarecer el derecho, en lugar de confundir, y debe inscribirse en el respeto por la majestad de la justicia, en lugar de tratar de deslegitimarla.

Fecha ut supra,

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

NILSON PINILLA PINILLA A LA SENTENCIA C-061 DE 2008

PUBLICACION DE NOMBRES Y FOTO DE PERSONAS CONDENADAS POR DELITOS CONTRA LA LIBERTAD, INTEGRIDAD Y FORMACION SEXUALES, CUANDO LA VICTIMA ES UN MENOR DE EDAD-Consideraciones adicionales que refuerzan la inconstitucionalidad de la medida (Aclaración de voto)

PUBLICACION DE CONDENADOS POR DELITOS CONTRA LA LIBERTAD, INTEGRIDAD Y FORMACION SEXUALES EN MENORES DE EDAD-Medida desproporcionada por ausencia de razonabilidad entre aflicción que conlleva y beneficios que reporta (Aclaración de voto)

Referencia: expediente D-6821

Demanda de inconstitucionalidad contra el inciso 2° del artículo 48 de la Ley 1098 de 2006, “por la cual se expide el Código de la Infancia y la adolescencia”.

Demandante: Luz Ximena España Amador

Magistrado ponente: Nilson Pinilla Pinilla

Habiendo sido aceptada y suscrita por los demás integrantes de esta corporación participantes de esta decisión la parte resolutive y la mayoría de la sustentación que como ponente les propuse frente a la demanda dirigida contra el artículo 48 del Código de la Infancia y la Adolescencia, norma que ordenaba la presentación por televisión de los nombres y fotografías de personas recientemente condenadas por delitos sexuales contra menores de edad, con el debido respeto por las determinaciones de la mayoría, estimo pertinente sustentar mi aclaración de voto, para dejar constancia de algunas otras reflexiones que hicieron parte de la motivación del proyecto que en la oportunidad correspondiente puse a consideración de la Sala Plena, las cuales no fueron acogidas por los demás Magistrados.

En este caso la Corte prefirió limitar su análisis sobre el contenido e implicaciones de este precepto al correspondiente juicio de proporcionalidad de la medida estudiada, cuyo resultado era sin duda suficiente para declarar, como en efecto se hizo, la inconstitucionalidad de aquélla. Sin embargo, esta opción implicó dejar de lado otras apreciaciones que en su momento propuse a la Sala, especialmente con el propósito de responder a varios importantes aspectos planteados tanto por la demandante como por los intervinientes.

Dado que, por el contrario, mantengo mi convicción en el sentido de que esos contenidos daban un importante sustento adicional a la decisión adoptada, y precisamente en atención a esa trascendencia, me permito transcribirlos a continuación, en la misma forma en que fueron propuestos, en dos distintos fragmentos según resulta de la secuencia del texto aprobado por la Sala Plena.

El primero de los apartes omitidos indagaba sobre el carácter sancionatorio o no de la medida cuestionada, y a continuación planteaba de manera directa la pregunta sobre si ella podría considerarse un trato cruel, inhumano o degradante en los términos del artículo 12 constitucional:

“5) La divulgación de la información que la norma demandada ordena presentar a través de la televisión, no tiene carácter sancionatorio penal

5.1. Tanto en la demanda como en el escrito presentado por la representante de la Defensoría del Pueblo se alega que este tipo de medidas amplía el radio de acción de la pena y que, aun cuando el legislador no le haya dado este carácter, es innegable su naturaleza sancionatoria. Afirmaciones que de ser ciertas darían lugar a un juicio de constitucionalidad aún más estricto, que incluya los restrictivos principios y criterios con los que la jurisprudencia evalúa la exequibilidad de las normas sancionatorias, entre ellos la legalidad de la sanción, la tipicidad, el non bis in ídem, la imposibilidad de aplicarlas de manera retroactiva y/o el desconocimiento del principio de cosa juzgada.

Por ello, se hace necesario que la Corte se pronuncie expresamente en relación con el alegado carácter de sanción que esta medida podría tener.

Para efectos de este análisis es conveniente comenzar por precisar que entre los conceptos de sanción y pena existe una relación de género a especie, de tal modo que toda pena es una sanción, pero existen sanciones como las disciplinarias y, en acepción amplia, las administrativas, que no tienen carácter penal, situación ante la cual la jurisprudencia ha advertido que no es pertinente aplicar, o no con el mismo rigor, todos los principios propios del derecho penal y del procedimiento penal¹⁵, resultando claro, además, que si a una determinada medida no puede atribuírsele carácter sancionatorio, menos aún podría especularse sobre su eventual naturaleza penal.

A partir de esta consideración, la Corte planteará en primer término el concepto de sanción penal y a continuación estudiará el carácter de la medida aquí cuestionada. Posteriormente, de acuerdo con la naturaleza que la medida estudiada presente, se plantearán las conclusiones que correspondan.

