

NOTA DE RELATORÍA: Mediante Oficio N.º SGC-166 del 8 de febrero de 2024 de la Secretaría General de la Corporación y el oficio de fecha 7 de febrero de 2024, el magistrado José Fernando Reyes Cuartas informó que se abstiene de aclarar voto en la presente providencia, por lo tanto, se excluye del pie de firma del precitado Magistrado la anotación “Con aclaración de voto”.

Sentencia C-407/20

INHABILIDAD PARA OCUPAR CARGOS RELACIONADOS CON MENORES DE EDAD POR LA COMISION DE DELITOS SEXUALES-Pena accesoria sujeta a límite temporal

La Sala encontró que la regulación contenida en el artículo 1º demandado constituye una inhabilitación que habrá de imponer el juez en cada caso, merced a una necesaria relación de los hechos y la pena por imponer, constituyéndose por ende en una pena accesoria, de obligatoria imposición en la sentencia, pero con un límite temporal, según se establece como inexorable a partir del artículo 28 de la Constitución (imprescriptibilidad de las penas), en armonía con las regulaciones específicas que en la materia ha establecido el legislador en los artículos 35, 36, 43, 45, 46, 51 y 52 del Código Penal.

CARGOS, OFICIOS O PROFESIONES SUSCEPTIBLES DE INHABILIDAD POR DELITOS SEXUALES CONTRA MENORES-Competencia del legislador

(...) es claro para la Corte que la competencia otorgada por el artículo 1º de la Ley 1918 de 2018 al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, tal y como señalaron los demandantes, desconoce el principio de legalidad (artículo 29 C.Pol), pues la competencia para “definir aquellos cargos, oficios o profesiones que teniendo una relación directa y habitual con menores de edad son susceptibles de aplicación de la inhabilitación por delitos sexuales cometidos contra menores” no puede ser ejercida por el ICBF sino por el Congreso de la República.

DERECHO PENAL-lus puniendi del Estado/DERECHO PUNITIVO-Amplio margen del Legislador en el ámbito penal/MARGEN DE CONFIGURACION DEL LEGISLADOR-No es absoluto

PENA-Consecuencia jurídica

PENA-Clasificación

IUS PUNIENDI DEL ESTADO-Finalidad

DIGNIDAD HUMANA-Triple naturaleza constitucional, valor, principio y derecho fundamental

DIGNIDAD HUMANA-Principio fundante del ordenamiento jurídico

RESPECTO DE LA DIGNIDAD HUMANA-Norma jurídica de carácter vinculante para todas las autoridades sin excepción

FUNCIONES Y FINES DE LA PENA-Teoría de la prevención general positiva

PREVENCIÓN ESPECIAL DE LA PENA-Prevención especial negativa y prevención especial positiva

Esta Corporación desde el inicio de su andadura jurisprudencial, ha indicado que, en un Estado como el colombiano, la ejecución de la pena debe perseguir la prevención especial positiva, esto es, la resocialización del condenado, pues el objetivo del derecho penal “no es excluir al delincuente del pacto social sino buscar su reinserción en el mismo”. Pensar lo contrario sería entender al delincuente como un enemigo que merece no solo el castigo, sino la exclusión perpetua de una sociedad que defraudada, decide inocularlo y cercenarle de modo total y absoluto sus derechos.

FUNCIONES Y FINES DE LA PENA-Teoría de la prevención general negativa

(...) surge como clara consecuencia el estimar contrarias a la dignidad, la prevención negativa, tanto especial como general -esto es, la inocularización y la intimidación—en cuanto materializan la cosificación del individuo, a través de su exposición como lo negativo, lo que

no debe ser, en fin, como la negación de toda posibilidad de superar y trascender al ser humano que delinquiró un día; en el fondo, es exponer ante el colectivo social, al delincuente como una persona que ni merece una segunda oportunidad ni puede intentar resarcir su daño ni mucho menos, merecer cualquier clase de perdón. En fin, cosificarle sin más.

PENA IMPRESCRIPTIBLE-Prohibición

La prohibición de imprescriptibilidad de las penas, se ofrece sin duda como un parámetro atado a dos contenidos vinculables entre sí, a saber, la dignidad humana y la resocialización como fundamento no solo de la pena misma, sino, del derecho penal y su ejecución, bajo el entendido que, quien recibe el impacto punitivo es un ser humano, que al entenderse como tal, se aprecia como un sujeto de derechos, aun en la senda de la condena penal.

PENA-Función resocializadora

INHABILIDADES-Tipos

INHABILIDADES-Carácter intemporal/INHABILIDADES INTEMPORALES-Condiciones para la constitucionalidad

La metodología propuesta en todas las oportunidades en que se han analizado inhabilidades intemporales, con independencia de su tipología -origen- afirma la aplicación de un juicio de proporcionalidad, a través del cual se determina tanto la razonabilidad de la medida legislativa, como si la misma es compatible con la vigencia de los derechos constitucionales en tensión.

INHABILIDADES-Diversidad de orígenes y fines/INHABILIDADES Y SANCIONES PENALES-Distinción

INHABILIDADES-Representa una pena por derivación de comisión de delito

INHABILIDADES-Sujeción a garantías del derecho penal si es una pena

Cuando se trata del análisis de inhabilidades perpetuas que se constituyen en penas, los principales referentes constitucionales para su juzgamiento son los que se derivan del mandato de protección de la dignidad humana y el fin resocializador que se le adscribe (art. 1) y de la prohibición de penas imprescriptibles (art. 28). Tal perspectiva permite un abordaje del derecho a la dignidad como un haz complejo de posiciones iusfundamentales que deben valorarse integralmente y entre las que se encuentran el derecho al trabajo, el libre desarrollo de la personalidad, o los derechos políticos. Esto no es solo un planteamiento metodológico. Toma nota de que la dignidad humana en estos casos queda en riesgo dada la perpetuidad de la medida y la certeza permanente delictiva de su comportamiento futuro, con lo que se extirpan los parámetros de resocialización, que entonces ubican al condenado, no como un ciudadano resocializable, sino como un «enemigo del sistema», que por haberse constituido en tal, al defraudar las expectativas sociales y activar la prohibición legal, merece recibir como consecuencia, la anulación de toda posibilidad de reinsertarse en la sociedad que ahora le aparta, convirtiéndolo en el ejemplo, a los ojos de todos, «de lo que no se debe ser», castigándole a perpetuidad, en fin, cosificándole.

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS SOBRE INHABILIDADES-Juicio de razonabilidad o proporcionalidad

El examen de proporcionalidad aplicable al régimen de inhabilidades general o de las inhabilidades que provienen de sanciones disciplinarias, no puede trasladarse de forma idéntica al escrutinio aplicable cuando se trata de penas (principales o accesorias), dada la inescindible relación que tiene su imposición con los contenidos de dignidad humana, resocialización y prohibición de penas imprescriptibles.

JUICIO DE PROPORCIONALIDAD-Aplicación

NIÑOS Y NIÑAS COMO SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION E INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Protección y sus derechos prevalecen sobre los derechos de los demás

INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Criterios jurídicos para determinarlo

SISTEMA PENAL DEMOCRATICO-Fin resocializador de la pena como componente esencial

POLITICA CRIMINAL DEL ESTADO-Adopción de estrategias por legislador sujeta a Constitución

PRINCIPIO DE LEGALIDAD-Alcance/PRINCIPIO DE MERA LEGALIDAD-Alcance/PRINCIPIO DE ESTRICTA LEGALIDAD-Alcance

PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LA PENA/LEGISLADOR-Creación o supresión de tipos penales

(...) la imposición de los tipos y sanciones penales ostentan una reserva legislativa, por lo que les está vedado a las autoridades administrativas definir las conductas prohibidas por vía del derecho penal, como sucede con la pena accesoria de inhabilidad a la que se refiere la norma demandada. Para la Corte es claro que el legislador es quien tiene la competencia para establecer las penas accesorias, en razón de la voluntad del constituyente primario.

Referencia: Expediente D-13458

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1, 2, 3, 4, y 5 de la Ley 1918 de 2018.

Demandantes: Luis Andrés Vélez Rodríguez y Jury Vanessa Marulanda Cardona

Magistrado ponente:

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Bogotá D.C., dieciséis (16) de septiembre de dos mil veinte (2020)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial las previstas en el artículo 241, numeral 4° de la Constitución Política, y cumplidos todos los trámites y requisitos contemplados en el Decreto 2067 de 1991, profiere la siguiente:

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. Los ciudadanos Luis Andrés Vélez Rodríguez y Jury Vanessa Marulanda Cardona en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad consagrada en los artículos 241 y 242 de la Constitución Política presentaron demanda de inconstitucionalidad en contra de la totalidad del articulado de la Ley 1918 de 2018.

1. Con auto del doce (12) de septiembre del dos mil diecinueve (2019) se dispuso la inadmisión de la demanda, advirtiendo el incumplimiento de los requisitos de claridad, especificidad y suficiencia. En consecuencia, se concedió a los demandantes el término de tres (3) días para proceder con su corrección.

1. Vencido el mencionado término se recibió escrito de corrección el cual fue valorado por medio de auto del cuatro (4) de octubre de dos mil diecinueve (2019). El magistrado sustanciador decidió admitir la demanda específicamente por los siguientes cargos: (i) en torno al artículo 1º de la Ley 1918 de 2018, por infracción de los artículos 1º, 12, 15, 21, 28 y 29 C. Pol.; (ii) respecto al artículo 2º, por conculcar los artículos 1º, 13 y 15 C.Pol.; (iii) sobre el artículo 3º, por desconocimiento de los artículos 1º, 15, 25, 26 y 37 C.Pol.; (iv) en relación con el artículo 4º, por violación del preámbulo y el artículo 1º C.Pol.

1. Dado lo anterior, se dispuso la admisión de la demanda, se ordenó correr traslado al Procurador General de la Nación, con la finalidad de que rindiera el concepto de que trata el artículo 278.5 de la Constitución Política y se comunicó del inicio del proceso al presidente de la República, al presidente del Congreso y a los ministros del Interior y de Justicia y del Derecho.

En la misma decisión, se invitó a participar en este proceso a los Decanos de las facultades de Derecho de las Universidades de los Andes, Libre de Colombia, Pontificia Universidad Javeriana, Nacional de Colombia y de Caldas; asimismo, a la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, al Consejo Superior de Política Criminal, al Centro de Investigación en Filosofía y Derecho de la Universidad Externado de Colombia, a la organización Save the Children; a la organización Aldeas Infantiles SOS Colombia y al Fondo de las Naciones Unidas

para la Infancia -Unicef.

1. Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de esta clase de procesos procede la Corte a decidir sobre la demanda de la referencia.

I. TEXTO DE LAS NORMAS DEMANDADAS

“ LEY 1918 DE 2018

(julio 12)

Diario Oficial No. 50.652 de 12 de julio de 2018

Por medio de la cual se establece el régimen de inhabilidades a quienes hayan sido condenados por delitos sexuales cometidos contra menores, se crea el registro de inhabilidades y se dictan otras disposiciones.

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

DECRETA:

CAPÍTULO I.

ARTÍCULO 1o. Adiciónese el artículo 219-C a la Ley 599 de 2000, el cual quedará así: Inhabilidades por delitos sexuales cometidos contra menores: Las personas que hayan sido condenados por la comisión de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales de persona menor de 18 años de acuerdo con el Título IV de la presente ley; serán inhabilitadas para el desempeño de cargos, oficios o profesiones que involucren una relación directa y habitual con menores de edad en los términos que establezca el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, o quien haga sus veces.

ARTÍCULO 2o. DELIMITACIÓN DE CARGOS, OFICIOS O PROFESIONES. Corresponde al Gobierno nacional a través del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), definir aquellos cargos, oficios o profesiones que teniendo una relación directa y habitual con menores de edad son susceptibles de aplicación de la inhabilidad por delitos sexuales cometidos contra menores; en un término inferior a 6 meses contados a partir de la vigencia de la presente ley.

ARTÍCULO 3o. REGISTRO DE INHABILIDADES POR DELITOS SEXUALES CONTRA MENORES DE EDAD. Corresponde al Ministerio de Defensa-Policía Nacional, administrar la base de datos personales de quienes hayan sido declarados inhabilitados por delitos sexuales contra menores de edad; el Gobierno nacional reglamentará la materia en un término inferior a 6 meses contados a partir de la vigencia de la presente ley.

El certificado de antecedentes judiciales tendrá una sección especial de carácter reservado denominada Inhabilidades impuestas por delitos sexuales cometidos contra menores de edad. El Ministerio de Defensa- Policía Nacional, solo expedirá el certificado de inhabilidad por delitos sexuales cometidos contra menores a solicitud de las entidades públicas o privadas obligadas previa y expresamente autorizadas por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

La solicitud de certificado de inhabilidades por delitos sexuales cometidos contra menores se realizará por aplicativo virtual que deberá contener como requisitos mínimos:

1. La identificación de la persona natural o jurídica solicitante.
2. La naturaleza del cargo u oficio a desempeñar por la persona sujeta a verificación.
3. Autorización previa del aspirante al cargo para ser consultado en las bases de datos.
4. Datos del consultado.
5. La aceptación bajo gravedad de juramento que la información suministrada será utilizada de manera exclusiva para el proceso de selección personal en los cargos, oficios, profesiones que involucren una relación directa y habitual con menores.

PARÁGRAFO 1. Los despachos judiciales que profieran sentencias en última instancia deberán enviar a la entidad facultada para administrar el registro, el reporte de las personas condenadas por delitos sexuales contra menores dentro de los ocho (8) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia.

ARTÍCULO 4o. DEBER DE VERIFICACIÓN. Es deber de las entidades públicas o privadas, de acuerdo a lo reglamentado por el Gobierno nacional, verificar, previa autorización del aspirante, que este no se encuentra inscrito en el registro de inhabilidades por delitos

sexuales cometidos contra personas menores de edad, en el desarrollo de los procesos de selección de personal para el desempeño de cargos, oficios, profesiones que involucren una relación directa y habitual con menores previamente definidos por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Dicha verificación, deberá actualizarse cada cuatro meses después del inicio de la relación contractual, laboral o reglamentaria.

PARÁGRAFO 1. El servidor público que omita el deber de verificación en los términos de la presente ley y contrate a las personas que hayan sido condenados por delitos sexuales cometidos contra menores de edad será sancionado por falta disciplinaria gravísima.

PARÁGRAFO 2. El uso del registro de inhabilidades por delitos sexuales cometidos contra menores de edad, por parte de las entidades públicas o privadas obligadas a la verificación de datos del aspirante en los términos del presente artículo. Deberán sujetarse a los principios, derechos y garantías previstos en las normas generales de protección de datos personales, so pena de las sanciones previstas por la Ley Estatutaria 1581 de 2012 por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio.

ARTÍCULO 5o. SANCIONES. La omisión al deber de verificación en los términos de la presente ley acarreará a las entidades públicas o privadas sanción consistente en multa equivalente al valor de cincuenta (50) a quinientos (500) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

PARÁGRAFO 1. Las sanciones a las que se refiere el inciso anterior, serán impuestas por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) mediante el procedimiento sancionatorio regulado por Ley 1437 de 2011.

PARÁGRAFO 2. El valor de las multas causadas con ocasión de las sanciones anteriormente referidas, será destinadas a la financiación del funcionamiento y promoción del registro de inhabilidades por delitos sexuales contra menores de edad.

PARÁGRAFO 3. Las consultas que impliquen infracción al régimen general de protección de datos personales, serán sancionadas por la Superintendencia de Industria y Comercio de conformidad con lo previsto en la Ley Estatutaria 1581 de 2012.

ARTÍCULO 6o. VIGENCIA. La presente ley rige a partir de su promulgación.”

I. LA DEMANDA

1. De manera inicial los demandantes solicitaron a la Corte declarar la inconstitucionalidad de la totalidad de la Ley 1918 de 2018 al considerar que esta vulneraba el preámbulo y los artículos 1º, 12, 13, 15, 21, 25, 26, 34 y 152 de la Constitución Política.

Esa primigenia demanda se inadmitió y con posterioridad a ello se presentó el escrito de subsanación en el que en términos generales se sostuvo la argumentación para la totalidad de los artículos demandados por considerar que todos ellos contrarían el artículo 1º de la Constitución al desconocer la dignidad humana de los penados, a quienes se aplicaría la inhabilidad, dado que se anula la resocialización que es fundamento de las funciones de la pena. Después de su estudio, se admitió prima facie, por los siguientes cargos: i) en torno al artículo 1º de la Ley 1918 de 2018 por la posible infracción de los artículos 1º, 12, 15, 21, 28 y 29 de la constitución; ii) respecto del artículo 2º por la presunta conculcación de los artículos 1º, 13 y 15 constitucionales; iii) sobre el artículo 3º por el probable desconocimiento de los artículos 1º, 15, 25, 26 y 37 de la superiores; iv) y en relación con el artículo 4º, por violación del preámbulo y el artículo 1º constitucional. A continuación, se presenta el resumen de los argumentos que expuso la demanda, que como se advierte se orientan a plantear una vulneración generalizada que finalmente impacta la dignidad humana:

1. Artículo 1º de la Ley 1918 de 2018

i) Desconocimiento del artículo 12 de la Constitución. En criterio de los demandantes la norma acusada impone una pena cruel e inhumana pues tiene como objetivo “incapacitar al condenado a través de un mecanismo de inocuización que impida cualquier contacto con menores de edad”¹. Ello desconoce que “nadie puede ser considerado prescindible dentro de la sociedad”². Para los demandantes con la norma el Estado renuncia a la resocialización y crea por medio de la inocuización un fin de la pena, lo cual no es legítimo dadas las prohibiciones constitucionales y los contenidos de dignidad humana.

ii) La norma vulnera los artículos 15 y 21 de la Constitución “por tratarse de una medida de carácter infame, que vulnera la honra y el buen nombre, toda vez que su previsión de conservación de datos impone una marca de peligrosidad sobre una persona que ya ha cumplido con la sociedad pagando una pena privativa de libertad”. En su criterio la norma da paso al derecho penal de autor y no de acto “pues presupone una personalidad delictiva y no se estaría imponiendo una sanción por el hecho en sí cometido sino porque esta conducta es una prueba de lo que se cree que el sujeto es”³. Finalmente se aseguró que la regulación impone una “impronta de criminal con carácter perpetuo a quien ya ha cumplido con su sanción”.

iii) La ley acusada viola el artículo 28 de la Constitución dado que establece un contenido sin límite temporal, lo que contradice la prohibición de penas y medidas de seguridad imprescriptibles. Ello además desconoce el artículo 51 del Código Penal que limita la imposición de inhabilitación para el ejercicio de profesión, arte, oficio, industria o comercio a veinte (20) años.

iv) Para los demandantes el artículo 1° de la Ley 1918 de 2018 desconoce los postulados del principio de legalidad propios del artículo 29 de la Constitución porque delega en una autoridad administrativa (ICBF) la determinación del alcance de una medida sancionatoria de carácter penal, lo que debe radicar exclusivamente en el Congreso de la República. En su criterio tal proceder genera “ley penal en blanco al revés” en tanto que la consecuencia jurídica se remite a un “lugar” diferente a la ley penal⁴.

Además, se plantea en la demanda que la norma cuestionada vulnera el principio de legalidad de las penas⁵ dado que: a) desconoce el mandato de certeza de la ley ante la falta de claridad sobre la determinación del cargo, profesión u oficio sobre el cual debe recaer la inhabilitación; b) vulnera el principio de estricta legalidad al omitir la reserva de ley pues la delimitación de las consecuencias jurídicas de la norma no recaen sobre el legislador, sino sobre una entidad administrativa; y c) la sanción además de ser indeterminada es ilimitada pues no prevé un tiempo de duración, renunciando con ello al mandato resocializador que se impone al Estado.

Sobre este punto se construye una argumentación adicional que pretende ser un cargo diferente pero que se entiende atado al artículo 29 CP y es que la medida infringe el principio de ultima ratio que caracteriza el derecho penal, unido además al subprincipio de necesidad que obliga al legislador a elegir entre los medios disponibles “aquel que resulta más benigno con el derecho fundamental afectado”. Para desarrollar de manera amplia este argumento los demandantes realizan un juicio de proporcionalidad.

1. Artículo 2º de la Ley 1918 de 2018

v) Se aseguró por los demandantes que la discrecionalidad dada al ICBF para determinar los cargos, oficios o profesiones que teniendo una relación directa o habitual con menores de edad son susceptibles de la aplicación de la inhabilitación por delitos sexuales cometidos contra menores “es abiertamente contraria a la dignidad humana” -artículo 1° C.Pol- de quienes sería inhabilitados. Ello por cuanto la dignidad humana se relaciona con el proyecto de vida, el cual puede verse frustrado por la potestad otorgada al ICBF. En criterio de los

demandantes dicha facultad “atenta contra las expectativas de vida del aspirante a un empleo (...) lo cual hace que se vea menoscabada su posibilidad de integrarse nuevamente a una sociedad, y, lo más importante, que pueda recomenzar en igualdad de condiciones después de haber cumplido su pena”⁶.

vi) Aseguraron los demandantes que la norma en estudio crea una distinción entre pos-penados y cualquier otra persona, diferencia que no tiene una finalidad “plausible más allá de una mera suposición estigmatizante a partir de un delito ya cometido”⁷ por lo que desconoce el artículo 13 superior.

1. Artículo 3º de la Ley 1918 de 2018

viii) Se planteó en la demanda que el contenido normativo en mención afecta la dignidad humana de los pos-penados porque al incluirlos en un registro son etiquetados “durante toda su existencia” por lo que se supone que ya fue “castigado”; se limita en su criterio la posibilidad de que estos sujetos “diseñen un plan vital” pues la consecución de empleo se ve limitada y el estigma contraría una vida sin humillaciones. Así, “cuando se publica el estigma que pesa sobre un sujeto, con su pasado judicial, se desequilibra simbólicamente su actuación frente a los otros (...)”.

ix) Se desconoce además el artículo 15 constitucional. Según los demandantes la obligación de verificación del registro por parte de empresas desconoce el derecho a la intimidad de quien siendo condenado ya haya cumplido su pena; lo que se relaciona estrechamente con el buen nombre.

x) Así mismo se propuso en la demanda el desconocimiento del artículo 21 superior al considerar que el registro y la obligación de consignar datos en el registro y de que estos se consulten pese a que la pena ya se haya “pagado” encasilla a una persona durante toda su vida y merma su “estima y respeto de la dignidad propia”.

xi) Se alegó además la vulneración del artículo 25 constitucional puesto que el registro permanente y perpetuado en el tiempo afecta el derecho a trabajo, lo que no responde o se relaciona directamente con el derecho a la protección de los menores. Al respecto resalta que la motivación de la ley reconoce que “los delitos sexuales son cometidos (regularmente) por personas cercanas al entorno (...) este tipo de medidas no corresponden a una realidad

que demanda un control social primario y no institucionalizado (...).”.

vii) La demanda planteó el desconocimiento del artículo 26 de la Constitución por la restricción de elección de profesión u oficio, pese al cumplimiento de la pena principal, lo que resta el abanico de posibilidades de profesión u oficio, para personas que por ejemplo se encuentren preparadas y ejercieran determinados cargos antes de cometer el delito lo que genera una “acumulación de saberes y experiencia que debe verse interrumpida y posteriormente, olvidada”.

xiii) Finalmente sobre esta disposición se propuso la vulneración del artículo 34 constitucional dado que el registro y su consulta es perpetua pues el registro no finaliza. Se describió entonces por los demandantes que en este caso la pena de prisión finaliza y se cumple, en cambio, la pena accesoria no tendría un límite temporal dado que la consulta del registro, es permanente.

1. Artículo 4º de la Ley 1918 de 2018

xiv) Se alegó en la demanda la violación del preámbulo y del artículo 1º constitucional. El registro que crea la ley y su consulta permanente “sobrecarga a los pospenados los aleja, de manera clara y contundente, de la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz” (sic). De otro lado, en su criterio, la obligación de consultar el registro viola la figura del Estado social de derecho y de la dignidad humana y omite el “proceso de vinculación laboral de un pospenado, éste se ve cometido a una marcación social que lo lleva a vivir una vida sometida a las constantes humillaciones sociales”.

1. Con fundamento en los anteriores argumentos solicitaron la declaratoria de inexecutable de la totalidad de los artículos 1º, 2º, 3º, 4º y 5º de la Ley 1918 de 2018.

Cuadro síntesis de la demanda

Ley 1918 de 2018, artículos demandados

Artículos vulnerados de la Constitución además del artículo 1º.

Razones de la vulneración

Artículo 1

Artículo 12

Impone una pena cruel e inhumana al renunciar a la resocialización de la persona.

Artículos 15 y 21

1. Establece una medida estigmatizante. 2. Es una manifestación del derecho penal de autor.

Artículo 28

Establece una sanción intemporal.

Artículo 29

1. Desconoce los postulados del principio de legalidad de los delitos y las penas. 2. Desatiende el principio de ultima ratio del derecho penal.

Artículo 2

Artículo 1

Desconoce la dignidad humana.

Artículo 13

Establece una distinción entre pos-penados y cualquier otra persona.

Artículo 15

Representa una intromisión injustificada en la información personal del pos-penado.

Artículo 3

Artículo 1

1. Establece una medida estigmatizante. 2. Vulnera la autodeterminación de los condenados.

Artículo 15

La obligación de las empresas de verificar el registro desconoce el derecho a la intimidad de la persona que ya cumplió la pena que le fue impuesta.

Artículo 21

El registro de datos personales y el deber de consulta merma la estima y la dignidad de la persona.

Artículo 25

El registro permanente e intemporal afecta el derecho al trabajo.

Artículo 26

A pesar de cumplir la pena principal, continúa la limitación de la elección de profesión u oficio.

Artículo 34

Aunque la pena principal tiene un límite temporal, la accesoria es permanente.

Artículo 4

Preámbulo y artículo 1°

1. El deber de registrar los datos del condenado y el deber de consultarlos, aleja a la persona de la vida en sociedad. 2. El registro somete a la persona a un proceso de marcación social y de humillaciones.

I. INTERVENCIONES

1. El Ministerio de Justicia y del Derecho no presentó una solicitud expresa frente a la exequibilidad o inexecuibilidad de las normas demandadas. Sin embargo, afirmó que el legislador tiene la facultad de establecer las sanciones que considere idóneas, útiles y necesarias. Destacó que las inhabilidades cumplen una doble función: i) imponer una sanción y ii) salvaguardar la integridad y rectitud de los aspirantes a un empleo. Expresó que la Constitución consagra inhabilidades intemporales, por ejemplo, impedir que quienes hayan sido condenadas por ciertos delitos puedan ejercer cargos de elección popular, ser designados como servidores públicos o contratar con el Estado. En consecuencia, ese tipo de medidas no vulnera el texto constitucional.

Precisó que la base de datos dispuesta en la ley acusada no es de acceso público pues la Policía Nacional solo expedirá el certificado de inhabilidad a las entidades públicas o privadas que cuenten con autorización del aspirante al cargo y el aval expreso del ICBF. Además, el registro contemplado en la Ley 1918 de 2018 debe atender las reglas y principios que rigen la administración de datos personales. Indicó que no se transgrede el principio de legalidad en relación con los tipos penales en blanco por cuanto el ICBF es el encargado de establecer los cargos o profesiones sobre los que recaerá la inhabilidad. Por último, señaló que el análisis del Decreto 753 de 2019 excede la competencia de la Corte Constitucional. No obstante, propuso que se establecieran criterios para definir los cargos objeto de inhabilidad.

1. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF-. Solicitó a la Corte declarase inhibida y, de forma subsidiaria, declarar la exequibilidad de las disposiciones acusadas. En primer lugar, sostuvo que los reparos contra el artículo 1° no cumplen los requisitos de pertinencia y suficiencia pues se dirigen contra del registro de inhabilidades el cual no hace parte de esa disposición. Recordó que la confrontación debe hacerse frente al contenido de la ley sin aludir a otras cuestiones. Manifestó que la restricción para acceder al mercado laboral se limita a los cargos u oficios que involucren a menores de edad.

Frente a los reparos contra el artículo 2° adujo que los actores parten de juicios subjetivos sobre la vulneración de la dignidad humana. Expresó que no explican en qué consiste el acto discriminatorio, desproporcionado o irrazonable. Indicó que el ICBF no tiene acceso a los datos personales de los penados pues las sentencias condenatorias son remitidas a la Policía Nacional. Respecto de los cargos contra el artículo 3° sostuvo que los demandantes olvidan la exigencia de autorización previa y el juramento sobre el uso adecuado de la información. Aseveró que el principio de imprescriptibilidad penal no aplica a las inhabilidades permanentes, aunado al hecho de velar por el principio del interés superior de los menores de edad. En relación con el artículo 4° indicó que no se explicó cómo se vulnera el preámbulo de la Constitución.

1. El Consejo Superior de Política Criminal solicitó la inexecutable. Mencionó que en los debates legislativos de proyectos relacionados con la creación de un registro de condenados por delitos sexuales y régimen de inhabilidades ha expuesto las razones de inconveniencia. Advirtió sobre la necesidad de definir de forma taxativa las áreas de actividad productiva objeto de restricción por condenas por delitos sexuales contra menores y la exigencia de garantizar la confidencialidad del registro. Sostuvo que el registro y banco de datos no presentan límites claros.

Destacó que la ley demandada presenta las siguientes falencias: i) extiende de forma indebida una pena no contemplada en el Código Penal; ii) es indeterminada frente a las actividades objeto de inhabilidad; iii) afecta derechos fundamentales de las personas condenadas; iv) contiene una medida estigmatizante; v) desconoce la resocialización o rehabilitación del reo; vi) la efectividad de evitar o reducir la comisión de delitos sexuales contra menores carece de comprobación empírica; y vii) pasa por alto los datos estadísticos sobre agresiones sexuales cometidas al interior del núcleo familiar o cercano.

1. La Academia Colombiana de Jurisprudencia solicitó la inexecutable. Señaló que la ley impone una sanción retroactiva e intemporal que desconoce los derechos a la dignidad humana, al buen nombre, a la intimidad y al trabajo. Aseveró que la medida transgrede el

derecho a la honra al imponer a la persona la etiqueta de “mala, por toda la vida”. Afirmó que se desconoce el artículo 29 constitucional, pues la determinación de las consecuencias del delito (penales, civiles y administrativas) es competencia del legislador y no del ejecutivo.

1. El Centro de Investigación en Política Criminal de la Universidad Externado de Colombia solicitó la inexecutable de las normas en estudio. Consideró que las disposiciones acusadas transgreden los derechos a la personalidad jurídica, al trabajo, dignidad humana, debido proceso, honra y al buen nombre. Adujo que el régimen de inhabilidad vulnera el derecho a la personalidad jurídica al limitar la posibilidad de contraer compromisos laborales y pone a la persona en situación de desventaja. Sostuvo que el Decreto 753 de 2019 consagró una cantidad exagerada de empleos, algunos sin sustento normativo o empírico que permita inferir la relación que guardan con los menores de edad.

Mencionó que la ley acusada impone una pena accesoria intemporal, aunado a que el acto administrativo proferido por el ICBF puede ser fácilmente reformado, causando incertidumbre frente a las profesiones objeto de inhabilidad. Recordó que el artículo 51 del Código Penal establece que las penas accesorias de inhabilitación presentan un límite de 20 años y su término no puede exceder la duración de la pena principal. Adujo que la medida es desproporcional en comparación con las penas impuestas a otras conductas de igual o mayor entidad. Expresó que se trata de un tipo penal en blanco propio⁹ que no cumple con las exigencias jurisprudenciales¹⁰.

Sostuvo que la expresión “hayan sido condenados” vulnera el principio de irretroactividad penal. Afirmó que la ley acusada desconoce el principio de dignidad humana al obstruir la resocialización del condenado e imponerle una etiqueta de “no socializable”. Por último, destacó que el legislador no reguló de forma detallada las reglas aplicables al registro ni estableció algún tipo de responsabilidad corporativa ante un manejo indebido.

1. El Centro de Investigación en Filosofía y Derecho de la Universidad Externado de Colombia pidió a la Corte declarar la inconstitucionalidad de las disposiciones. Su argumentación giró en torno a lo que denominó la falacia de la libertad¹¹. Indicó que la ley demandada desconoce las bases sociológicas de la distinción en el tratamiento jurídico aplicable a los delincuentes y a los inimputables¹². Con base en la exposición de motivos de la Ley 1918 de 2018 aseveró que la razón de ser de la pena allí prevista (inhabilidad para ejercer cargos u oficios) tiene lugar ante la desconfianza de la sociedad frente al comportamiento futuro de la persona, a pesar de haber sido condenada como un individuo libre que optó por la comisión del delito¹³.

Afirmó que, si el Derecho reconoce que la persona es libre, entonces debe confiar en la capacidad del sujeto de cumplir a futuro con las expectativas sociales. De ahí que no resulte lógico privarle a perpetuidad de la posibilidad de decidir sobre su comportamiento. Además, advirtió que la inhabilitación se fundamenta en una condición de peligrosidad. Para concluir, señaló que “[a] los delincuentes sexuales hay que tratarlos procesalmente de una manera u otra (imputables o inimputables), según resulte probado en cada caso, pero sin mezclar las diferentes consecuencias jurídicas que son propias de cada uno de esos escenarios”.

1. El Grupo de Estudios Penales de la Universidad de EAFIT solicitó la inexecutable. Expresó que la inhabilitación constituye una sanción penal intemporal. Además, desconoce el principio de legalidad, pues la determinación de las labores u oficios sobre las que recae la inhabilitación quedó a cargo de una entidad ejecutiva que, a través del Decreto 573 de 2019, no los determinó de forma taxativa. Destacó que se vulnera la garantía del juez natural ya que, al parecer, el juez penal no impone la sanción, limitándose a enviar la información pertinente al Ministerio de Defensa, para que allí se realice el registro. Afirmó que la inhabilitación desconoce el deber del Estado de propender por la reintegración social, estableciéndose como un trato infamante, cruel y degradante. Agregó que la medida no supera ninguno de los pasos del test de proporcional. Por último, comentó que el legislador desconoció los parámetros de política criminal establecidos en la sentencia T-762 de 2015.

1. El Departamento de Derecho Penal de la Pontificia Universidad Javeriana y la Facultad de Psicología de la Universidad del Bosque solicitaron la inexecutable. Adujeron que la inhabilitación no supera el test de proporcionalidad¹⁴. Además, las leyes penales sobre la violencia sexual deben estar soportadas en evidencia científica. En ese sentido, sostuvieron que los agresores sexuales deben ser sometidos a un tratamiento penitenciario especializado que determine el tipo de intervención que requieren y que establezca si presentan patrones de pedofilia. Consideraron que la medida es irracional y que se ampara en criterios populistas¹⁵.

Manifestaron que la exclusión de beneficios penales para los condenados por delitos sexuales contra menores desatiende el proceso de resocialización, aunado a que limita las oportunidades en el campo laboral. Sin embargo, advirtieron que, de encontrarse científicamente comprobado el estatus de pedófilo, las medidas implementadas se justificarían.

1. La ciudadana Nadya Blel Scaff -autora de la iniciativa legislativa- de manera extemporánea presentó escrito en el que, solicitó la executable de las normas.