5.2. Observando el sentido y las características de la sanción penal, puede acudir a Luigi Ferrajoli¹⁶ para recordar que la pena ha sido considerada como una clase de sanción que surge a consecuencia del delito, cuya naturaleza y límites máximos se encuentran preestablecidos en la ley, “impuesta por un juez de acuerdo con las formalidades y con las garantías del proceso penal”, uno de cuyos principios, el de la “estricta legalidad de las penas (nulla poena sine lege)”, se materializa en tres aspectos fundamentales: i) La reserva de la ley, que conlleva que las penas sean establecidas o modificadas exclusivamente por la ley; ii) la tipicidad o taxatividad de las penas, en cuya virtud lo son “todas aquellas y sólo

aquellas descritas, cualitativa y cuantitativamente, por la ley”; y, iii) la predeterminación legal de la pena, criterio del cual se obtiene que sólo puede ser impuesta ante un delito y dentro de las medidas que la ley contempla.

De lo anterior emerge que, al igual que en la aplicación de la ley penal, las garantías que siempre han de rodear la imposición de una pena, caractericen ésta como “sanción abstracta, cierta e igual, medible legal y judicialmente”, esto es, impuesta dentro del monopolio del ius puniendi que el Estado ejerce, para el caso a través del juez, acorde con las limitaciones que la Constitución y la ley le imponen, envolviendo el veto a la analogía in malam partem y la proscripción de su retroactividad cuando resulte más gravosa para el condenado, al igual que su aplicación retroactiva o ultraactiva si le fuere favorable.

A su vez, tanto las penas principales (privación de la libertad, multa u otras así consagradas en la parte especial del Código Penal), como las accesorias (privación de otros derechos), conllevan una pérdida jurídica de mayor o menor magnitud para quien la recibe, que es susceptible de graduación, la cual igualmente compete al operador judicial, dentro de unos marcos legales, dando lugar a la denominada “jurisdiccionalidad” de la pena, como forma de materializar y complementar el principio de legalidad de la misma.

Esa “jurisdiccionalidad” implica que la naturaleza de la pena y su medida han de ser determinadas e impuestas exclusivamente por el juez, en la forma como la ley ha señalado y dentro del desarrollo del proceso penal, con todas las garantías fundamentales que blindan este último, para lo cual será necesario que el funcionario judicial, partiendo de la verificación de la ocurrencia del delito, de su gravedad y características específicas, y del grado de responsabilidad establecida, determine cuál es la pena concreta y la medida justa en que debe ser impuesta, siendo una afectación a este principio cualquier tipo de sanción engendrada por fuera del respectivo proceso debido, así fuere por anteceder a la declaratoria de responsabilidad o por ser posterior a las consecuencias impuestas en una sentencia ejecutoriada.

Resulta ostensible que la medida cuya exequibilidad se examina no cumple en manera alguna con las características atribuidas normativa, jurisprudencial y doctrinalmente a las penas. Su objetivo primario es informar a la comunidad, en sentido amplio, a través de la divulgación e individualización de personas que han sido condenadas por delitos sexuales

contra menores de edad, con lo cual se aspira a precaver que incurran en nuevas agresiones de tan execrable naturaleza, alertando a la ciudadanía de lo que podría ser interpretado como proclividad hacia esa clase de perversión.

Simultáneamente, se estaría buscando disuadir a otros potencialmente aberrados, al igual que transmitir a la ciudadanía un mensaje tranquilizador, relacionado con la efectiva aplicación de la ley penal frente a infracciones que causan grave ofensa al sentimiento colectivo y provocan el repudio social.

5.3. Deviene evidente que a lo estatuido en el inciso 2° del artículo 48 de la Ley 1098 de 2006 no se le puede reconocer naturaleza de pena, siendo máxime una consecuencia administrativa - policiva del delito, de efectos preventivos por las precauciones que busca propiciar en quienes pueden llegar a estar en el ámbito de desenvolvimiento social de quien ya realizó tan reprochable conducta, se le probó y por ello fue condenado; y de protección general, en cuanto el oprobio de la divulgación pública pueda llegar a disuadir a otros de incurrir en tan execrable comportamiento contra menores de edad.

En todo caso, mal podría tratarse de una sanción penal, porque de suponerla, resultaría flagrante el quebrantamiento de la reserva judicial para su aplicación, en cuanto no es un juez o tribunal quien la impone (art. 29 Const.), sino de un ente administrativo (“para transmitir mensajes de garantía y restablecimiento de derechos que para tal fin determine el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar dirigidos a los niños, las niñas y a los adolescentes y a sus familias”)¹⁷.