A continuación, se presenta un resumen de las intervenciones:

Interviniente

Solicitud

Argumentos

Ministerio de justicia y del derecho

Sin solicitud

1. El legislador penal está facultado para establecer sanciones. 2. La Constitución admite la existencia de inhabilidades intemporales. 3. El registro no es público y cuenta con medidas de protección de datos.

ICBF

Inhibición o exequibilidad

1. La inhabilidad no es desproporcional, pues se limita a los cargos u oficios relacionados con menores de edad. 2. Consagra medidas de protección de datos personales. 3. El principio de imprescriptibilidad no es aplicable en materia de inhabilidades.

Inexequibilidad

1. El registro y el banco de datos no están regulado detalladamente. 2. La inhabilidad no determina de forma expresa las actividades sobre las que recae. 3. Es una medida estigmatizante, y desconoce la resocialización. 4. La efectividad de la medida carece de comprobación empírica. 5. La Ley no tiene en cuenta los datos sobre agresiones sexuales ocurridas al interior del núcleo familiar.

Academia Colombiana de Jurisprudencia

Inexequibilidad

1. Impone una sanción retroactiva e intemporal. 2. Desconoce la resocialización de la persona. 3. Vulnera el principio de legalidad de las penas.

Centro de Investigación en Política Criminal de la Universidad Externado de Colombia

Inexequibilidad

1. La inhabilidad disminuye las oportunidades laborales de los condenados, colocándolos en una situación de desventaja. 2. El Decreto 753 de 2019 establece empleos que, a primera, vista no guardan relación con menores. 3. Establece una pena accesoria intemporal. 4. El acto administrativo de ICBF puede ser fácilmente reformado, causando inseguridad jurídica.

5. La medida es desproporcional. 6. La ley establece un tipo penal en blanco propio sin el lleno de requisitos. 7. Desconoce la resocialización de la persona. 8. La Ley no estableció consecuencias por el manejo indebido de datos personales.

Centro de Investigación en Filosofía y Derecho de la Universidad Externado de Colombia

Inexequibilidad

1. La Ley trata de la misma manera a imputables e inimputables. 2. Desconoce la resocialización de la persona. 3. La inhabilidad se fundamenta en un criterio de peligrosidad.

Universidad EAFIT

Inexequibilidad

1. La inhabilidad constituye una sanción penal intemporal. 2. Las labores u oficios sobre los que recae la inhabilidad no fueron determinados de manera expresa. 3. Desconoce la resocialización de la persona. 4. Desatiende los parámetros de política criminal expuestos en la sentencia T-765 de 2015.

Universidad Javeriana y Universidad del Bosque

Inexequibilidad

1. La inhabilidad no supera el test de proporcionalidad. 2. La Ley no atiende criterios de política criminal. 3. Desconoce la resocialización.

Nadya Blel Scaff

Exequibilidad

1. Propone mecanismos para prevenir la comisión de delitos sexuales contra menores. 2. Contiene medidas de protección de datos personales. 3. La inhabilidad no es una pena adicional.

I. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

1. El Procurador General de la Nación solicitó la exequibilidad de las normas demandadas. Adujo que la inhabilidad objeto de análisis no tiene un carácter sancionatorio pues no busca castigar al infractor por la comisión de determinada conducta; al contrario, debe entenderse como un requisito habilitante para desempeñar ciertos cargos o ejercer determinadas profesiones u oficios relacionados con menores. En ese sentido, no es aplicable la regla de imprescriptibilidad de las sanciones prevista en el artículo 28 de la Constitución.

Agregó que, en gracia de discusión, admitiendo que la inhabilidad se tratara de una pena, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que los tipos en blanco son válidos, aunque hagan una remisión a una norma de inferior jerarquía como el reglamento. Indicó que las medidas implementadas por el legislador satisfacen los criterios de razonabilidad y proporcionalidad¹⁶. Argumentó que una interpretación sistemática de la Ley 1918 de 2018, permite advertir que el registro de inhabilidades no es público y cuenta con herramientas de protección de datos. Para concluir, sostuvo que el juicio de igualdad propuesto por los actores no es procedente, en tanto los sujetos objeto de comparación no se encuentran bajo los mismos supuestos de hecho.

I. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Competencia

1. La Corte Constitucional es competente para resolver la demanda de la referencia, en los términos del artículo 241-4 C.P., pues se trata de una acción pública de inconstitucionalidad contra disposiciones contenidas en una Ley de la República.

Problema jurídico y metodología de la decisión

1. Varios son los problemas jurídicos que se proponen en la demanda, los cuales se relacionan con cada uno de los cuatro artículos demandados, cuyo cimiento argumentativo se funda en la existencia del artículo 1° de la Ley 1918 de 2018, que adiciona al Código Penal, una pena accesoria de inhabilidad para el ejercicio de cargos, oficios y profesiones que involucren una relación directa o habitual con menores de edad, siendo las demás normas, desarrollo de esa introducción punitiva accesoria al concretar los instrumentos mediante los cuales ella se hace efectiva.

1. Por ello de manera inicial se abordará el problema jurídico principal, cuya resolución impactará los demás que se plantearon en la demanda. De modo principal entonces, la Corte debe analizar si ¿la pena accesoria contenida en el artículo 219-C del Código Penal –que dispone como pena o consecuencia jurídica de un delito, la inhabilitación de quienes hayan sido condenados por la comisión de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales de persona menor de 18 años, a efecto de ocluir el desempeño de cargos, oficios, o profesiones que involucren una relación directa y habitual con menores de edad en los

términos que establezca el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar- desconoce la dignidad humana pues: i) constituye una pena cruel e inhumana (artículo 12 C.Pol), ii) vulnera el derecho a la intimidad y al buen nombre (artículo 15 C.Pol), iii) desconoce la prohibición constitucional de penas imprescriptibles (artículo 28 C.Pol) y iv) afecta el debido proceso (artículo 29 C.Pol).?

Las penas principales y accesorias, y su enfoque resocializador, como expresión de la dignidad humana en un Estado social y democrático de derecho

1. El derecho penal es un sistema de control social, en el que, por virtud de la monopolización del uso legítimo de la fuerza por el Estado, el ejercicio reglado del castigo se impone como una consecuencia admitida por los suscriptores y participantes del contrato social. Las respuestas que el ejercicio del jus puniendi estatal da a las conductas anómicas, ciertamente restringen derechos y libertades fundamentales -jus poenale-, las cuales son fruto del ejercicio del poder configurador limitado del legislador, sin que dicha potestad pueda exacerbarse, esto es, no se trata de un poder absoluto, carente de diques y valladares; al contrario, se impone un mandato de interdicción del exceso punitivo, o, dicho de otro modo, impera un mandato ético oclusivo del derroche inútil de la coacción estatal.

1. Y así, demostrada la responsabilidad penal de una persona en la comisión de un delito, previo agotamiento de todos los ritos que constituyen el debido proceso, con el consiguiente derribamiento de la presunción de inocencia, la consecuencia, será entonces la imposición de unas penas determinadas en su duración y alcance que, como principales y accesorias, satisfagan el grado de culpabilidad del autor, para que la dicha culpabilidad, sea retribuida de manera justa y proporcional. Según el artículo 34 del Código Penal las penas que se pueden imponer en nuestro país son: i) principales, ii) sustitutivas y iii) accesorias privativas de otros derechos cuando no obren como principales.

1. Son penas principales (artículo 35 C. Penal) las privativas de la libertad de prisión, la pecuniaria de multa y las demás privativas de otros derechos que como tal se consagren en la parte especial. Sustitutivas (artículo 36 C. Penal) son la prisión domiciliaria cuando sustituye la pena de prisión y el arresto de fin de semana, puede sustituirse por multa. Y finalmente, las penas privativas de otros derechos, que pueden imponerse cuando no sean principales, serán accesorias (artículo 52 C. Penal) y las impondrá el Juez cuando tengan relación directa con la realización de la conducta punible, por haber abusado de ellos o haber facilitado su comisión, o cuando la restricción del derecho contribuya a la prevención de conductas similares a la que fueron objeto de condena.

1. Según el artículo 43 del Código Penal¹⁷ dentro de las penas privativas de otros derechos se encuentran, i) la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas y ii) la inhabilitación para el ejercicio de profesión, arte, oficio, industria o comercio, bien sea de forma directa o indirecta en calidad de administrador de una sociedad, entidad sin ánimo de lucro o cualquier tipo de ente económico, nacional o extranjero.

1. El Código Penal además estableció -en la regulación de “las penas, sus clases y sus efectos”- que la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas tendrá una duración de cinco (5) a veinte (20) años, salvo en el caso del inciso 3o. del artículo 52 y se excluyen de esta regla las penas impuestas a servidores públicos condenados por delitos contra el patrimonio del Estado, en cuyo caso se aplicará el inciso 5 del artículo 122 de la Constitución Política.

1. Con relación a la inhabilitación para el ejercicio de profesión, arte, oficio, industria o comercio, la duración, será de seis (6) meses a veinte (20) años (artículo 51 C. Penal). Y particularmente sobre esta última, se impondrá por el mismo tiempo de la pena principal (artículo 46 C. Penal) -sin exceder los límites a lo que se hizo alusión antes- siempre que la infracción se cometa con abuso del ejercicio de cualquiera de las mencionadas actividades, medie relación de causalidad entre el delito y la profesión o contravenga las obligaciones que de su ejercicio se deriven.

1. Las penas antes descritas se constituyen en una intervención que se dice legítima por parte del Estado a partir del ejercicio del ius puniendi del cual es titular. Pese a ello, el derecho penal, sus contenidos sustantivos y procesales y, en términos generales el sistema penal y el procesal penal (prueba de ello los límites que antes se describieron), se constituyen, más que en autorizaciones, en límites del ejercicio de la facultad punitiva -nullum crimen, nulla poena, nullum iudicium, sine lege-.

1. De esta forma, el jus puniendi es un conjunto de garantías en forma de límites, cuyo primer objetivo es contener la extralimitación del poder punitivo del Estado; nacido el Estado de Derecho, su primer mérito en lo que atañe al derecho punitivo fue decirle adiós a l’Ancien régime, y construir todo un plexo de garantías del ciudadano que obrase como coraza protectora de su libertad. Solo de esa manera es concebible un auténtico derecho penal de la democracia.

La trascendencia de la Constitución para el derecho penal cobra inusitada valía, solo con abordar la lectura de su artículo 1°, pues, el cimentar la totalidad de la arquitectura del Estado sobre “el respeto de la dignidad humana” no deja duda alguna sobre la centralidad de la persona y sus derechos, alejándose de esa manera, la idea de cualquier transpersonalismo

estatal. Con fundamento en ello, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que la dignidad de la persona ostenta una fuerza vinculante en cualquiera de sus manifestaciones ya como valor, como principio o como derecho¹⁸. En desarrollo de este mandato, el ordenamiento penal -sustantivo y adjetivo- la reconoce como principio rector¹⁹ esto es, su auténtico poder está en ser FUNDAMENTO -por lo absoluto- y no apenas una pauta orientadora.

1. Como fundamento del Estado constitucional “la dignidad humana exige la existencia de un trato acorde con esta condición y valor esencial para todas las personas sin excepción y sin acepción alguna, ya que éstas son un fin en sí mismas, y no un medio para la consecución de cualquier otro fin, y deben ser tratadas igualmente a nivel social y colectivo como un fin para el Estado. Por esta razón, la dignidad humana constituye un valor transversal y un parámetro interpretativo de todas las normas constitucionales y legales en el ordenamiento jurídico, e impone una carga de acción positiva frente a los demás derechos constitucionales de los individuos”²⁰.

1. La dignidad de la persona es un fundamento absoluto -y por lo mismo, ilimitable-, de suerte que su capacidad de rendimiento para el derecho penal es generosa, pues, opera como contención, no apenas de la exacerbación punitivista del legislador, sino que además es pauta y guía y límite del actuar del juez y de todo operador del quehacer punitivo estatal (oficiales de policía, investigadores criminales, policías científicos, peritos, fiscales, guardias y personal penitenciario, etc.). De esa idea ya da cuenta la antigüedad -años mil cuatrocientos- , cuando Pico Della Mirandola²¹ citando al “óptimo artífice” recuerda que este dijo al hombre “Te he puesto en el centro del mundo para que más cómodamente observes cuanto en él existe”, significado de esa manera la centralidad de la persona y sus derechos.

Particularmente sobre la relación entre las penas, su imposición y el principio de dignidad humana la Corte ha expresado que “[e]n nuestro ordenamiento constitucional el principio de la dignidad humana ostenta un carácter absoluto, y por lo tanto no se puede limitar bajo ningún pretexto. En este sentido, el respeto y la garantía de la dignidad humana es una norma de carácter vinculante para todas las autoridades y es la razón de ser del Estado constitucional de Derecho y de su organización. Por tanto, el Estado tiene el deber de adoptar las medidas para garantizar a todos los ciudadanos un trato digno acorde con su condición de ser humano y como miembro de la sociedad. En consecuencia, para la Sala es claro que cuando un individuo pierde la libertad por vulnerar la ley, no pierde por ello su condición humana y su dignidad, y por consiguiente no puede ser víctima de actos de tortura, de penas o tratos crueles inhumanos o degradantes, tal como lo consagran las normas internacionales, y la Constitución Política en su artículo 12”²².

1. Dado que el derecho penal es una potestas más que un jus, se impone el entendimiento de la existencia del Estado como un medio antes que como un fin; de esa manera, el Estado como regulador de las libertades, obra como un poder necesario para poder armonizar las libertades de todos. En ese orden, impera el mandato de solo restringir las libertades individuales, en cuanto apenas sea necesario para remediar el conflicto social subyacente al delito. Esto es lo que comúnmente se conoce como el principio de la última ratio, tantas veces defendido en su jurisprudencia por esta Corte.

1. De la afirmación de estas dos finalidades claramente constitucionales por respetar el principio de dignidad de la persona, surge como clara consecuencia el estimar contrarias a la dignidad, la prevención negativa, tanto especial como general –esto es, la inoquización y la intimidación—en cuanto materializan la cosificación del individuo, a través de su exposición como lo negativo, lo que no debe ser, en fin, como la negación de toda posibilidad de superar y trascender al ser humano que delinquirió un día; en el fondo, es exponer ante el colectivo social, al delincuente como una persona que ni merece una segunda oportunidad ni puede intentar resarcir su daño ni mucho menos, merecer cualquier clase de perdón. En fin, cosificarle sin más.

1. La prohibición de imprescriptibilidad de las penas, se ofrece sin duda como un parámetro atado a dos contenidos vinculables entre sí, a saber, la dignidad humana y la resocialización como fundamento no solo de la pena misma, sino, del derecho penal y su ejecución, bajo el entendido que, quien recibe el impacto punitivo es un ser humano, que al entenderse como tal, se aprecia como un sujeto de derechos, aun en la senda de la condena penal²³.

1. En efecto, los tipos penales son comportamientos humanos, que se erigen en delitos a efectos de noticiar a los ciudadanos de la amenaza de pena que les es consustancial, de incurrirse en las descripciones hechas en ellos (mandato de determinación). Pero las penas no son fines en sí mismas; la consagración de la dignidad de la persona humana como fundamento del jus puniendi, hace que las mismas lleven adscritas específicas funciones y, por ello, excluyen el capricho legislativo o judicial. Tales, se han concretado en el código penal según puede observarse en los artículos 3º y 4º de esa codificación. En efecto, el derecho penal ha de discurrir bajo claros parámetros de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad; y a su turno, las penas han de cumplir las funciones de i) prevención general²⁴, ii) retribución justa²⁵, iii) prevención especial²⁶, iv) reinserción social²⁷ y v) protección al condenado²⁸.

1. Sin duda, las funciones de la pena antes descritas, atadas a los contenidos de dignidad humana, se ofrecen como una limitación al ejercicio del ius puniendi en todas sus

expresiones (legislativa, judicial y de ejecución), y claramente se constituye en el fundamento de la necesidad de finitud temporal de las penas, dado que, si el Estado se toma en serio, como le compete, la dignidad humana como principio fundamental que lo define, (artículos 1º, 5º y 28 C.Pol), el derecho a no ser sometido a penas imprescriptibles, parte de un entendimiento de la función resocializadora de la pena -incluso como derecho-29 y en consecuencia, de quien es condenado a ella.

1. Esta Corporación desde el inicio de su andadura jurisprudencial, ha indicado que, en un Estado como el colombiano, la ejecución de la pena debe perseguir la prevención especial positiva, esto es, la resocialización del condenado, pues el objetivo del derecho penal “no es excluir al delincuente del pacto social sino buscar su reinserción en el mismo”³⁰. Pensar lo contrario sería entender al delincuente como un enemigo que merece no solo el castigo, sino la exclusión perpetua de una sociedad que defraudada, decide inocuizarlo³¹ y cercenarle de modo total y absoluto sus derechos. Estas ideas ya han sido tratadas por esta Corte, por ejemplo, en la Sentencia C-328/16.