Similares observaciones efectuó la Sala Cuarta de Revisión de esta corporación, al analizar recientemente las medidas contenidas en el Acuerdo 280 de 2007 del Concejo Distrital de Bogotá, que como se ha dicho contiene disposiciones de alcances y efectos semejantes, guardadas proporciones, a la norma que ahora se examina. Expuso entonces esta Corte sobre el particular¹⁸:

“De este modo, de acuerdo con el texto de las normas y con una aproximación a los alcances de la manera como fueron plasmadas las medidas, es posible concluir que las mismas son medidas administrativas de difusión que tienen un propósito preventivo. La eventual afectación que esa medida pueda significar para los derechos de quienes hayan sido condenados por delitos sexuales, no la convierte en una sanción, aunque sí puede dar lugar a

un ejercicio de ponderación.”

En tal línea, concluye entonces la Corte que la divulgación a través de la televisión de los nombres y fotografías recientes de personas condenadas por delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales de menores de edad, no tiene un carácter sancionatorio penal y así no puede derivarse, de los estrictos principios y criterios que le son propios, razón que justifique la declaratoria de inexecutable del inciso aquí demandado.

“Es claro para la Sala que la medida adoptada por el Concejo de Bogotá, no podía tener la naturaleza de una sanción, como de cierto modo se contemplaba en proyecto de acuerdo, porque ello implicaría desconocer diversos principios constitucionales en materia penal, como el de legalidad de la pena, cosa juzgada y debido proceso. Sin embargo, tal y como fue aprobada la norma por el Concejo de Bogotá, no tiene la naturaleza de una sanción adicional a la impuesta por el juez penal. La misma fue concebida como una medida administrativa, orientada a divulgar una determinada información con fines preventivos.

No obstante que los accionantes asumen que las medidas contenidas en el acuerdo constituyen una sanción adicional a las que ya les han sido impuestas, y que, por consiguiente, resultan violatorias de varios derechos y principios constitucionales en materia penal, como el principio de legalidad de la pena, el non bis in idem, la cosa juzgada, la no retroactividad y la prohibición de penas o tratos inhumanos, crueles o degradantes, debe reiterarse que no se está ante una medida sancionatoria, porque no fue prevista con ese carácter en la ley en la que se apoyó el Concejo de Bogotá, ni fue esa la intención que se tuvo al establecerla. Por consiguiente no cabe someterla al escrutinio constitucional propio de la pena. No se afecta el non bis in idem, ni la cosa juzgada, no tiene el efecto de una sanción retroactiva, ni se requería que la medida hubiese sido dispuesta por el juez competente como resultado de un proceso penal. Se trata de una medida administrativa cuya finalidad es la protección de los derechos de los niños. Esa protección se especifica en el propósito de divulgación con una finalidad preventiva. Se parte de la consideración de que una manera de prevenir las ofensas sexuales contra menores es poniendo al tanto a la comunidad, a las familias y a los propios menores, sobre un hecho cierto, la condena de quien ha incurrido en tales ofensas, a partir de un presupuesto, soportado con evidencia científica, sobre los altos índices de reincidencia que se presentan en este tipo de delitos.”

Lo que se está considerando podría ser tomado, prima facie, como contrapuesto al párrafo de la sentencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de octubre 10 de 2007, dictada dentro de la acción de tutela allí radicada bajo el número 31.707 (M. P. Augusto J. Ibáñez Guzmán):

“En esta ocasión la publicación en muros y vallas es una sanción penal dispuesta, no por el Congreso de la República, sino por una autoridad administrativa que adolece de competencia para tal fin, y que no había sido contemplada antes de la comisión del hecho punible.”

Pero a diferencia de lo que podría pensarse si se mirare aisladamente el párrafo citado, la observación integral de lo decidido en ese fallo marca otra connotación de la inaceptable consecuencia de la previsión distrital, con “ocasión” de la ordenada “publicación en muros y vallas”, que podría llegar a aparentar una imposible equiparación con una sanción penal, que deviene absolutamente inconstitucional, como allí se sustenta con argumentos confluentes, por las adicionales garantías propias de la más rigurosa punición.

Por el contrario, ese análisis integral patentiza la misma delineación expresada en la comentada sentencia T-1073 de 2007, que ahora se enfoca y corrobora desde el control abstracto de constitucionalidad, porque, como aquí se concluirá, el legislador sí podría establecer una pena, presumiblemente accesoria, con similares propósitos a lo ahora estudiado, pero exclusivamente para determinación jurisdiccional y bajo todos los principios rectores y garantías que caracterizan al derecho penal y al derecho procesal penal, sin desbordar los linderos de la necesidad, la proporcionalidad y la razonabilidad, a partir de lo cual habría de observarse si tal hipotética previsión constituiría o no un tratamiento cruel, inhumano o degradante.

En síntesis, considera la Corte Constitucional que el demandado aparte normativo “En alguno de estos espacios y por lo menos una vez a la semana, se presentarán con nombres completos y foto reciente, las personas que hayan sido condenadas en el último mes por cualquiera de los delitos contemplados en el Título IV, ‘Delitos contra la Libertad, Integridad y Formación Sexuales’, cuando la víctima haya sido un menor de edad”, no contiene una sanción penal.

Pero ello está lejos de significar, ni le corresponde a la Corte abordarlo en este momento, que resulte fatalmente inexequible que el legislador, dentro de su margen de configuración, prevea y regule la divulgación de prosecuciones, actuaciones y determinaciones penales, con

la cobertura pública, periodicidad y/o duración, finalidad, mecanismo y forma que considere pertinente, como lo aceptó esta Corte en un ámbito distinto, frente a la lucha contra la criminalidad organizada, en la sentencia T-561 de diciembre 6 de 1993 (M. P. Jorge Arango Mejía); o lo fue la llamada “publicación especial de la sentencia” (art. 42, inciso 3° de la Ley 95 de 1936).

Ni tampoco implica que no puedan ser analizadas, para la eventual adecuación normativa a las realidades nacionales, alternativas extranjeras, como la “Ley Megan” referida en la citada sentencia T-1073 de 2007, que rige en algunos de los Estados Unidos de América; o que llegaren a implementarse procedimientos terapéuticos de avanzada (no los que apenas están siendo experimentados en otras latitudes), para abatir o al menos aplacar las criminales perversiones libidinosas, sin caer en indignidad, crueldad, inhumanidad ni degradación, según se considerará en el punto siguiente.

6) La divulgación de la información que la norma demandada ordena presentar, vulnera el artículo 12 de la Constitución Política

6.1. Afirma la actora, así como algunos de los intervinientes, que la aplicación de esta medida constituye un atentado contra la dignidad humana, tanto del sentenciado como de otros miembros de su familia, en cuanto so pretexto de contribuir a la protección y restablecimiento de los derechos de los menores afectados, lo cosifica y lo expone al escarnio público, lo cual implica un trato inhumano y degradante, situación que está prohibida de manera categórica por el artículo 12 constitucional, como así mismo se halla instituido en los principales tratados de derechos humanos a que alude el artículo 93 superior, como la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 5°); la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XXVI); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 5° numeral 2°) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 7°).

Esta consideración resulta relevante, no obstante haberse concluido que la divulgación de la información a través de los medios ya indicados no tiene carácter sancionatorio penal, sino que sería apenas una medida administrativa - policiva, que persigue propósitos diferentes al de una nueva punición. Ello por cuanto, no obstante esa precisión, la ejecución de la medida

puede generar efectos o consecuencias que se proyectan sobre la persona condenada e incluso sobre los miembros de su familia.

6.2. En relación con este tema y a propósito de lo expuesto por otros de los intervinientes que propugnan por la declaratoria de exequibilidad de la medida censurada, es pertinente resaltar que el planteamiento de la cuestión no implica desconocer que toda sanción conlleva aflicción, en mayor o menor grado. A este respecto cabe aclarar que se parte precisamente de la aceptación del carácter aflictivo de cualquier punición, pero se proscribe el exceso o desproporción en que pudiera incurrirse al imponer una sanción penal, además que esa interdicción constitucional no solamente se refiere a las penas, sino también a tratos de que pueda ser objeto la persona.

Frente al contenido de la parte final del artículo 12 constitucional y en relación con lo planteado, la Corte encuentra procedente analizar de manera concreta si esta especial forma de difusión de la condena proferida implica, en tal sentido, un tratamiento inhumano y/o degradante para el individuo.

El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua define como inhumano algo cruel o “falto de humanidad”, calidad que con el prefijo privativo “in” conduce también al concepto de “barbarie”; en relación con el adjetivo degradante, es necesario remitirse a la definición del verbo degradar, del cual se plantean, en primer término, las siguientes acepciones: i) “privar a una persona de las dignidades, honores, empleos y privilegios que tiene”; ii) “por extensión, reducir o desgastar las cualidades inherentes a personas o cosas”; iii) “humillar, rebajar, envilecer”.

Frente a las anteriores definiciones, la Corte entiende que la crueldad o inhumanidad se relacionan principalmente con actuaciones que agreden al individuo de manera excesiva, bien corporalmente, bien desde el punto de vista psicológico, esto último inmanente a la difusión de la información a que se refiere la norma acusada, generadora de vergüenza tanto para el individuo como para los miembros de su familia.

Pero la mayor intensidad del cuestionamiento emerge de que la difusión ordenada en el precepto impugnado se subsuma en lo degradante que proscribe la Carta Política, particularmente frente a la segunda y tercera de las acepciones transcritas, cuyo análisis resulta cardinal.