1. Por lo anterior, la regla que elimina toda posibilidad de imponer penas imprescriptibles, esto es, que no tengan un término definido, cierto, indiscutible, es una garantía constitucional que obliga al Estado a enfocarse en la función resocializadora de la pena, que como se dijo antes, se funda a su vez en el contenido preponderante de la dignidad humana. En este sentido, el ejercicio del derecho penal no debe guiarse únicamente por su dimensión de intimidación (imposición de penas a los infractores y establecimiento como mecanismo de estabilización de las estructuras fundamentales de la sociedad), sino que debe dirigirse a la rehabilitación social del infractor. Incluso cuando el Decreto 100 de 1980 (Código Penal de 1980), prescribía medidas de seguridad indefinidas para algunas formas de inimputabilidad, de manera temprana esta Corte retiró tal posibilidad por irrespetuosa de la dignidad de la persona humana.³²

1. Así las cosas, tanto la Constitución (artículos 1º, 28 y 29), como la jurisprudencia constitucional, el derecho internacional³³ y el ordenamiento jurídico, entienden que el Estado debe adoptar políticas públicas integrales, orientadas a la readaptación social y la rehabilitación personal de los penados; sin que por lo tanto resulte consecuente con tales exigencias el establecimiento de penas principales o accesorias perpetuas. En fin, el discurso resocializador es algo que se propugna ciertamente de la pena de prisión, y de ahí la negación de la posibilidad legal de la perpetuidad por conspirar con el mismo; sin embargo, si justamente lo que se pretende es la reinserción social de quien ha sido aherrojado, todo aquello que obstaculice de manera grave y definitiva sus posibilidades de injerirse con todas sus dimensiones, en la sociedad, debe removerse. Por ello las penas accesorias -que son auténticas penas, no se dude de ello— se nutren de las mismas aspiraciones. De no, sería una evidente contradictio in adiecto el exigir penas finitas de encierro físico con inhabilidades perpetuas, pues, justamente el desarrollo de las potencias y capacidades de la persona humana, será lo que le permita interiorizar el conjunto de valores y principios propios de la

democracia, y poder de esa manera llevar en el futuro, una vida sin delitos.

1. Tanto la labor judicial, como la elaboración de políticas públicas o el desarrollo de la tarea legislativa, deben enmarcar su ejercicio en los parámetros antes descritos. El posibilitar penas accesorias perpetuas desconoce el contenido axiomático de la dignidad humana, y por contera, arrasa el fin primero de las penas cual es la resocialización o reinserción social del penado, decayendo al final la pena en un denostado e inconstitucional ejercicio de nuda retaliación. Todo ello es claramente incompatible con un Estado social y democrático de derecho.

La inhabilidad contenida en el artículo 219-C del Código Penal es una pena accesoria intemporal que vulnera la dignidad humana y el artículo 28 de la Constitución Política

1. La jurisprudencia constitucional³⁴, ha reconocido que las inhabilidades son de dos tipos, que dependen de su procedencia jurídica y de la finalidad que persiguen. Unas tienen origen sancionatorio y otras se circunscriben al régimen general de inhabilidades.

1. Al respecto se ha indicado que “un primer grupo de estas tiene origen sancionatorio. Cometida la conducta que la ley considera reprochable, el Estado impone la sanción correspondiente y adiciona una más -la inhabilidad- que le impide al individuo sancionado ejercer una determinada actividad. // La segunda tipología no tiene origen sancionatorio y corresponde, simplemente, a una prohibición de tipo legal que le impide a determinados individuos ejercer actividades específicas, por la oposición que pueda presentarse entre sus intereses y los comprometidos en el ejercicio de dichas actividades”³⁵.

1. Sin embargo, con independencia de que su origen sea el derecho sancionatorio (disciplinario o penal) o el régimen propio de inhabilidades, la Corte ha aplicado en unas y otras oportunidades³⁶, una metodología generalizada que le ha permitido concluir que es posible avalar constitucionalmente la existencia de inhabilidades denominadas intemporales o perpetuas. Tal postura como se dijera en la sentencia C-652 de 2003; “[a]unque profundamente debatida”, ha aceptado que “el legislador tiene competencia para crear más inhabilidades intemporales [que las descritas en el artículo 122 de la C.Pol], siempre y cuando las mismas resulten proporcionales y adecuadas al fin de preservar la moralidad, probidad y transparencia de la administración del Estado. En este caso, por ejemplo, no podría imponerse una inhabilidad intemporal al servidor público que ha cometido un delito culposo contra el patrimonio del Estado”.

1. En efecto, la Corte ha destacado que este tipo de inhabilidades intemporales, “[n]o configuran un juicio sancionatorio sobre el sujeto concernido, sino que apuntan a identificar determinadas particularidades del mismo que le restan idoneidad para el ejercicio de la función. Por ende, no pueden asimilarse a dicho tipo de sanciones, ni menos a condenas propias del ámbito penal. Para la Corte, las inhabilidades, “entendidas como impedimentos para acceder a la función pública, no tienen siempre como causa una sanción penal, es decir, no buscan siempre “castigar por un delito”. Pueden tener diversos orígenes y perseguir otros fines, como por ejemplo, colocar en pie de igualdad a quienes compiten por la representación política o a quienes buscan acceder a la función pública. Si bien pueden imponerse como una pena accesoria o principal, v.g. la establecida en los artículos 43-1 y 44 del Código Penal, también pueden ser consecuencia de una sanción disciplinaria o ser autónomas, por disposición expresa del constituyente o del legislador para garantizar principios de interés general”³⁷.

1. La metodología propuesta en todas las oportunidades en que se han analizado inhabilidades intemporales, con independencia de su tipología -origen- afirma la aplicación de un juicio de proporcionalidad, a través del cual se determina tanto la razonabilidad de la medida legislativa, como si la misma es compatible con la vigencia de los derechos constitucionales en tensión.

1. Conclusivamente en casi todas las oportunidades³⁸ en que la Corte se ha pronunciado de fondo ha entendido que, “(...) aun cuando el régimen de inhabilidades restringe los derechos fundamentales a la igualdad (C.P. Art. 13), al trabajo (C.P. Art. 25), a la libertad de escoger profesión u oficio (C.P. Art. 26) y a participar en la conformación del poder público (C.P. Art. 40), se trata de una limitación que, en principio, es justificada y acorde con los preceptos constitucionales”³⁹. La ponderación habitualmente se ha concretado a partir de los derechos fundamentales que antes se describen, y esa misma metodología, reitérese, se aplica indistintamente a inhabilidades del régimen general y a las que provienen de sanciones disciplinarias o las de origen penal (jus puniendi).

1. Este tribunal encuentra que (i) si las inhabilidades cuando emergen del derecho sancionatorio, pueden tener origen en sanciones disciplinarias o en condenas penales; (ii) si cuando se trata de estas últimas, se constituyen en verdaderas penas pudiendo ser, según el artículo 34 del Código Penal, principales, sustitutivas y accesorias privativas de otros derechos cuando no obren como principales; y (iii) si, en este caso (artículo 1° de la Ley 1918 de 2018), la pena de inhabilitación para el ejercicio de profesión u oficio o la de ocupar cargos públicos, es efecto una pena accesoria; debe concluirse que su imposición y ejecución por fuera del fundamento primero de la dignidad humana, se constituye en una infracción clara de la Constitución, con efectos graves y ciertos en los derechos al libre desarrollo de la personalidad, al trabajo, al debido proceso, así como en los principios generales -también con inequívoco fundamento constitucional- que orientan las penas, sus clases y efectos.

1. La Corte por medio de sentencia C-280 de 1996, comprendió, como así lo desarrolló el legislador del 2000 (Ley 599 de 2000), que las inhabilidades contenidas en el Código penal, no pueden verse como simples “sanciones” que tiene por objeto proteger determinadas actividades, especialmente las que cobijan la función pública, sino que se constituyen en penas. Se dijo entonces que “[e]s claro que la inhabilitación para ejercer cargos públicos por haber cometido un delito constituye una pena, pues así la define con precisión el ordinal 3º del artículo 42 del Código Penal, que dice que la interdicción de derechos y funciones públicas es una pena accesoria cuando no se establezca como principal”. (Énfasis agregado).

1. El examen de proporcionalidad aplicable al régimen de inhabilidades general o de las inhabilidades que provienen de sanciones disciplinarias, no puede trasladarse de forma idéntica al escrutinio aplicable cuando se trata de penas (principales o accesorias), dada la inescindible relación que tiene su imposición con los contenidos de dignidad humana, resocialización y prohibición de penas imprescriptibles.

1. De lo anterior se desprende que si bien en algunos supuestos resulta factible que el examen de proporcionalidad únicamente considere como contenidos constitucionales relevantes la importancia de promover el adecuado desarrollo de la función pública y las restricciones del derecho al trabajo, la Corte advierte que cuando las inhabilidades intemporales son el resultado de una pena accesoria, el examen constitucional, insiste de nuevo la Corte, debe considerar como criterios fundamentales lo dispuesto en los artículos 1 y 28 de la Carta Política.

1. Hasta este punto debe entenderse entonces que i) cuando las inhabilidades se imponen como castigo o consecuencia de la comisión de un delito, y se establecen así por el legislador, se constituyen en penas accesorias (artículos 43 y siguientes de C. Penal); ii) tanto a las penas principales, como a las accesorias, les es aplicable la prohibición constitucional contenida en el artículo 28 de la Constitución, esto es, en ningún caso podrán ser imprescriptibles; iii) el artículo 28 tiene una estructura cerrada que la hace especialmente resistente frente a aquellas razones que intenten desplazarla; iv) si en gracia de discusión se admitiera la posibilidad de derrotar el contenido del artículo 28 mediante la adopción por parte del legislador una pena, principal o accesoria perpetua, la Corte afirma que en los intereses o derechos relevantes en el examen de proporcionalidad, deberá considerarse siempre el derecho a la dignidad humana, dado que la perpetuidad o imprescriptibilidad de las penas, afecta de modo significativo el propósito de resocialización de la pena que se ata a dicho fundamento axial de la Carta.

Sobre los cargos propuestos contra el artículo 1° de la Ley 1918 de 2018

1. Conforme la exposición de motivos⁴⁰ la inhabilidad intemporal establecida en el artículo 1° de la Ley 1918 de 2018 se fundamentó (i) en la pretensión de “mermar los riesgos socioculturales relacionados con los delitos al desarrollarse relaciones de desigualdad y subordinación de poder entre adultos, niños y niñas que poseen antecedentes respecto a las conductas punibles sexuales”⁴¹. Así mismo, tuvo por objeto (ii) la protección de los menores “frente a la falta de garantías en los procesos de resocialización al interior de los establecimientos carcelarios (...) y la ausencia de política criminal de rehabilitación frente a delitos sexuales”⁴². Por otro lado, es procedente en ejercicio de la potestad sancionadora del Estado, en aras de salvaguardar el interés superior del menor. Adicionalmente, “envía un mensaje a la sociedad” y, en ese sentido “se refuerza el margen de prevención de violaciones”⁴³.

1. Se señaló que existen dificultades para la resocialización de “pedófilos” y “un alto grado de reincidencia de los agresores sexuales”⁴⁴ (no se presentaron datos estadísticos o estudios técnicos sobre el tema). Se destacó que Chile, Estados Unidos, Reino Unido, y Canadá han adoptado registros de personas condenadas por delitos sexuales. Por último, en términos de relación medio-fin, se sostuvo que no existe un medio menos lesivo para garantizar al tiempo los derechos laborales del pos penado y el interés superior del menor.

1. Su contenido aprobado fue finalmente el siguiente:

“ARTÍCULO 1o. Adiciónese el artículo 219-C a la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

Inhabilidades por delitos sexuales cometidos contra menores: Las personas que hayan sido condenados por la comisión de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales de persona menor de 18 años de acuerdo con el Título IV de la presente ley; serán inhabilitadas para el desempeño de cargos, oficios o profesiones que involucren una relación directa y habitual con menores de edad en los términos que establezca el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, o quien haga sus veces”.

1. De la lectura de la norma se entiende que: i) se crea una pena accesoria para las personas que resulten condenadas por la comisión de delitos que atenten contra la libertad, integridad y formación sexuales que tengan como sujeto pasivo a una persona menor de 18 años; ii) los cargos, oficios o profesiones a los que se refiere la norma deberán involucrar una relación

directa y habitual con menores de edad; iii) la referencia a cargos hace alusión al ejercicio de la función pública; iv) la inhabilidad que se consagra no tiene un término o límite definido, preciso y claro para su terminación, por lo tanto, su duración deviene en perpetua y por ello mismo, imprescriptible; v) el legislador no determinó los cargos, oficios o profesiones a las que se refiere la norma, defiriendo la regulación a un ente administrativo: el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

1. Si se entiende, como se dijo antes, que las penas accesorias no pueden ser intemporales por contrariar la Constitución Política, es importante concluir que las inhabilidades antes descritas, lo son. Prima facie, como se planteó por el demandante, desconocen el contenido superior descrito en el artículo 28 inciso final de la Constitución Política que prohíbe en cualquier caso las penas imprescriptibles, y, en efecto, por penas imprescriptibles se entienden aquellas penas (principales o accesorias) que no tienen fin, no terminan o se perpetúan en el tiempo.

1. Pero, además, el contenido normativo en estudio desconoce el artículo 1° de la Constitución dado que vulnera el principio de dignidad humana, ampliamente desarrollado antes. En efecto, hace destinatarios de una pena accesoria imprescriptible, a quienes cometan delitos en contra de la libertad, integridad y formación sexuales de menores de edad. De esa manera, en adelante ostentarán -sine día- la condición de penados como un estigma que se porta -derecho penal de autor—en fin, como una manifestación evidenciable de su personalidad.

1. Quienes ostenten así esta pena accesoria, no podrán en el futuro desarrollar determinadas actividades laborales -que, por razón del estigma mismo, se extenderán seguramente a toda otra posibilidad laboral-. Como lo argumenta la exposición de motivos de la ley en análisis, no existe en este tipo de “sujetos” (del derecho y no de derechos) una posibilidad de resocialización; y en ese sentido, ante el fracaso de la labor resocializadora del estado (lo que no se respalda con evidencia empírica profunda), es necesario volver perpetua su limitación para el ejercicio de cargos, profesiones y oficios donde se relacionen directa o habitualmente con menores de edad.

1. El artículo 28 de la Constitución, según el cual no pueden existir penas imprescriptibles, es el parámetro de control que le permitió al legislador desarrollar el Código Penal para sostener que el juez i) al imponer las penas accesorias contenidas en el artículo 46 de la Ley 599 de 2000, lo haga por el mismo tiempo de la pena de prisión impuesta, ii) sin que en todo caso pueda exceder los límites que alude el artículo 51 de este C. Penal, esto es de 6 meses a 20 años, y finalmente, iii) que la imponga siempre que la infracción se cometa con abuso del ejercicio de cualquiera de las mencionadas actividades, medie relación de causalidad entre el delito y la profesión o contravenga las obligaciones que de su ejercicio se deriven.

1. De allí que, bajo el entendido de que la inhabilitación contenida en el artículo 1° demandado es una pena accesoria, dado que i) se impondrá por el juez penal de conocimiento como consecuencia de la declaratoria de responsabilidad en la comisión de un delito contra la libertad, integridad y formación sexuales donde el sujeto pasivo sea un menor de 18 años, atada por tanto a la imposición de la pena principal; ii) dicha inhabilitación es considerada como una pena accesoria por parte del legislador (art. 44 y 46 Código Penal); y iii) que tal postura además acompaña lo ya señalado por la Corte mediante sentencia C-280 de 1996 en la que se indicó que “[e]s claro que la inhabilitación para ejercer cargos públicos por haber cometido un delito constituye una pena, pues así la define con precisión el ordinal 3° del artículo 42 del Código Penal, que dice que la interdicción de derechos y funciones públicas es una pena accesoria cuando no se establezca como principal”; en esta oportunidad se aplicará como parámetro de control de constitucionalidad el artículo 28 referido.

1. Al hacerlo, se desprende indiscutiblemente que la disposición cuestionada desconoce la prohibición de imprescriptibilidad establecida por voluntad del constituyente, prohibición que tiene por objeto eliminar las penas y medidas de seguridad que no tengan un término final.

1. Ahora bien, como la pena accesoria de inhabilitación que se estudia tiene por objeto según la ley y su exposición de motivos, proteger a los menores de edad de la actividad delictiva perpetua del condenado, de quien se espera defraude siempre la expectativa social y active la prohibición, estarían en pugna este contenido fundamental, esto es, el interés superior del menor con la dignidad humana del condenado.

1. Para la Corte la disposición demandada resulta contraria a los artículos 1° y 28 de la Carta por las razones ya expuestas en tanto (i) se cosifica a los destinatarios de la inhabilitación permanente y (ii) se desconoce el contenido de una disposición con estructura cerrada y que contiene un mandato definitivo conforme al cual se encuentran proscritas las penas imprescriptibles. No obstante que lo anterior sería suficiente para declarar la inconstitucionalidad, en el curso del proceso el demandante y varios de los intervinientes - apoyándose en el método de análisis constitucional empleado por la Corte en casos análogos- advirtieron que la medida sería desproporcionada. En esa dirección, por razones de suficiencia argumentativa y siguiendo la práctica habitual de este tribunal, procederá la Corte a desarrollar un escrutinio de proporcionalidad⁴⁵ a efectos de determinar si a la luz de dicho examen la inhabilitación permanente puede encontrar algún tipo de justificación constitucional.

1. Para el efecto la Corte emprenderá un examen de intensidad estricta⁴⁶ teniendo en cuenta que la medida (i) impacta directamente el mandato de trato digno, la prohibición de penas imprescriptibles, (ii) afecta el goce de derechos constitucionales fundamentales (libre desarrollo de la personalidad y trabajo) y (iii) resulta opuesto a la consideración del derecho penal como un derecho de actos y no de autor⁴⁷. En consecuencia la medida será exequible si supera un escrutinio especialmente exigente que impone verificar: i) si el fin perseguido por la norma es imperioso; ii) si el medio escogido, además de ser efectivamente conducente, es necesario, esto es, si no puede ser reemplazado por otros menos lesivos para los derechos de los sujetos pasivos de la norma; y, por último, iii) si el grado de importancia del fin perseguido excede de manera clara y cierta, la intensidad de las restricciones impuestas sobre otros principios constitucionales, es decir, si la medida es proporcional en sentido estricto⁴⁸.