Para poder considerar como tratamiento degradante para el condenado el que emana de la divulgación de su nombre y fotografía en la forma dispuesta por el precepto cuestionado, debe partirse nuevamente de que dicha difusión resulta en sí misma vergonzosa e indeseable para el individuo de quien se trata. Esta misma situación podría entonces considerarse como degradante, si la aflicción o lesión que se le causa es excesiva o desproporcionada.

La respuesta a si esta forma de publicidad implica o no una degradación, podrá encontrarse entonces en el análisis de proporcionalidad de la medida frente a la finalidad que pretende alcanzar, por lo cual la Corte procederá a realizarlo, siguiendo para ello los criterios y fases jurisprudencialmente establecidos en relación con el tema”.

A continuación de estas consideraciones se incorporaba (originalmente bajo los números 6.3 a 6.6, lo relativo al juicio de proporcionalidad de la medida acusada, aspecto que sí se mantuvo en la versión finalmente aprobada por la Sala Plena (punto 5), aunque desligado de la posible calificación de aquella como trato cruel, inhumano o degradante, aspecto que se reflejaría en la eventual vulneración del artículo 12 superior.

Concluidos estos aspectos, el proyecto incorporaba algunos otros elementos relevantes como con: i) una reflexión sobre la gravedad de las penas imponibles a las personas condenadas por los mismos delitos cuyos autores serían objeto de la publicación ordenada en esta norma; ii) las conclusiones en torno al carácter cruel o degradante de esa publicación, ii) un comentario final sobre la violación al derecho a la igualdad que, según lo planteado en la demanda, se derivaría también de esta publicación. El texto de los párrafos ahí omitidos es el siguiente:

“7) La pena prevista para este tipo de delitos

En adición a las anteriores consideraciones, que descartan la proporcionalidad de la medida estudiada, cabe plantear otras relativas a las demás consecuencias, ellas sí de carácter penal, que afronta una persona condenada por algún delito de los que, de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 48 de la Ley 1098 de 2006, dan lugar a la pública difusión de su nombre y fotografía.

El legislador ha incrementado paulatinamente las penas, dentro del manido instrumento al

que suele acudir para tratar de contrarrestar las conductas punibles que más gravemente afectan bienes jurídicos de elevada sensibilidad.

A manera de ejemplo, aludiendo únicamente a la prisión, se tiene que quien hoy cometa un delito de acceso carnal violento contra un niño o niña¹⁹ y sea condenado, le corresponderá una pena entre 170,66 meses (más de 14 años) y 405 meses (casi 34 años)²⁰.

Sin entrar a calificar la justeza de esa punición actual, no puede ignorarse que la espontánea percepción de esos rangos hace inferir que la ley colombiana reprime con rigurosidad la perpetración de este tipo de delitos, pero que, para quien vaya a permanecer en prisión así sea por la cifra menor, poco efecto tendrá que sus conciudadanos miren su fotografía y sepan lo que hizo, dentro del mes siguiente a la ejecutoria de la sentencia condenatoria.

La severidad creciente denota cuál ha sido la tendencia legislativa, como sobresale al comparar el anotado marco punitivo actual con los 2 a 8 años fijados a la violencia carnal bajo la Ley 95 de 1936 (art. 316); o esos mismos 2 a 8 años de prisión para el acceso carnal violento (art. 298), aumentados “de una tercera parte a la mitad... 5° Si el delito se realizare sobre persona menor de diez años” (art. 306), en el Decreto 100 de 1980, de donde se pasó a la gran escalada sancionatoria contenida en la Ley 360 de 1997.

8. Conclusión sobre el carácter de trato degradante del precepto demandado

Resulta evidente que la drástica privación de la libertad es hoy en día considerada como la manera de ejercer prevención especial y general y retribución, echándose de menos alternativas científicas para abrirle posibilidades a la adecuada reinserción social y quedando claro que exhibir, “con nombres completos y foto reciente”, al menos “una vez a la semana”, a quienes hayan sido condenados “en el último mes” por cualquier delito contra la libertad, integridad y formación sexuales, “cuando la víctima haya sido un menor de edad”, conlleva una palmar exposición al oprobio y al etiquetamiento, con amplias características innecesariamente degradantes y ningún estudio que tan siquiera invite a presuponer que pueda producir un efecto benéfico para algo o para alguien.

Como expuso esta corporación en la ya citada sentencia T-1073 de diciembre 12 de 2007, (M. P. Rodrigo Escobar Gil):

“Es claro, en primer lugar, que la mera divulgación del hecho cierto de la condena de una persona por delitos contra la libertad, la integridad o la formación sexuales de menores de edad, es el resultado natural de un juicio penal que es público, se inscribe dentro del derecho que tienen las personas a recibir información veraz e imparcial y no es contraria a derechos fundamentales. La afectación que el sentenciado, sus familiares y allegados, o incluso las víctimas, puedan sufrir con esa divulgación, no es atribuible a la misma, sino al hecho cierto que es objeto de ella.

... ..

En cuanto hace a quien ha sido condenado, es preciso tener en cuenta que ya ha sido sometido a un proceso penal, como consecuencia del cual se le impuso la sanción que el ordenamiento jurídico considera adecuada. La afectación que le produzca la medida, no puede tenerse, en consecuencia, como una retribución o sanción adicional. Del hecho cierto del delito se deriva, por otra parte una afectación del buen nombre y de la intimidad, atribuibles también a la conducta trasgresora del orden y no a la divulgación de la misma. Sin embargo, la permanencia indefinida en el tiempo de los medios de divulgación, o su carácter recurrente, así como las modalidades visuales empleadas implican afectación de la intimidad personal y familiar del sentenciado y pueden tener un connotación de escarnio público o estigmatizante.

... ..

... en un alto porcentaje de los abusos sexuales a menores, los abusadores son los propios padres o familiares y los hechos tienen lugar en el hogar de los menores. No hay en la exposición de motivos, ni se han aportado al expediente, estudios que muestren cuál puede ser el efecto preventivo de una divulgación general sobre la identidad de este tipo de agresores sexuales. No se aporta evidencia que muestre que quienes cometen este tipo de abusos constituyan un riesgo general, más allá del ámbito familiar, ni que la divulgación al público de su identidad tenga en ese ámbito familiar un efecto útil mayor que el que se tiene por el conocimiento de primera mano de los hechos. Por el contrario, y éste es un asunto que habrá de examinarse en un subsiguiente paso del juicio de proporcionalidad, sí parecería claro que esa divulgación, con las características previstas en la norma, significa un gravamen emocional injustificado para la víctima y su familia...

... la falta de claridad en relación con la adecuación de la medida al fin propuesto apunta hacia que en este caso la misma deba inaplicarse por no satisfacer el segundo de los criterios del juicio de proporcionalidad...”

Y la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la también precitada sentencia de tutela de octubre 10 de 2007, M. P. Augusto J. Ibáñez Guzmán:

“No obstante, para la Sala el medio utilizado para alcanzar ese fin resulta desde todo punto de vista inadecuado y abiertamente desproporcionado, porque publicar la foto del delincuente no garantiza ni protege los derechos de la niñez. Podría afirmarse que esa publicidad permite que los menores identifiquen a aquellas personas como posibles agresores y en esa medida eviten tener el más mínimo contacto o comunicación con ellas, pero se olvida el impacto negativo que el retrato del victimario puede ocasionar en la propia víctima.

Esas vallas y muros podrían, seguramente, causar mayor estupor y aumentar la angustia que padecen los menores perjudicados con la conducta punible.

De otra parte, se deja de lado que, so pretexto de defender los derechos de algunos menores de edad (víctimas), se atenta en forma injustificada no solo contra los derechos a la dignidad y a la honra del sentenciado, sino de las personas que lo rodean, como su esposa, padres, hermanos e hijos, que pueden ser también menores de edad.

Pese a la enorme e innegable gravedad del hecho que la origina, la carga adicional que ahora es analizada resulta, de tal manera y bajo cualquier consideración, abiertamente desproporcionada, por la ausencia de razonabilidad entre la aflicción que conlleva y los no revelados beneficios que reportaría. De aceptarla, se estaría descendiendo a niveles de vindicación, ignominia y agravio público, objetivos que han sido proscritos como finalidades de las penas propiamente dichas y que emergen aún más extrañas e inapropiadas frente a medidas que no tienen esa connotación.

Cabe recordar a Michel Foucault²¹, que en lo primero sigue a César Beccaria, cuando patentó cómo “es la certidumbre de ser castigado, y no ya el teatro abominable, lo que debe apartar del crimen” y que “el castigo ha pasado de un arte de las sensaciones insoportables a una economía de los derechos suspendidos”.

Entonces, al evaluar el efecto que la medida estudiada puede producir en los individuos a ella sometidos y en sus familias, resalta con mayor evidencia la naturaleza de trato degradante de la publicación censurada, al aparecer, más que como una prevención, como medio para generar repugnancia, encono y adicional degradación para un ser humano, lo cual es abiertamente contrario a lo previsto en la expresión final del artículo 12 de la Constitución, siéndole consecuente la inexequibilidad que declarará esta Corte.