1. De modo inicial debe determinarse si la medida cumple con un fin constitucionalmente imperioso. Esta cuestión se resuelve por la Corte de manera inicial de modo afirmativo dado que entre los propósitos de la medida se encuentra la protección de los menores de edad lo que puede encontrar apoyo en la garantía constitucional del interés superior del menor y en la prevalencia de los derechos de los niños.

1. La norma demandada pretende garantizar la protección de un principio altamente protegido por la Constitución, la ley y la jurisprudencia de esta Corporación.

1. En efecto, la Corte ha reconocido, en virtud del artículo 44 de la Carta, que los derechos de los niños, niñas y adolescentes prevalecen sobre las garantías de los demás⁴⁹, “siendo entonces sujetos de especial protección en favor de quienes existe la obligación de la familia, la sociedad y el Estado de asistirlos y protegerlos con preeminencia, para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos, al tiempo que cualquiera puede exigir a la autoridad competente su cumplimiento y la sanción a los infractores”⁵⁰. Este principio es considerado como un eje central de análisis constitucional “que orienta la resolución de conflictos en los que está involucrado este sensible sector de la población al que se le debe garantizar una protección constitucional especial debido a su ausencia de madurez física y mental, la cual los hace indefensos y vulnerables”⁵¹.

1. En todo caso, es claro que no se trata de un principio absoluto, por lo que, si bien debe guiar a los operadores judiciales, a las entidades públicas y privadas y a la sociedad en general, la jurisprudencia constitucional ha establecido diferentes criterios para orientar su aplicación, de carácter fáctico y jurídico⁵².

1. Los primeros, son “circunstancias específicas de tiempo, modo y lugar” que rodean cada

caso individualmente considerado. Los criterios jurídicos comprenden⁵³: i) garantizar el desarrollo armónico e integral del niño; ii) garantizar las condiciones para el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales; iii) equilibrar sus derechos y los derechos de sus familiares; iv) garantizar un ambiente familiar apto para el desarrollo del menor de edad; v) la exigencia de una argumentación contundente para la intervención del Estado en las relaciones paterno y materno filiales; vi) la protección ante riesgos prohibidos, esto es, la protección de los menores de edad frente a condiciones extremas que amenacen el desarrollo armónico, tales como la violencia física o moral y, en general, el irrespeto por la dignidad humana en todas sus formas.

1. La medida pretende evitar que personas que han cometido esta clase de delitos, tenga contacto en el futuro con menores de edad. En efecto, el interés superior del menor y su protección de quienes han sido condenados por la comisión de delitos contra los menores de edad. Tal finalidad, por encontrar apoyo en un propósito de valor constitucional significativo puede calificarse como imperiosa.

1. El segundo paso del juicio exige verificar si la medida es efectivamente conducente e imprescindible para cumplir el fin propuesto. Para la Corte, la medida bajo examen no supera los pasos referidos por las razones que pasan a exponerse.

1. Del contenido normativo y de la exposición de motivos se infiere que la pretensión legislativa es propiciar el aislamiento perpetuo en razón de su cargo, profesión u oficio, de quien cometió un delito contra la libertad, integridad y formación sexual de un menor de edad a efectos de garantizar el interés superior y la prevalencia de los derechos. Por ello, como se dijo, la consideración de fondo que sustenta la norma acusada es que, quienes fueron condenados por esos delitos, tienen una presunción de comportamiento ilícito en el futuro y que en su caso la pena no tendrá efecto resocializador, pero no a causa de ellos mismos, sino como sugiere la exposición de motivos de la ley en la que se inserta la medida, en razón del «fracaso de la función resocialización por parte del Estado».

1. Sobre este aspecto, y reiterando el contenido de la sentencia C-634 de 2016 habrá de afirmarse que “[u]na relación de causalidad de este tipo es carente de todo sustento, pues no existe ningún elemento que permita inferir que la condena penal influya o menos predetermine las condiciones morales y de idoneidad del sujeto. Antes bien, una postura de este tipo es incompatible con los fundamentos mismos de una sociedad democrática, comprometida con dotar de eficacia al fin resocializador de la pena”. En efecto “[l]a completa ausencia de la idoneidad de la medida legislativa se demuestra por el hecho que la inhabilidad intemporal descansa en un juicio hipotético y a priori sobre la persona que ha cometido la conducta que fue objeto de reproche penal”. Para la Corte “[l]a inhabilidad analizada parte del supuesto según el cual los individuos que han sido condenados penalmente quedan permanentemente vinculados a la presunción de ilegalidad de sus acciones futuras” lo que se opone al “carácter resocializador de la pena, así como con los

fundamentos mismos del modelo democrático, entre ellos la imposibilidad de establecer condiciones jurídicas desfavorables a partir no de los hechos, sino de las presunciones o los prejuicios, que sirven para edificar restricciones a los derechos constitucionales con vocación de perpetuidad". Imposiciones legales de esta naturaleza son, de suyo, desproporcionadas e irrazonables. Así, la Corte reitera lo señalado en el fallo C-725 de 2015, antes citado, puesto que en el asunto objeto de análisis también se 'abre el camino para multiplicar las discriminaciones en la vida civil a las personas que han purgado penas privativas de la libertad. (...) La prevención que se hace visible contra este grupo, pone de presente que se alimenta por parte de la ley la idea de que los que recibieron condenas (...) siempre serán proclives a afectar los bienes sociales y a obrar de mala fe y de manera contraria a la ley y a la moral pública. Ni el dolo penal ni el dolo civil se pueden presumir, ni anticipar. Si está proscrito el derecho penal que no sea el derecho penal del acto, purgada la pena se volvería a una concepción contraria a la que pregona la Constitución si se decidiera presumir de hecho y de derecho que las personas que han pagado las condenas penales, en todo caso siempre estarán sujetas a ser objeto de tacha moral irredimible y eterna'". (Énfasis agregado).

1. El examen de efectiva conducencia, que impone un límite importante al margen de acción del legislador para la elección de medios, exige establecer si estos contribuyen realmente a la consecución del objetivo. No basta que se trate de conjeturas o hipótesis. Es necesario valorar con cuidado si existe evidencia empírica, en este caso por ejemplo criminológica, que demuestre que la cercanía de personas previamente condenadas por delitos contra menores de edad, necesariamente deja a los niños, niñas y adolescentes en un riesgo claro a pesar de que han cumplido la pena impuesta por el legislador democrático. La percepción de inseguridad o incertidumbre no es suficiente desde el punto de vista constitucional. Más allá de percepciones ni el Gobierno Nacional ni el Congreso de la República aportaron evidencia que pudiera confirmar la idoneidad de la medida.

1. Si se admitiera, solo en gracia de discusión, que la medida es efectivamente conducente, la Corte debe descartar en este caso su necesidad. En efecto el legislador presupone que la medida es necesaria debido al fracaso de la política de resocialización que debe orientar la aplicación de la pena. En esa dirección, lejos de considerar el desarrollo de planes ordenados y constantes para hacer posible el cumplimiento de los fines constitucionales de la pena, o incluso la adopción legislativa de mecanismos de apoyo y seguimiento con posterioridad al cumplimiento de la pena, el legislador declara oficialmente el fracaso de la política penitenciaria y opta por el medio más restrictivo para los ciudadanos. No es posible argumentar la necesidad de una medida a partir del incumplimiento de una obligación constitucional. Y es ello lo que subyace a lo que indicó la exposición de motivos en tanto que la medida se adoptaba debido, no solo "a la falta de garantías en los procesos de resocialización al interior de los establecimientos carcelarios" sino también a "la ausencia de política criminal de rehabilitación frente a delitos sexuales". Es la abdicación expresa del Estado a sus responsabilidades más básicas.

1. La Corte advierte, nuevamente en gracia de discusión, que el artículo acusado no es proporcionado en sentido estricto. En efecto (i) la restricción impuesta a los derechos de los condenados que han cumplido la condena afecta de manera cierta y grave los derechos fundamentales de los ciudadanos afectando gravemente los contenidos de dignidad humana, dado que la inhabilidad les impone una restricción amplia y definitiva, pues en la práctica una inhabilidad intemporal se traduce en la imposibilidad, a perpetuidad, de ejercer cargos, profesiones y oficios que tengan una relación con menores de edad, piénsese en conductores de servicio público, en empleados de tiendas, o cualquier actividad que por contacto habitual con menores de edad sea incluida por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para esos efectos. La gravedad de la afectación se potencia al constatar que no se muestra o exige siquiera una relación del delito con el cargo, profesión u oficio que se inhabilita a perpetuidad.

1. Pero además la medida anula cualquier mecanismo para evaluar la idoneidad del condenado, distinto a afirmar su incapacidad moral y de resocialización por el hecho de haber sido condenado penalmente, sin tomar en cuenta ni la relación de causalidad entre la conducta y el cargo, profesión u oficio, el cumplimiento y extinción de la pena principal impuesta y la relación del comportamiento penalmente sancionado con el cargo, profesión y oficio, y finalmente el parámetro de rehabilitación del comportamiento.

1. Si bien la salvaguarda del interés superior del menor y la prevalencia de los derechos de los niños sobre los de los demás (art. 44), confiere un significativo valor a aquellas medidas encaminadas a su realización, lo cierto es que en este caso existe un agudo nivel de incertidumbre sobre la efectividad de la regulación adoptada -según se indicó al adelantar el examen de efectiva conducencia- lo que reduce el peso de las razones que justifican su adopción. Conforme a lo expuesto la medida no supera el examen de proporcionalidad en sentido estricto.

1. En este caso la Corte no discute y menos relativiza la importancia marcada que reviste para Colombia y la comunidad internacional el interés superior del menor⁵⁴ y la contundente necesidad de procurar una política de protección los derechos de niños, niñas y adolescentes contra cualquier tipo de agresión; pese a ello, todos los mecanismos que procuren, debe orientarse por los fundamentos del Estado constitucional y social de derecho, dada la existencia de valores y principios estructurales, concretamente el principio de dignidad humana.

1. En efecto, la política criminal como fuente en la que se enmarcan este tipo de iniciativas legislativas, en tanto política pública plasmada en un instrumento jurídico, debe acatar el

ordenamiento superior⁵⁵. Por ello, la jurisprudencia ha establecido que sería inconstitucional una eventual decisión de imponer la pena de muerte, la tortura o los tratos crueles, inhumanos o degradantes, la esclavitud, el destierro, la prisión perpetua o la confiscación, como consecuencia de la comisión de un delito⁵⁶. Limitación que también se extiende al ámbito procesal, pues “[t]ampoco sería jurídicamente aceptable que el Estado, mediante la simple invocación de razones de defensa social, pretermita, obvie, suspenda o restrinja las garantías jurídico-procesales hasta el extremo de desconocer [derechos fundamentales]”⁵⁷.

1. En síntesis, en la presente oportunidad la Corte advierte que el artículo 1° de la Ley 1918 de 2018 desconoce la regla de prohibición constitucional sobre imprescriptibilidad de las penas (artículo 28 C.Pol), el principio de dignidad humana y los derechos fundamentales que le siguen en su realización, esto son:

i) La prohibición de sometimiento a penas inhumanas, y ello por cuanto niegan la posibilidad de raciocinio y readecuación social del comportamiento humano de quien es condenado, partiendo de una premisa que cercena cualquier tipo de resocialización y le cambia por tanto de modo radical la función la pena.

ii) El derecho a la intimidad dado que de forma perpetúa su nombre se consignará en una base de datos que omite el derecho al olvido y en general sus parámetros de dignidad.

iii) Y el debido proceso, por cuanto, como se dijera en la sentencia C-239 de 1997 “[e]l artículo 29 de la Constitución, en armonía con la definición del carácter político del Estado como Social de Derecho, y del postulado de respeto a la dignidad de la persona humana, consagra el principio de que no hay delito sin conducta, al establecer que “nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa”. En estos términos, es evidente que el Constituyente optó por un derecho penal del acto, en oposición a un derecho penal del autor. Desde esta concepción, sólo se permite castigar al hombre por lo que hace, por su conducta social, y no por lo que es, ni por lo que desea, piensa o siente. El derecho penal del acto supone la adopción del principio de culpabilidad, que se fundamenta en la voluntad del individuo que controla y domina el comportamiento externo que se le imputa, en virtud de lo cual sólo puede llamarse acto al hecho voluntario.”

Así, el debido proceso entonces se entiende, entre otras cosas, como la garantía de judicialización y consecuente punibilidad de comportamientos humanos, y no de estigmatizaciones individuales que ubican, en este caso al condenado, como un sujeto del derecho y no como un sujeto de derechos. Con la norma en estudio se le niega al penado la posibilidad de retomar su vida democrática y el ejercicio de los derechos, después de pagar

la pena y cumplir con el proceso resocializador, sin que exista un supuesto diferente que “(...) la presunción de antijuridicidad de las actuaciones futuras e hipotéticas” 58.

1. Pese a lo anterior, la Sala Plena entiende que, la inhabilidad en sí misma, con un límite temporal determinado no se constituye en una medida inconstitucional, pues como se explicó anteriormente, cumple con un fin constitucionalmente imperioso, pero se traduce en la imposibilidad, a perpetuidad, de ejercer cargos, profesiones y oficios que tengan una relación con menores de edad, anulando la posibilidad de evaluar la idoneidad del condenado sin tomar en cuenta el cumplimiento y extinción de la pena principal impuesta.

1. Por estas razones, la Corte declarará la exequibilidad de la disposición en estudio (art. 1° Ley 1918 de 2018), en el entendido que la duración de la pena accesoria referida en la mencionada disposición, deberá sujetarse a los límites temporales que para dichas penas establezca el Código Penal.

La competencia atribuida en las disposiciones demandadas al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar es contraria al principio de legalidad

1. La Corte Constitucional, en reiterada jurisprudencia, ha señalado que el principio de legalidad es uno de los elementos más importantes del debido proceso y una barrera a la arbitrariedad y el abuso en el ejercicio del poder⁵⁹.

1. En términos generales, ha sostenido que este principio “cumple, en el marco de un Estado constitucional de derecho, un conjunto de finalidades significativas. Permite a los ciudadanos ajustar su conducta al marco de los mandatos elegidos en el foro democrático para el desarrollo de la vida social en armonía y para la consecución de los fines esenciales del Estado. Además, posee un valor epistémico, pues el ciudadano conoce, gracias al principio de publicidad, lo que está permitido y lo que está prohibido desde el punto de vista del derecho, y representa una garantía primordial para la libertad humana, gracias a la cláusula de cierre, según la cual todo aquello que no esté expresamente prohibido por la ley debe considerarse permitido”⁶⁰.

1. Así mismo, se ha pronunciado sobre sus dos acepciones, a saber, el principio de mera legalidad y el principio de estricta legalidad. El primero, se refiere a la reserva legislativa para definir los tipos y las sanciones penales, es decir, “supone que la libertad solo es limitable en virtud de decisiones adoptadas en el foro democrático del Congreso de la República y que los demás órganos que ejercen el poder público (en especial las autoridades

administrativas y los jueces) tienen vedada la definición de las conductas prohibidas por la vía del derecho penal”⁶¹. El segundo, por su parte, hace referencia a “una forma de producción de las normas, consistente en la definición precisa, clara e inequívoca de las conductas castigadas”, por lo tanto, es un presupuesto para que los ciudadanos conozcan “las conductas permitidas y prohibidas y no sean sujetos de un poder plenamente discrecional o de una amplitud incontrolable en manos de los jueces”⁶².

1. Visto lo anterior, es claro para la Corte que la competencia otorgada por el artículo 1° de la Ley 1918 de 2018 al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, tal y como señalaron los demandantes, desconoce el principio de legalidad (artículo 29 C.Pol), pues la competencia para “definir aquellos cargos, oficios o profesiones que teniendo una relación directa y habitual con menores de edad son susceptibles de aplicación de la inhabilidad por delitos sexuales cometidos contra menores” no puede ser ejercida por el ICBF sino por el Congreso de la República.

1. Como se explicó, la imposición de los tipos y sanciones penales ostentan una reserva legislativa, por lo que les está vedado a las autoridades administrativas definir las conductas prohibidas por vía del derecho penal, como sucede con la pena accesoria de inhabilidad a la que se refiere la norma demandada. Para la Corte es claro que el legislador es quien tiene la competencia para establecer las penas accesorias, en razón de la voluntad del constituyente primario.

1. Por lo anterior, la Sala Plena procederá a declarar la inexecutable de la expresión “en los términos que establezca el instituto Colombiano de Bienestar Familiar o quien haga sus veces” contenida en la referida disposición, así como de la totalidad del artículo 2° de la misma ley y de la expresión “por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar” contenida en el artículo 4°.

Acotación final

1. Teniendo en cuenta que los demás cargos propuestos por el demandante tuvieron como fundamento la argumentación general de inexecutable sobre el artículo 1°, y tal y como se advirtió, la norma es constitucional en el entendido antes referido, exceptuando la expresión “en los términos que establezca el instituto Colombiano de Bienestar Familiar o quien haga sus veces” contenida en la referida disposición; las demás disposiciones acusadas, esto es, los artículos 3° y 4° se declararán constitucionales por los cargos aquí analizados, exceptuando la expresión “por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar” contenida en el artículo 4° mencionado y el artículo 2° que se declarará inexecutable dada la motivación previamente expuesta.

Síntesis de la decisión

1. La Sala Plena examinó la demanda de inconstitucionalidad presentada por los ciudadanos Luis Andrés Vélez Rodríguez y Jury Vanessa Marulanda Cardona contra los artículos 1, 2, 3, 4, y 5 de la Ley 1918 de 2018.