9) Comentario final: afectación al derecho a la igualdad

En cuanto también se adujo en la demanda y no obstante que lo determinado en precedencia torna innecesario disertar acerca de si también resulta desigual que sólo se someta a este tipo de divulgaciones a las personas condenadas por delitos sexuales contra menores de edad, mas no a todos los que infrinjan las distintas disposiciones de la ley penal, puede ser ilustrativo registrar las siguientes breves acotaciones.

La accionante considera que el precepto acusado vulnera también el artículo 13 constitucional, en cuanto la reprobada forma de publicación es exclusiva para condenas por tal tipo de delitos y si las víctimas han sido menores de edad. Estimaría discriminatorio que, si es que se considera que éste es un mecanismo eficaz de prevención del delito, no se aplique a sentenciados por otros delitos.

Varios de los intervinientes que se pronunciaron a favor de la constitucionalidad de la medida, argumentan que siendo su objetivo la protección de los menores de edad, en razón de la importancia que ella tiene conforme a lo previsto en el artículo 44 constitucional, ello justifica que la difusión se haga en estos casos, aun cuando no haya sido establecida para la condena por otro tipo de delitos.

Bien podría estimarse que el principal mecanismo para dilucidar la validez o no frente al artículo 13 superior, de una medida que resulta sospechosa de ser discriminatoria, es precisamente el test de proporcionalidad, bajo parámetros semejantes a los aplicados en aquél que la Corte condujo en anteriores apartes, en relación con el carácter degradante o no de esta medida.

Por ello, y sin necesidad de repetir en su integridad el análisis realizado páginas atrás, se colegiría que tampoco en este caso son superados los requisitos para excluir la existencia de

discriminación, por altísima que en efecto es la naturaleza de los derechos de los niños, por lo demás calificados como fundamentales, y no obstante la inmensa gravedad de las agresiones que contra ellos se cometan.

De todas maneras, la utilidad social de la medida continúa en entredicho, mientras que las afectaciones que ella puede causar son evidentes y significativas. Además, no explica la demandante cómo habría superado el legislador, al expedir el Código de la Infancia y la Adolescencia, las limitaciones que le imponen los artículos 158 y 169 de la Constitución Política, lo cual, aparte de confirmar la falta de incidencia de ese derecho a la igualdad sobre la determinación tomada, aconseja, una vez más, que si se justificare incluir alternativas sancionatorias que pudieren tener implicación punitiva, ello se realice de manera integrada y coherente, en el ámbito de las consecuencias jurídicas de la conducta punible, sin contrariar la normatividad superior, como para el caso lo fue la proscripción constitucional del sometimiento a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”.

Dado que la Corte, por decisión mayoritaria resolvió omitir estas trascendentales consideraciones, que reforzaban la inconstitucionalidad del precepto demandado, conclusión con la que sí estuvieron de acuerdo los restantes Magistrados, son esas las mismas razones que explican mi sucinta aclaración de voto.

Con mi acostumbrado respeto,

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

1 A este respecto cita las sentencias C-1064 de 2000 (M. P. Álvaro Tafur Galvis) y C-796 de 2004 (M. P. Rodrigo Escobar Gil).

2 Artículos 205 a 219B del Código Penal vigente, que incluyen, en sus diferentes modalidades, la violación, los actos sexuales abusivos y el proxenetismo.

3 Si bien el primer inciso de la norma (aparte no demandado) se refiere a los servicios de radiodifusión, televisión y espacios electromagnéticos (en muchos de los cuales no existe

programación propiamente tal, ni hay lugar al manejo de espacios o contenidos por parte del licenciataria), por la naturaleza del mensaje ordenado, que incluye la fotografía de la persona condenada, se entendería que la aplicabilidad de esta norma está contraída principalmente al servicio de televisión.

4 Se entendería comprendido entre la fecha de vigencia efectiva de la sentencia condenatoria y aquella en que la fotografía y nombre del condenado son difundidos a través de la televisión.

5 Esta Corte ya se ha pronunciado, en sede de tutela (T-1073 de 2007, M. P. Rodrigo Escobar Gil), frente a la aplicación de la norma distrital.

6 Arts. 237 Constitución y 132 del Código Contencioso Administrativo.

7 Este principio se encuentra presente en los principales tratados internacionales relacionados con temas de infancia y familia y, en particular, en la “Convención sobre los Derechos del Niño” adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, incorporada al derecho interno colombiano mediante Ley 12 de 1991.

8 Artículos 1° a 16.

9 Desde el siglo XIX los magistrados han podido salvar o aclarar el voto. Sin remontarnos más allá de la vigencia de la Constitución de 1886, cabe resaltar que en la primera sentencia en la cual se juzgó, en control previo, un acto del legislador, se presentaron salvamentos de votos.

10 En efecto, en Francia están prohibidas las opiniones disidentes en el Consejo Constitucional, pero las actas de sus deliberaciones son públicas, varias décadas después de su aprobación. En Estados Unidos están permitidas las opiniones disidentes, pero no existen actas de las deliberaciones. Mucho de la evolución del pensamiento de la Corte estadounidense queda consignado por escrito en los memorandos y notas oficiales que se cruzan los magistrados, los cuales son públicos también después de varias décadas. En Alemania, después de un complejo y extenso proceso, se pasó de la interdicción de las opiniones disidentes a su admisión. Ello sucedió a raíz del famoso caso Spiegel, resuelto en 1966, en el cual los magistrados se dividieron 4 contra 4. Ante la ausencia de mayoría por la

inconstitucionalidad, el acto controvertido en dicho caso se consideró convalidado. Para entonces, las opiniones disidentes no estaban permitidas. Entonces, la Corte Constitucional alemana optó por publicar las dos opiniones enfrentadas como parte de la sentencia misma, sin divulgar los nombres de los magistrados. Ello suscitó un debate sobre si las opiniones disidentes deberían ser permitidas. En 1968 se llevó a cabo un debate apasionado al respecto en el Congreso de Derecho, organizado por la asociación de juristas. Luego de una votación, los juristas se inclinaron a favor de permitir las aclaraciones y salvamentos de voto, a pesar de que los magistrados que integraban las cinco altas cortes alemanas votaron en contra (158 contra 65). En 1970, el Parlamento modificó la Ley Orgánica de la Corte Constitucional Federal alemana para permitir las opiniones disidentes.

11 Inclusive respecto de estas cuestiones tan álgidas, algunos magistrados han preferido abstenerse de hacer públicas las razones de su posición. En Alemania, en la primera sentencia sobre el aborto, dos magistrados escribieron sus opiniones disidentes. Por eso, se cree que la votación fue 6 contra 2. No obstante, en realidad fue una sentencia 5 contra 3, ya que uno de los magistrados de la minoría decidió no escribir un salvamento de voto.

12 Los puntos de mi disenso se originaron en que a mi juicio la tutela no debía ser concedida sin verificar si el interesado había solicitado la terminación del proceso, si el inmueble estaba efectivamente destinado a vivienda, si el deudor había aceptado la reliquidación del crédito o si el inmueble ya había sido adjudicado a una familia que lo adquirió de buena fe para vivir en él

13 Roscoe Pound. *Cacoethes Dissentiendi: The Heated Judicial Dissent*. 39 A.B.A.J. (1953), 794.

14 El justicia Antonin Scalia, un vigoroso disidente en la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, critica esta actitud en un ensayo sobre la opinión disidente. Ver *The Dissenting Opinion*. 1994 J. Sup. Ct. Hist. 33.

15 Así lo han señalado, desde tiempo atrás, el Consejo de Estado (v. gr., entre muchas otras providencias, las de abril 21 de 1986, C. P. Enrique Low Murtra; marzo 6 y julio 24 de 1987, C. P. Hernán Guillermo Aldana; junio 26 de 1987, C. P. Jaime Abella Zárate; marzo 23 de 1990, C. P. Consuelo Sarria Olcos; octubre 18 de 1994, C. P. Delio Gómez Leyva); la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, diciembre 15 de 1969, M. P. Hernán Toro Agudelo; la Sala de

Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (v. gr. sentencia de octubre 16 de 1992, rad. 5044, M. P. Juan Manuel Torres Fresneda) y la Corte Constitucional (v. gr. C-948 de noviembre 6 de 2002, M. P. Álvaro Tafur Galvis; T-1093 de noviembre 4 de 2004, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa; C-818 de agosto 9 de 2005, M. P. Rodrigo Escobar Gil; C-544 de mayo 24 de 2005, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra; C-987 de noviembre 29 de 2006, M. P. Nilson Pinilla Pinilla).

16 Luigi Ferrajoli. Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez y otros. Ed. Trotta, Madrid, 1995, págs. 717 y 718.

17 Inciso 1° del artículo 48 de la Ley 1098 de 2006.

18 T-1073 de 2007 (diciembre 12), M. P. Rodrigo Escobar Gil.

19 Cfr. Art. 3° L. 1098 de 2006.

20 El artículo 205 de la Ley 599 de 2000 contempla una pena de prisión de 8 a 15 años para el acceso carnal violento, que por la vigencia de la Ley 890 de 2004 debe aumentarse en la tercera parte el mínimo y en la mitad el máximo (128 a 270 meses). Al ser la víctima menor de 12 años se configura una circunstancia específica de agravación punitiva (art. 211 C. P.), que de nuevo hace aumentar la pena, de una tercer parte a la mitad.

21 Vigilar y castigar - nacimiento de la prisión. Trad. Aurelio Garzón del Camino. 9ª edición en español, Ed. Siglo XXI, México, 1984, págs. 17 y 18.