En cuanto al artículo 2°, aseguraron que la discrecionalidad dada al ICBF para determinar los cargos, oficios o profesiones que teniendo una relación directa o habitual con menores de edad son susceptibles de la aplicación de la inhabilidad por delitos sexuales cometidos contra menores, es contraria a la dignidad humana de quienes serían inhabilitados, por cuanto atenta contra las expectativas de vida del aspirante a un empleo y su posibilidad de reintegrarse a la sociedad.

Sobre el registro de inhabilidades por delitos sexuales contra menores de edad (art. 3°) los demandantes aseguraron que vulnera los derechos a la dignidad humana, a la intimidad, al trabajo y a la elección de profesión u oficio de los pos-penados al etiquetarlos durante toda su existencia. Finalmente, consideraron que el artículo 4° demandado vulnera el Preámbulo y el artículo 1° de la Constitución al someter a los pos-penados a una marcación social y a constantes humillaciones sociales.

1. La Sala encontró que la regulación contenida en el artículo 1° demandado constituye una inhabilitación que habrá de imponer el juez en cada caso, merced a una necesaria relación de los hechos y la pena por imponer, constituyéndose por ende en una pena accesoria, de obligatoria imposición en la sentencia, pero con un límite temporal, según se establece como inexorable a partir del artículo 28 de la Constitución (imprescriptibilidad de las penas), en armonía con las regulaciones específicas que en la materia ha establecido el legislador en los artículos 35, 36, 43, 45, 46, 51 y 52 del Código Penal.

Consideró que el artículo 28 constitucional prohíbe la imposición “de penas y medidas de seguridad imprescriptibles”, prohibición que tiene por objeto eliminar las penas y medidas de seguridad que no tengan un término final. Por ese motivo, concluyó que la disposición demandada es contraria a los artículos 1° y 28 de la Carta, en tanto se desconoce el contenido de una disposición con estructura cerrada y que contiene un mandato definitivo conforme al cual se encuentran proscritas las penas imprescriptibles.

1. De otro lado, esta Corporación desarrolló un escrutinio de proporcionalidad de intensidad estricta, producto del cual encontró que la inhabilidad persigue un fin constitucionalmente imperioso, dado que uno de los propósitos de la medida es la protección de los menores de edad, lo que puede encontrar apoyo en la garantía constitucional del interés superior del menor y en la prevalencia de los derechos de los niños.

Sin embargo, la Sala determinó que la medida no es efectivamente conducente ni necesaria, porque: i) la restricción impuesta a los condenados que han cumplido la condena afecta de manera cierta y grave los derechos fundamentales desconociendo los contenidos de dignidad humana, dado que se trata de una inhabilidad amplia y definitiva que se traduce en la imposibilidad, a perpetuidad, de ejercer cargos, profesiones y oficios que tengan una relación con menores de edad; ii) la gravedad de la afectación se potencia al constatar que no se exige siquiera una relación del delito con el cargo, profesión u oficio que se inhabilita a perpetuidad. Pero además la medida iii) anula cualquier mecanismo para evaluar la idoneidad del condenado, distinto a afirmar su incapacidad moral y de resocialización por el hecho de haber sido condenado penalmente, sin tomar en cuenta el cumplimiento y extinción de la pena principal impuesta.

En consecuencia, para la Corte, la medida no superó el examen de proporcionalidad en sentido estricto. No obstante, encontró que la inhabilidad en sí misma, con un límite temporal determinado no se constituye en una medida inconstitucional, motivo por el cual adoptó como solución declarar la exequibilidad del artículo 1° Ley 1918 de 2018, en el entendido que la duración de la pena accesoria referida en la mencionada disposición, deberá sujetarse a los límites temporales que para dichas penas establezca el Código Penal

1. Finalmente, la Sala Plena reiteró la jurisprudencia sobre el principio de legalidad y encontró que la competencia para “definir aquellos cargos, oficios o profesiones que teniendo una relación directa y habitual con menores de edad son susceptibles de aplicación de la inhabilidad por delitos sexuales cometidos contra menores” otorgada al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar desconoce dicho principio, pues no puede ser ejercida por esa autoridad sino por el Congreso de la República. En efecto, la imposición de los tipos y sanciones penales ostentan una reserva legislativa, por lo que les está vedado a las autoridades administrativas, como el ICBF, definir las conductas prohibidas por vía del derecho penal, como sucede con la pena accesoria de inhabilidad a la que se refiere la norma demandada.

I. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero. Declarar EXEQUIBLE el artículo 1° de la Ley 1918 de 2018 en el entendido de que la duración de la pena accesoria referida en la mencionada disposición, deberá sujetarse a los límites temporales que para dichas penas establezca el Código Penal. La expresión “en los términos que establezca el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar o quien haga sus veces” se declara INEXEQUIBLE con el alcance indicado en la parte motiva de esta sentencia.

Segundo. Declarar INEXEQUIBLE el artículo 2° de Ley 1918 de 2018.

Tercero. Declarar EXEQUIBLE el artículo 3° de la Ley 1918 de 2018, únicamente por los cargos analizados en esta sentencia.

Cuarto. Declarar EXEQUIBLE el artículo 4° de la Ley 1918 de 2018 exceptuando la expresión “por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar” que se declara INEXEQUIBLE.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

ALBERTO ROJAS RÍOS

Presidente

DIANA CONSTANZA FAJARDO RIVERA

Magistrada

Con salvamento parcial de voto

LUIS JAVIER MORENO ORTIZ

Magistrado (e.)

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

Con aclaración de voto

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

Con aclaración de voto

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

RICHARD S. RAMÍREZ GRISALES

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

A LA SENTENCIA C-407/20

INHABILIDADES-Pena accesoria (Aclaración de voto)

Como lo muestran la normativa, la jurisprudencia y la doctrina, las inhabilidades y las penas accesorias se distinguen conceptualmente por varios aspectos: (i) la autoridad que las dicta: en el caso de las penas accesorias son los jueces penales previa sentencia condenatoria que impone una sanción principal, mientras que las inhabilidades son establecidas por el Constituyente y por el Legislador; (ii) sus objetivos: las penas accesorias tienen un fin especialmente preventivo, por su parte, las inhabilidades pretenden la moralización, idoneidad, probidad, imparcialidad y eficacia de quienes pretenden iniciar o mantener un cargo o función públicos; (iii) su aplicación en función de la culpabilidad en ciertas conductas: las penas accesorias, en nuestro sistema, pueden ser impuestas sólo si hay una relación con la conducta delictiva, en el caso de las inhabilidades, pueden tener como fundamento la potestad sancionadora del Estado, con comportamientos anteriores del sujeto o vínculos familiares que pueden afectar el ejercicio de la función pública, por lo que puede afirmarse que sólo las primeras se aplican en función de la culpabilidad; (iv) la existencia de una condena penal que imponga una pena principal es condición necesaria y suficiente para el establecimiento de una pena accesoria; las inhabilidades, por definición, no la requieren, aunque existan casos en los que, por la previsión legislativa o constitucional, esos dos aspectos coincidan, sin que haya un vínculo conceptual necesario, es meramente contingente.

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA PENAL-Delitos sexuales contra niños, niñas y adolescentes (Aclaración de voto)

La providencia de cuya argumentación me aparto declaró inexecutable la pena accesoria para quienes hayan sido condenados por cometer delitos sexuales contra NNA consistente en la restricción de acceso para ejercer cargos, oficios o profesiones que tengan una relación directa y habitual con menores de edad. Del mismo modo, declaró executable el registro de estos individuos por los cargos analizados. El sentido de mi aclaración sobre el punto es ampliar la argumentación que demuestra que no se trata de una medida inconstitucional en sí misma. En efecto, el Legislador es competente para establecer las penas y en ese ejercicio de debate democrático puede evaluar la eventual restricción de derechos frente a la persecución de objetivos relevantes, como la protección de los NNA. Ese análisis depende de múltiples variables entre las que se destacan los datos empíricos y los intereses, no sólo del destinatario directo de la medida, sino de las víctimas actuales y potenciales, asunto que sin duda corresponde a un interés público.

Referencia: Expediente D-13458.

Asunto: Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1, 2, 3, 4, y 5 de la Ley 1918 de

2018.

Demandantes: Luis Andrés Vélez Rodríguez y Jury Vanessa Marulanda Cardona.

Magistrado Ponente:

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS.

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte Constitucional, a continuación, presento las razones que me condujeron a aclarar el voto en la Sentencia C-407 de 2020, adoptada por la mayoría de la Sala Plena, en sesión del 16 de septiembre de ese mismo año.

1. En dicha providencia, la Corte decidió lo siguiente:

“Primero. Declarar EXEQUIBLE el artículo 1° de la Ley 1918 de 2018 en el entendido de que la duración de la pena accesoria referida en la mencionada disposición, deberá sujetarse a los límites temporales que para dichas penas establezca el Código Penal. La expresión “en los términos que establezca el instituto Colombiano de Bienestar Familiar o quien haga sus veces” se declara INEXEQUIBLE con el alcance indicado en la parte motiva de esta sentencia.

Segundo. Declarar INEXEQUIBLE el artículo 2° de Ley 1918 de 2018.

Tercero. Declarar EXEQUIBLE el artículo 3° de la Ley 1918 de 2018 únicamente por los cargos analizados en esta sentencia.

Cuarto. Declarar EXEQUIBLE el artículo 4° de la Ley 1918 de 2018 exceptuando la expresión “por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar” que se declara INEXEQUIBLE.”

El fallo argumentó, en los puntos a los que se refiere esta aclaración de voto, que la

inhabilidad contemplada en la ley parcialmente demandada constituye una pena accesoria puesto que será impuesta por un juez penal de conocimiento como consecuencia de la comisión de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales de un menor de edad. En efecto, el Legislador ya ha reconocido algunas inhabilidades como penas accesorias (artículos 44 y 46 Código Penal), sobre el punto, también reiteró la Sentencia C-280 de 1996, que indicó que “[e]s claro que la inhabilitación para ejercer cargos públicos por haber cometido un delito constituye una pena”. Por lo tanto, al tratarse de una pena imprescriptible, la inhabilidad analizada vulnera los artículos 1º y 28 de la Constitución.

En cuanto a los derechos de los niños, niñas y adolescentes (en adelante NNA) la Corte expresó que, a pesar de su prevalencia en el ordenamiento, en este caso existe un alto nivel de incertidumbre sobre la efectividad de la regulación adoptada según se indicó al adelantar el examen de efectiva conducencia. Con mayor razón, no se encontró acreditada la proporcionalidad en sentido estricto de la medida. La Sala Plena enfatizó que los mecanismos que persigan el interés superior de NNA, están limitados por los valores y principios del Estado Social de Derecho.

2. Aunque estoy de acuerdo con la decisión, en mi opinión, los dos puntos fundamentales para respaldarla debieron ser tratados con mayor detenimiento en el texto de la sentencia: (i) la distinción conceptual entre pena accesoria e inhabilidad, y (ii) el reconocimiento del margen -obviamente limitado a una debida fundamentación- con el que cuenta el Legislador para adoptar medidas de política criminal que pretendan la protección de la integridad sexual de los NNA, interés que sin duda es de la mayor relevancia en un Estado Social de Derecho. A continuación, desarrollaré estos dos aspectos.

3. Considero que la distinción de las categorías de pena accesoria e inhabilidad es el eje conceptual de la fundamentación de este fallo y, por ello, debía ser clara y contundente.

Aunque en este caso el Legislador haya llamado “inhabilidad” a la medida adoptada por el artículo 1º de la Ley 1918 de 2018, esta denominación no corresponde a su contenido material, pues se trata de una pena accesoria, tal y como lo expuso la argumentación mayoritaria. Esta distinción permite entender por qué, para efectos de analizar las normas acusadas, no resultaba aplicable la línea jurisprudencial sobre inhabilidades que ha consolidado esta Corte. Evidentemente, existen algunas correlaciones entre las definiciones, lo que puede llevar a su incorrecta asimilación, no obstante, la normativa, la jurisprudencia y la doctrina son claras al determinar los ámbitos de aplicación de cada uno de los conceptos. En efecto, las diferencias se pueden resumir en varios puntos que considero indispensables para mayor claridad categorial: (i) la autoridad que las dicta, (ii) sus objetivos, (iii) su

aplicación en función de la culpabilidad, y (iv) la existencia de una condena penal como condición necesaria y suficiente.

3.1. Desde sus inicios la jurisprudencia de esta Corte ha definido las inhabilidades

“como aquellas circunstancias creadas por la Constitución o la ley que impiden o imposibilitan que una persona sea elegida, o designada para un cargo público y, en ciertos casos, impiden que la persona que ya viene vinculada al servicio público continúe en él; y tienen como objetivo primordial lograr la moralización, idoneidad, probidad, imparcialidad y eficacia de quienes van a ingresar o ya están desempeñando empleos públicos.”⁶³

En el mismo sentido, se pronunció la Sentencia C-348 de 200464, reiterada por la Sentencia C-1016 de 201265, que agregó una tipología general de inhabilidades en consideración a la naturaleza y a la finalidad de la limitación que imponen. Por una parte, se encuentran “las inhabilidades relacionadas directamente con la potestad sancionadora del Estado, la cual se aplica en los ámbitos penal, disciplinario, contravencional, correccional y de punición por indignidad política”; por otra, se encuentran las que no constituyen sanción ni están relacionadas con la comisión de faltas, sino que corresponden a “una garantía de que el comportamiento anterior o el vínculo familiar no afectarán el desempeño del empleo o función, de protección del interés general y de la idoneidad, probidad, imparcialidad y moralidad del aspirante”. Como dijo la Sentencia C-106 de 201866:

“las inhabilidades son restricciones a la capacidad de las personas, para entablar relaciones jurídicas con el Estado, que resultan de condenas, sanciones o de situaciones que el ordenamiento ha calificado jurídicamente, para efectos de (i) impedir el acceso o la continuación en el desempeño de funciones públicas, como servidor público o como particular que ejerce dichas funciones, (ii) para prestar servicios públicos o (iii) para la celebración de contratos con el Estado”.

En suma, como lo sintetizó la Sentencia C-101 de 201967, existen distintas clases de inhabilidades: comunes o específicas, temporales o permanentes, absolutas o relativas, entre otras. Adicionalmente, pueden ser sancionatorias o tener un origen distinto, este último caso se presenta porque se estructuran a partir de elementos objetivos atribuibles al candidato a ocupar el cargo público y hacen incompatible su ejercicio con la satisfacción del interés general.

3.2. Por su parte, las penas accesorias se han definido en la legislación de manera genérica y

por oposición a otro tipo de sanciones. El artículo 34 del Código Penal estipula que las penas son principales, sustitutivas y accesorias privativas de otros derechos cuando no obren como principales. El artículo 35 establece que “Son penas principales la privativa de la libertad de prisión, la pecuniaria de multa y las demás privativas de otros derechos que como tal se consagren en la parte especial”. El artículo 43 determina la siguiente lista de las penas privativas de otros derechos

- “1. La inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.
 2. La pérdida del empleo o cargo público.
 3. La inhabilitación para el ejercicio de profesión, arte, oficio, industria o comercio, bien sea de forma directa o indirecta en calidad de administrador de una sociedad, entidad sin ánimo de lucro o cualquier tipo de ente económico, nacional o extranjero.
 4. La inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela y curaduría.
 5. La privación del derecho a conducir vehículos automotores y motocicletas.
 6. La privación del derecho a la tenencia y porte de arma.
 7. La privación del derecho a residir en determinados lugares o de acudir a ellos.
 8. La prohibición de consumir bebidas alcohólicas o sustancias estupefacientes o psicotrópicas.
 9. La expulsión del territorio nacional para los extranjeros.
 10. La prohibición de aproximarse a la víctima y/o a integrantes de su grupo familiar.
 11. La prohibición de comunicarse con la víctima y/o con integrantes de su grupo familiar.
- [...]”

Estas sanciones pueden ser impuestas como penas accesorias, sin embargo, no siempre lo son. En efecto, el artículo 52 del Código Penal establece que “[l]as penas privativas de otros derechos, que pueden imponerse como principales, serán accesorias y las impondrá el Juez cuando tengan relación directa con la realización de la conducta punible, por haber abusado de ellos o haber facilitado su comisión, o cuando la restricción del derecho contribuya a la prevención de conductas similares a la que fue objeto de condena”. Como puede observarse, su consideración como penas accesorias depende de que el juez las imponga ligadas a una pena principal y por las razones previstas en esta disposición.

Este tratamiento concuerda con la visión prevalente a nivel doctrinario. En efecto, las penas

accesorias se han caracterizado como aquellas que se suman a otras penas y su duración depende de éstas, por lo que se entiende que complementan una pena principal⁶⁸. En un sentido similar, otros doctrinantes indican que la característica distintiva de estas penas “no radica en la naturaleza o contenido de cada clase o tipo de sanción, sino en la forma como se encuentra prevista en la ley su aplicación con respecto a una determinada hipótesis delictiva”⁶⁹. En ese sentido, las penas principales son presupuestos necesarios para imponer alguna de las accesorias. Por lo tanto, la existencia de la principal hace posible que opere la decisión del Legislador de imponer la accesoria en ciertos casos, sólo así puede entenderse esa relación de dependencia entre los dos tipos de penas.

Este planteamiento destaca la importancia de las razones -en general de prevención- del Congreso para establecer esta clase de sanciones en forma condicionada a la aplicación de otras. El efecto preventivo de las penas accesorias se convierte en un punto central pues, “si no existe conexión alguna entre las restricciones impuestas y las condiciones y actuaciones que evidencia el condenado con la ejecución del delito”⁷⁰ no parecería tener mayor sentido preventivo la imposición de la sanción accesoria. Además, este tipo de penas ayudan a lograr los fines de la principal, de hecho, algunos estudios destacan su consideración como un mecanismo punitivo con efectos preventivos ubicado en la dimensión civil⁷¹.

Con todo, un sector importante de la doctrina critica las penas accesorias por su escasa o inexistente relación con los delitos cometidos, por lo que el fin preventivo se vería anulado. Sin embargo, en el caso que ocupó el análisis en el fallo de la referencia, no se trataba de la imposición aleatoria de una sanción, el Legislador impuso una pena accesoria relacionada con el injusto. En ese sentido, el criterio preventivo es central y, sin duda, mantener esta medida en el escenario penal es la opción más garantista para el destinatario⁷².

Finalmente, es importante anotar que la relación de dependencia entre la pena principal y la accesoria no es un “condicionamiento de carácter absoluto o permanente que habilite a vincular la aplicabilidad de las accesorias a la vigencia, ejecución o efectividad de las correspondientes penas principales.”⁷³ La imposición de la pena principal es un hito que se debe cumplir para producir la aplicación de la accesoria. Por lo tanto, la aplicación de las penas principales constituye una situación cuya ocurrencia obliga a la aplicación de la pena accesoria. En suma, la condición para la aplicación de la pena accesoria no es “la pena” principal sino “la constatación de que se ha impuesto una determinada pena de carácter principal”, es decir, la existencia de la respectiva sentencia condenatoria⁷⁴.

3.3. De acuerdo con esta breve caracterización, las inhabilidades y las penas accesorias tienen una naturaleza diferente. No toda inhabilidad supone la imposición de una pena accesoria, ni toda pena accesoria materializa una inhabilidad. En realidad, para que ambas figuras coincidan se requiere que la inhabilidad sea impuesta como pena accesoria en el

marco de un proceso penal. Lo anterior implica que las inhabilidades-requisito⁷⁵ que exige la ley para determinada relación con el Estado no se pueden entender como penas, ni principales ni accesorias, aunque se refieran a condenas penales o disciplinarias previas.

La Sentencia C-393 de 2019 también planteó que la distinción entre inhabilidades-sanción e inhabilidades-requisito podría reformularse como distinción entre inhabilidades subjetivas y objetivas. Las inhabilidades subjetivas (o inhabilidades-sanción) “se originan como consecuencia de la imposición de una condena o de una sanción disciplinaria causada por un comportamiento subjetivo”. Por su parte, las inhabilidades objetivas (o inhabilidades-requisito) “son aquellas originadas ‘en el mero desempeño previo de una determinada función o cargo público’ [citado de la Sentencia C-126 de 201876]”.

A modo de conclusión de este apartado, considero indispensable enfatizar en la distinción conceptual que he descrito ante la confusión en la denominación errada que hizo el Legislador en este caso al referirse a una pena accesoria como si se tratara de una inhabilidad. Como lo muestran la normativa, la jurisprudencia y la doctrina, las inhabilidades y las penas accesorias se distinguen conceptualmente por varios aspectos: (i) la autoridad que las dicta: en el caso de las penas accesorias son los jueces penales previa sentencia condenatoria que impone una sanción principal, mientras que las inhabilidades son establecidas por el Constituyente y por el Legislador; (ii) sus objetivos: las penas accesorias tienen un fin especialmente preventivo, por su parte, las inhabilidades pretenden la moralización, idoneidad, probidad, imparcialidad y eficacia de quienes pretenden iniciar o mantener un cargo o función públicos; (iii) su aplicación en función de la culpabilidad en ciertas conductas: las penas accesorias, en nuestro sistema, pueden ser impuestas sólo si hay una relación con la conducta delictiva, en el caso de las inhabilidades, pueden tener como fundamento la potestad sancionadora del Estado, con comportamientos anteriores del sujeto o vínculos familiares que pueden afectar el ejercicio de la función pública, por lo que puede afirmarse que sólo las primeras se aplican en función de la culpabilidad; (iv) la existencia de una condena penal que imponga una pena principal es condición necesaria y suficiente para el establecimiento de una pena accesoria; las inhabilidades, por definición, no la requieren, aunque existan casos en los que, por la previsión legislativa o constitucional, esos dos aspectos coincidan, sin que haya un vínculo conceptual necesario, es meramente contingente.

4. El segundo punto sobre el que aclaro mi voto se refiere a la declaratoria de inexecutable del artículo 2° de la Ley 1918 de 2018. Aunque comparto la decisión, considero que es importante ahondar en argumentos sobre el reconocimiento del margen con el que cuenta el Legislador para adoptar medidas de política criminal que pretendan proteger la integridad sexual de los NNA, obviamente toda disposición deberá estar justificada de manera suficiente.

La providencia de cuya argumentación me aparto declaró inexecutable la pena accesoria para quienes hayan sido condenados por cometer delitos sexuales contra NNA consistente en la restricción de acceso para ejercer cargos, oficios o profesiones que tengan una relación directa y habitual con menores de edad. Del mismo modo, declaró executable el registro de estos individuos por los cargos analizados. El sentido de mi aclaración sobre el punto es ampliar la argumentación que demuestra que no se trata de una medida inconstitucional en sí misma. En efecto, el Legislador es competente para establecer las penas y en ese ejercicio de debate democrático puede evaluar la eventual restricción de derechos frente a la persecución de objetivos relevantes, como la protección de los NNA. Ese análisis depende de múltiples variables entre las que se destacan los datos empíricos y los intereses, no sólo del destinatario directo de la medida, sino de las víctimas actuales y potenciales, asunto que sin duda corresponde a un interés público.

4.1. La jurisprudencia de esta Corte ha reconocido reiteradamente⁷⁸ el ámbito de configuración legislativo en materia penal bajo el cual es posible, en el marco de la política criminal del Estado, determinar los bienes jurídicos protegidos, los tipos penales, sus elementos, sus sanciones y las figuras propias de la responsabilidad penal, así como los subrogados penales y los beneficios. Con todo, la función punitiva del Estado tiene límites, que de manera general remiten a la obligación de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales, asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. En concreto, al Legislador le está proscrito imponer como penas la muerte (artículo 11 superior), el destierro, la prisión perpetua o la confiscación (artículo 34 de la Carta), así como someter a cualquier persona a torturas, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (artículo 12 constitucional). Además, ya que la definición de los tipos penales incide intensamente en los derechos de los asociados, el derecho penal debe utilizarse sólo para la protección de bienes jurídicos considerados especialmente relevantes, bien desde la propia Constitución, bien a partir de la deliberación democrática. Esta comprensión permite entender por qué el control que el juez constitucional ejerce sobre esas definiciones legislativas es un control de límites.⁷⁹

En este caso, la normativa se fundamentó en la prevalencia de los derechos de los niños (artículo 44 de la Carta Política). El informe de ponencia para el primer debate del proyecto de ley 87 de 2016 (Senado)⁸⁰ justificó la iniciativa a partir de estudios sobre la violencia hacia NNA y la importancia de la prevención de esas conductas a través, entre otras, de la protección legal. Además, se incluyeron cifras del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses que indicaron que, para 2015, “cada hora dos niños o niñas son agredidos sexualmente en Colombia”, así como datos del Instituto Nacional de Salud. El informe también citó legislación comparada que contiene medidas similares a la analizada (Chile, Estados Unidos, Reino Unido y Canadá).

4.2. Con todo, debido a la severa limitación de los derechos del condenado que este tipo de medidas puede generar (por ejemplo, existen debates sobre los derechos al honor, al buen nombre, a la intimidad, a la privacidad, a la dignidad, a la no discriminación, al trabajo y múltiples discusiones sobre la proporcionalidad de la sanción) y como parte del análisis de proporcionalidad -en particular en el componente de proporcionalidad en sentido estricto-, es indispensable recopilar y considerar la evidencia que respalde la adopción de disposiciones como la declarada inexecutable en la providencia sobre la que aclaro mi voto, que limita el acceso de ciertos individuos a algunos cargos.

La doctrina se ha referido al término *evidence-based policy* como concepto central en los debates sobre la importancia de la evidencia en la elaboración y ejecución de políticas públicas. Según el Instituto Nacional de Correccionales (Departamento de Justicia) de Estados Unidos, “el término ‘evidence-based’ significa aplicar investigación empírica a la práctica o la política pública profesional” (2011, p. 1)⁸¹. En el mismo sentido, diversos estudios han defendido la importancia de los datos empíricos para lograr los objetivos de las normas, pues “la tarea de las políticas y prácticas basadas en evidencia es identificar qué evidencia es necesaria para emitir buenos juicios sobre su eficacia”⁸².

La relevancia de estas categorías también hace posible hablar de “*evidence-based judicial review*”⁸³. Estas corrientes proponen que el control judicial basado en evidencia puede tomar dos modalidades: (i) a través de un razonamiento judicial basado en evidencia; o (ii) centrarse en analizar si la norma demandada fue producto de un razonamiento legislativo basado en evidencia. En este caso destaco la importancia de enfatizar el control constitucional de medidas como la analizada en esta oportunidad en el segundo sentido. En efecto, una mayor cantidad de evidencia cualificada disponible podría permitir un debate informado, amplio y adecuado de medidas como la que establece la norma demandada.

En este punto es importante recordar que, en este caso, la razón para declarar la inexecutable de la pena accesoria para quienes hayan sido condenados por cometer delitos sexuales contra NNA, consistente en la restricción de acceso para ejercer cargos, oficios o profesiones que tengan una relación directa y habitual con menores de edad, fue el carácter permanente de la medida, límite indiscutible según lo ha establecido la Constitución y la jurisprudencia de esta Corte. Con todo, existen elementos para que el Legislador pueda, dentro de su margen de configuración, reforzar la protección de esos bienes jurídicos, en consideración a la situación, pero definiendo tiempos razonables para restablecer la vigencia de los derechos de quien cumple la pena. En particular, es claro que la protección de los intereses de las víctimas -que son NNA- es un interés público, además la dramática recurrencia de la violencia sexual y la necesidad de su prevención deben ponderar ese interés con el de los destinatarios de las eventuales medidas preventivas. De acuerdo con ello, analizar la situación desde la mirada exclusiva del condenado sería contrario a la Constitución.

La experiencia comparada muestra las tensiones constitucionales y la creciente preocupación por la protección de los derechos de los NNA a través de medidas similares a la que se declaró inexecutable en la Sentencia C-407 de 2020. Efectivamente, diversos tribunales han estudiado los problemas constitucionales que generan este tipo de registros, que se crean para restringir el acceso a ciertos cargos, y han encontrado que se trata de herramientas que, aunque imponen fuertes restricciones a derechos fundamentales, resultan admisibles.

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido diversas pautas en relación con la protección de NNA, en particular en los casos de los abusos sexuales⁸⁴ y ha considerado que son admisibles los registros de delincuentes sexuales como forma de prevención de ulteriores delitos, con lo que pretende aminorar el riesgo de reincidencia. De tal forma, ha aceptado que un efecto del proceso penal puede determinar formas de prevención. Por lo tanto, ha afirmado que la existencia de un registro de delincuentes sexuales que han atacado a menores no es contraria al derecho a la vida privada y familiar del artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁸⁵.

En el escenario latinoamericano, Chile cuenta con una regulación similar (Ley 20594 de 2012). De hecho, la motivación de la ley que la estableció se fundamentó en la normativa de Estados Unidos, Reino Unido y Canadá⁸⁶.

El derecho comparado a nivel latinoamericano, anglosajón y europeo muestra que la fundamentación de los registros de delincuentes sexuales de menores como forma de evitar su acceso a ciertos cargos responde a lo que se ha considerado una legítima potestad del Estado que busca reducir el riesgo de reincidencia a fin de enfrentar, por medio de figuras debidamente debatidas y regladas, un tipo de violencia especialmente grave, no sólo por la magnitud del daño que causa sino por ser ejercida sobre sujetos de especial protección. Por lo tanto, deberán considerarse los intereses de todos los involucrados en estos diseños normativos, pues no puede perderse de vista que los NNA tienen derecho a la protección del Estado, y la legislación es una herramienta decisiva para implementar tan importante tarea.

En consecuencia, consideré inconstitucional la medida objeto de estudio por el grado de desproporción que genera una restricción indeterminada y tremendamente amplia y vaga a los derechos de acceso a la función pública y al trabajo del condenado penalmente por delitos sexuales contra NNA, pero considero que una medida limitada en el tiempo y en el ejercicio de ciertos empleos que generan mayores riesgos para los NNA, se ajustaría a la Carta porque implicaría proteger los derechos fundamentales prevalentes de los NNA, sin anular los derechos fundamentales de las personas que han cometido delitos pero han cumplidos sus penas.

De esta manera, expongo las razones que me llevan a aclarar el voto con respecto a las consideraciones expuestas en la Sentencia C-407 de 2020, adoptada por la Sala Plena de la Corte Constitucional.

Fecha ut supra,

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DE LA MAGISTRADA

DIANA FAJARDO RIVERA

A LA SENTENCIA C-407/20

INHABILIDADES Y SANCIONES PENALES-Distinción (Salvamento parcial de voto)

En mi opinión, entonces, la mayoría no guardó la distinción conceptual y analítica entre el régimen de inhabilidades y el régimen penal sancionatorio; no dio cuenta de la asimilación de la inhabilidad analizada a una pena accesoria y, lo más grave, adelantó un estudio sui generis sin la claridad exigida cuando lo que se intenta es, al parecer, ajustar una construcción jurisprudencial vigente de la Corporación. En este último sentido, por supuesto, acompaño la posibilidad de que líneas de comprensión sobre lo que el Derecho es y lo que ordena, permite o prohíbe sean analizadas, reflexionadas, revisadas y ajustadas a la luz de nuevas visiones, sin embargo, este ejercicio debe ser responsable y justificado, en aras de evitar inconsistencias al interior del propio Tribunal Constitucional. En este caso, la sentencia no evidencia la existencia de nuevas visiones que impulsen una nueva comprensión de las instituciones comprometidas y tampoco, insisto, aportó claridad en su análisis.

Referencia: expediente D-13458

Magistrado ponente:

José Fernando Reyes Cuartas

1. Con el respeto acostumbrado por las decisiones adoptadas por la Sala Plena, me permito argumentar por qué salvé parcialmente el voto en este caso, en relación concretamente con la determinación de limitar temporalmente la inhabilidad para el desempeño de cargos, oficios o profesiones que involucran una relación directa y habitual con personas menores de 18 años, prevista por el Legislador en el artículo 1º de la Ley 1918 de 2018 para quienes hayan sido condenados por delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales de niñas, niños y adolescentes.

2. En mi concepto, la regulación presentaba serios problemas al reservar a una institución perteneciente a la estructura estatal de la rama Ejecutiva del poder público -el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar- la definición de los cargos, oficios o profesiones que no podrían volver a desempeñarse o a ejercerse por las personas condenadas por los delitos referidos y, en consecuencia, era indudablemente inexecutable en este aspecto por desconocer el principio de legalidad. Esta precisa conclusión, reflejada en los resolutivos primero -parte final-, segundo y cuarto de la sentencia, la compartí plenamente, pues la restricción de derechos que supone una inhabilidad exige la intervención democrática del Congreso de la República.

3. No obstante, no acompañé el análisis que condujo a rechazar la intemporalidad de la inhabilidad y, por lo tanto, a condicionar la exequibilidad del artículo 1º de la Ley 1918 de 2018 en el entendido “de que la duración de la pena referida en la mencionada disposición, deberá sujetarse a los límites temporales que para dichas penas establezca el Código Penal.”⁸⁷ Estimo que la mayoría desconoció la comprensión que la Corte ha dado a las inhabilidades intemporales y que lo hizo a partir de una línea argumentativa insuficiente e inconsistente.

4. La sentencia reconoció ejes de estudio para nada extraños a la construcción

jurisprudencial de este Tribunal, en concreto, (i) la función resocializadora de la pena bajo el principio de dignidad humana en el Estado social y democrático de derecho y, en este sentido, la prohibición de penas y medidas de seguridad imprescriptibles (fundamentos jurídicos 4 a 23), y (ii) la existencia de un régimen de inhabilidades constitucional y legal compuesto por supuestos de origen sancionatorio y por otros de origen no sancionatorio, cuyo objeto consiste, en este último caso, en establecer eventos -inhabilidades requisito- que eviten que el ejercicio del cargo o función se adelante por personas con intereses propios en la asunción de tales tareas; así como la posibilidad de establecer inhabilidades intemporales cuyo estudio de constitucionalidad generalmente se realiza a través de un juicio de proporcionalidad (fundamentos jurídicos Nos. 24 a 35).

5. Pese a que este asunto no era ajeno a la práctica judicial de la Corporación, que ha reiterado que el régimen de inhabilidades debe “distinguirse conceptualmente de las sanciones, lo que lleva a inferir que no le son aplicables los requisitos propios de las condenas adoptadas en ejercicio del ius puniendi, entre ellos la prohibición de imprescriptibilidad de las penas”,⁸⁸ la mayoría consideró, de entrada,⁸⁹ que la inhabilidad intemporal impuesta a las personas condenadas por la comisión de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales de menores de 18 años de edad era o equivalía a una pena accesoria.

6. La sentencia, sin embargo, no dio cuenta del porqué presupuso que dicha inhabilidad era una pena accesoria, contrariando el punto de partida del análisis de la Corporación en casos similares, y no exhibió una razón clara que, en sustitución a la hasta ahora disciplinada metodología, permita en adelante realizar exámenes análogos. A continuación, me referiré a varios apartados en los que la mayoría trató de justificar su posición, sin que, a mi juicio, lo haya logrado.

7. Luego de sintetizar sin mayor detenimiento la jurisprudencia de la Corte en relación con las inhabilidades intemporales (fundamentos jurídicos Nos. 24 a 29), la Sala Plena saltó a afirmar que “[e]ste tribunal encuentra que (i) si las inhabilidades cuando emergen del derecho sancionatorio, pueden tener origen en sanciones disciplinarias o en condenas penales; (ii) si cuando se trata de estas últimas, se constituyen en verdaderas penas... y (iii) si, en este caso... la pena de inhabilitación... es en efecto una pena accesoria; debe concluirse que su imposición y ejecución por fuera del fundamento primero de la dignidad humana, se constituye en una infracción a la Constitución...” (fundamento jurídico No 30). El problema de tal afirmación y de varias similares reproducidas a lo largo de la providencia es que, pese a la asertividad de los términos que emplea, no justifican cuándo puede entenderse que una previsión como la estudiada constituye una verdadera pena, y cuando no, y por qué en este caso se sostuvo que lo era.

8. Más adelante, en el fundamento jurídico No. 35, se señaló que “i) cuando las inhabilidades se imponen como castigo o consecuencia de la comisión de un delito y se establecen así por el legislador, se constituyen en penas accesorias...”. Lo anterior, pese a que la jurisprudencia de la Corporación ha estimado que son válidas las inhabilidades intemporales que tienen como origen la comisión de un delito, como sucede por ejemplo con aquella derivada del artículo 122 de la Carta, modificado por el artículo 4 del Acto Legislativo 01 de 2009, y que establece que “... no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado...” Entonces, ¿en qué casos y bajo qué condiciones -si es que subsisten- es posible sostener que la inhabilidad que tiene como origen la imposición de una sanción no debe tomarse como una pena accesoria? O, contrariando incluso el mandato constitucional antes citado, ¿debe entenderse que lo que hace esta sentencia es proscribir dicha posibilidad pues siempre debe entenderse que es una pena accesoria? La respuesta a estas preguntas tampoco puede deducirse de los razonamientos expuestos en la sentencia.

9. En un último intento por dar cuenta del porqué la inhabilidad del artículo 1º de la Ley 1918 de 2018 era una pena accesoria, se indicó en el fundamento jurídico No. 44 que así lo era pues (i) se impone por el juez penal de conocimiento, (ii) es considerada como una pena accesoria por parte del Legislador y (iii) tal postura se funda en lo sostenido en la Sentencia C-280 de 1996, según la cual “[e]s claro que la inhabilitación para ejercer cargos públicos por haber cometido un delito constituye una pena, pues así la define con precisión el ordinal 3º del artículo 43 del Código Penal, que dice que la interdicción de derechos y funciones públicas es una pena accesoria cuando no se establezca como principal.” Al respecto, encuentro que las razones expuestas carecen por completo de la fuerza que se les pretende dar.

10. De un lado, como sucede con la inhabilidad intemporal consagrada en el artículo 122 de la Constitución Política, el juez penal en su sentencia debe indicar que por disposición expresa la comisión de delitos que afectan el patrimonio del Estado determinan una inhabilidad intemporal, sin que por este motivo se haya afirmado que es una pena accesoria lesiva del mandado de imprescriptibilidad, por lo cual, es necesario volver a preguntarse, ¿qué es lo que hace distinguible la inhabilidad intemporal prevista en el artículo 122 de la Carta, de aquella analizada ahora? Esta es una respuesta que la sentencia no brinda.

11. De otro lado, como si el Código Penal se convirtiera en un parámetro de control de constitucionalidad, la mayoría destacó lo siguiente: (i) dado que la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas es una pena accesoria y (ii) el artículo 1º demandado prevé una inhabilidad, se concluye que (iii) el artículo 1º de la Ley 1918 de 2018 regula una pena accesoria que, por ser intemporal, quebranta el mandato de imprescriptibilidad de las penas. En mi criterio este argumento es equivocado, pues nuevamente desconoce sin argumento alguno la distinción que la Corte Constitucional ha

construido respecto del régimen de inhabilidades, equiparando situaciones que analíticamente son distinguibles por su objetivo constitucional. Al respecto, en la Sentencia C-634 de 2016,90 se sostuvo que:

“En efecto, al estar vinculadas las inhabilidades con la necesidad de acreditar determinadas condiciones para el ejercicio idóneo de la función pública encomendada, entonces no pueden considerarse como una sanción, sino como una característica que habilita para el desempeño de dicha función. Así, por ejemplo, el legislador bien puede disponer que configura inhabilidad tener determinado vínculo familiar con personas relacionadas con el ejercicio de la función, o haber conocido previamente de asuntos vinculados con la misma, o inclusive haber sido sujeto de sanción por determinadas conductas cuya transcendencia resulta dirimente para el ejercicio futuro de la función pública. Como se observa, en cada uno de estos supuestos no se está imponiendo una sanción al inhabilitado, sino que exclusivamente se verifica la concurrencia de una condición respecto de la cual el legislador ha concluido que lo descalifica para el ejercicio de la función pública respectiva. Por lo tanto, la inhabilidad encuentra su sustento constitucional en la defensa del interés público, representado en el adecuado desempeño de la función estatal.”

13. Y, finalmente, la mayoría indicó que la Sentencia C-280 de 1996 apoya su conclusión, descontextualizando los apartes jurisprudenciales citados y omitiendo mencionar y hacerse cargo del precedente vigente en la materia, que sí le era vinculante y que daba cuenta de que las inhabilidades intemporales, incluso si derivan su causa de sanciones previas, no son inconstitucionales por sí mismas. En este sentido, por constituir una referencia necesaria, se cita nuevamente la Sentencia C-634 de 2016 que, en lo pertinente, afirmó lo siguiente:

“11. A partir de este precedente, se ha concluido por la jurisprudencia[11] que concurren tres argumentos principales para justificar la constitucionalidad de las normas que prevén inhabilidades temporales: (i) la consideración acerca que las inhabilidades no tienen por objeto castigar las conductas ilegales del sujeto, sino asegurar la prevalencia del interés colectivo y la idoneidad del servicio público, mediante la certidumbre acerca de los antecedentes intachables de quien haya de prestarlo; (ii) la consagración en la Constitución de algunas inhabilidades que también son intemporales, lo que habilita al legislador para prever normas con el mismo sentido deóntico; y (iii) el amplio margen de configuración legislativa que se ha reconocido en materia de inhabilidades.” Negrilla fuera de texto.

14. En mi opinión, entonces, la mayoría no guardó la distinción conceptual y analítica entre el régimen de inhabilidades y el régimen penal sancionatorio; no dio cuenta de la asimilación de la inhabilidad analizada a una pena accesoria y, lo más grave, adelantó un estudio sui

generis sin la claridad exigida cuando lo que se intenta es, al parecer, ajustar una construcción jurisprudencial vigente de la Corporación. En este último sentido, por supuesto, acompaño la posibilidad de que líneas de comprensión sobre lo que el Derecho es y lo que ordena, permite o prohíbe sean analizadas, reflexionadas, revisadas y ajustadas a la luz de nuevas visiones, sin embargo, este ejercicio debe ser responsable y justificado, en aras de evitar inconsistencias al interior del propio Tribunal Constitucional. En este caso, la sentencia no evidencia la existencia de nuevas visiones que impulsen una nueva comprensión de las instituciones comprometidas y tampoco, insisto, aportó claridad en su análisis.

15. Sumado a lo anterior, en un intento por seguir presuntamente la línea expuesta por la Corte sobre las inhabilidades intemporales, la mayoría tomó el camino de aplicar la metodología del test de proporcionalidad. El inconveniente del uso de esta herramienta, no obstante, es que la sentencia se sostiene bajo una premisa que se sugiere incompatible con tal metodología de estudio. Al respecto, para la sentencia la prohibición de establecer penas imprescriptibles es una regla que “erradica cualquier posibilidad de penas y medidas de seguridad” intemporales (fundamento jurídico No. 15), es “una disposición con estructura cerrada y que contiene un mandato definitivo conforme al cual se encuentran proscritas las penas imprescriptibles” (fundamento jurídico No. 47). Si esto es así, en consecuencia, realizar un juicio de proporcionalidad carece de sentido pues la prohibición de establecer penas imprescriptibles es un mandato del todo o nada, que no admite ejercicios de ponderación ni posterior armonización con otros principios en conflicto.

16. Por lo anterior, la elaboración de un test de proporcionalidad no soportó o abundó en razones para justificar la inexecutable que se tejió sobre la tesis de que la inhabilidad era una pena accesoria, y no lo es porque sencillamente es inconsistente con aquella. En estas circunstancias, la única -y mejor- lectura a dicha opción metodológica consiste en afirmar que la Sala Plena, al final, valoró la norma cuestionada bajo la premisa de que las inhabilidades intemporales no están proscritas por la Constitución, porque a ellas no les es aplicable el artículo 28 de la Constitución, pero que su sujeción a la Carta está mediada por una relación medio - fin, tal como se sostuvo en la Sentencia C-634 de 2016:

12. A pesar de la libertad de configuración legislativa sobre la materia, se evidencia que la justificación constitucional de las inhabilidades descansa en una comprobación del tipo medio - fin. Quiere ello decir que la previsión legal respectiva es compatible con la Constitución cuando la inhabilidad dispuesta por el legislador efectivamente cumple con el propósito del régimen analizado: garantizar la probidad e idoneidad en el ejercicio de la función pública.

17. Por lo expuesto, lo que parece predicar la sentencia de la que me separo parcialmente son dos tesis, expuestas con poca claridad y que generan confusión. Una, a partir de una premisa bastante discutible y no justificada, según la cual la inhabilidad intemporal que se

aplica por el juez penal y que tiene por causa un hecho delictivo, es una pena accesoria, limitada, en consecuencia, por la regla prevista en el artículo 28 de la Carta sobre imprescriptibilidad de las penas y medidas de seguridad; y, otra, ajustada esta sí a la jurisprudencia de la Corporación, que admitiría que las inhabilidades imprescriptibles son posibles pero que deben someterse a un juicio de proporcionalidad, con miras a analizar la relación medio - fin. Así, cuando la Sala estimó que en gracia de discusión y por suficiencia argumentativa realizaría un juicio de proporcionalidad, lo que hizo fue modificar la tesis que hasta ese momento la llevaba a concluir que la intemporalidad era inconstitucional y bajo esa segunda tesis, adelantar un juicio de constitucionalidad diferente, aunque, más acorde con la línea de entendimiento de la Corte sobre este preciso asunto.

18. Esta segunda tesis, es la que me permite valorar que la Sentencia C-407 de 2020, pese a su errática y dubitativa línea argumentativa, no puede significar una modificación a la línea jurisprudencial sobre la distinción conceptual entre inhabilidades y sanciones penales, ni sobre la posibilidad constitucional de que el Legislador, conservando una relación medio - fin que la Corte Constitucional deberá analizar con extrema rigurosidad en cada caso, establezca inhabilidades intemporales, incluso si estas tienen un origen sancionatorio.

En los anteriores términos dejo expuestas las razones que justifican mi decisión de salvar parcialmente el voto a la Sentencia C-407 de 2020.

Fecha ut supra

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO (E)

LUIS JAVIER MORENO ORTIZ

A LA SENTENCIA C-407/20

Referencia: Expediente D-13458

Demandantes: Luis Andrés Vélez Rodríguez y Jury Vanessa Marulanda Cardona

Asunto: Acción pública de inconstitucionalidad en contra de las normas enunciadas en los artículos 1, 2, 3, 4 y 5 de la Ley 1918 de 2018

Magistrado ponente:

José Fernando Reyes Cuartas

I. Sentido y alcance de la discrepancia

Comparto la conclusión de que la norma en comento es exequible, valga decir, compatible con la Constitución. Disiento de la conclusión de que ello sólo es así en virtud del condicionamiento introducido. Disiento también del contenido del condicionamiento hecho por la mayoría, en el cual se asume que lo previsto en tal norma es una pena accesoria y se dispone que su constitucionalidad depende de que, en tanto pena, se sujete a los límites establecidos en el Código Penal.

Además de disentir de la declaración que se hace en la sentencia, disiento de la aproximación que se hace a la Constitución, de cara a conformar el parámetro de juzgamiento; de la interpretación que se hace de la norma demandada, para sostener que ella es una pena; y del análisis que se hace para establecer si hay compatibilidad entre esta última y aquella.

II. La discrepancia sobre la conformación del parámetro de juzgamiento

Si bien la sentencia hace una interpretación sistemática de la Constitución, con el propósito de fijar el parámetro de juzgamiento, esta interpretación, a mi juicio, se queda corta, dadas las particularidades de este caso.

La mayoría considera que el parámetro debe estar conformado por lo dispuesto en los artículos 1, 28 y 29 de la Carta.⁹¹ El parámetro, que se explicita como regla es el de que no es posible imponer penas imprescriptibles.⁹² Para ello, se desarrolla un discurso prolijo en torno a la resocialización del condenado y, en particular, en torno a “la reinserción social de quien ha sido aherrojado”, de suerte que, frente a esta regla, no puede haber ninguna pena accesoria, como lo sería la prevista en la norma demandada, que sea perpetua, valga decir, que no tenga un límite en el tiempo.

Frente a la anterior postura, como tuve la oportunidad de expresar en la Sala, considero que era necesario tener en cuenta, a efectos de conformar el parámetro de juzgamiento, también otras normas constitucionales.

A. La no consideración del diseño de inhabilidades análogas por la propia Constitución

En primer lugar, y en esto concuerdo con los argumentos dados por la M. Fajardo en su salvamento de voto, la mayoría desconoció la comprensión que la Corte le ha dado a las inhabilidades, que pueden y deben distinguirse conceptualmente de las sanciones.

Las inhabilidades no son sanciones, al menos no lo son de manera necesaria. Por ello, la propia Constitución, que no es precisamente una norma semejante al Código Penal, ni tiene por objeto señalar las penas a imponer, prevé algunas inhabilidades. Para dar cuenta de ello, basta mostrar, siguiendo la metodología de argumentación por el contra ejemplo, que en el inciso quinto del artículo 122 de la Carta se prevé una inhabilidad para las personas que hayan sido condenadas, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del estado.⁹³ La inhabilidad afecta, de manera intensa, el ejercicio de los derechos de los condenados, quienes “no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado”.

Para la propia Constitución, la circunstancia de haber sido condenado por un delito, en el caso del ejemplo, por un delito que afecta el patrimonio del Estado, genera una inhabilidad.

Nótese que la Constitución no califica esta inhabilidad como una pena accesoria. Y nótese como es la propia Constitución la que toma la referida circunstancia para generar una inhabilidad que, además, no está sometida a ningún límite en el tiempo y, por supuesto, no está sometida a los límites previstos en el Código Penal.

Ahora bien, si es la propia Constitución la que diseña de este modo las inhabilidades, la mayoría ha debido demostrar por qué la norma demandada, que sigue el mismo modelo de diseño de la Carta resulta ser incompatible con ella.

No se trata de plantear una aporía constitucional, en el sentido de que la norma prevista en el artículo 122, en los términos indicados, podría resultar contraria a lo establecido, según sostiene la mayoría, en los artículos 1, 28 y 29, pues ello no conduciría a ningún resultado, dado que la reforma al artículo 122 de la Carta se hizo por medio del Acto Legislativo 1 de 2009 y, por tanto, la eventual acción en su contra ya caducó. Además, debe destacarse que la mencionada inhabilidad ya estaba prevista en el texto original de la Constitución.

Se trata, por el contrario, de destacar que, al momento de configurar el parámetro de juzgamiento, era necesario considerar, además de lo previsto en los artículos 1, 28 y 29 de la Constitución, normas como la del artículo 122 ibidem. A mi juicio es difícil comprender las razones por las que ello no ocurrió. De una parte, la sentencia no da ningún argumento sobre su proceder en esta materia. De otra, esta norma muestra que la propia Constitución señala que el haber sido condenado por un delito genera inhabilidad.

A mi juicio, si la propia Constitución prevé una inhabilidad severa para las personas condenadas por delitos que afecten el patrimonio del Estado, conductas que, si bien son graves, no son significativamente más graves que los delitos sexuales contra los niños, no se comprende por qué la inhabilidad legal para las personas responsables de tales delitos, que es menos severa, ya que se circunscribe a desempeñar “cargos, oficios o profesiones que involucren una relación directa y habitual con menores de edad”, resulte ser incompatible con la Constitución, a menos que tenga una duración temporal, en los términos del Código Penal. Esto me parece, por lo menos, paradójico, pues a la postre parece ser más importante el patrimonio público que la libertad, integridad y formación sexual de los niños.

B. La no consideración de normas constitucionales aplicables en materia de delitos sexuales contra niños

Incluso si la conformación del parámetro de juzgamiento se hace a partir de considerar que la

norma demandada fija una pena accesoria, como lo sostiene la mayoría, esta tarea también se quedó corta. En efecto, para establecer las normas constitucionales con arreglo a las cuales se debe adelantar el juicio, la Sala analizó, de manera correcta, lo previsto en los artículos 1, 28 y 29 de la Carta, pero pasó por alto una circunstancia muy importante, como es la de que en este momento también hay otra norma constitucional aplicable, prevista en el artículo 34 ibidem.

No es posible sostener, como lo hace la sentencia, en términos enfáticos y categóricos, que en ningún caso puede haber penas perpetuas. Si bien ello se funda, de manera objetiva, en lo previsto en el inciso tercero del artículo 28 de la Carta, norma que se armoniza con lo dispuesto en el artículo 1 y 29 ibidem, no se puede pasar por alto que hay otra norma, en la que dicha prohibición se matiza, a partir de ciertas excepciones. En efecto, en el artículo 34 de la Constitución, conforme a la modificación hecha por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2020, se prevé que: “De manera excepcional cuando un niño, niña o adolescente sea víctima de las conductas de homicidio en modalidad dolosa, acceso carnal que implique violencia o sea puesto en incapacidad de resistir o sea incapaz de resistir, se podrá imponer como sanción hasta la pena de prisión perpetua.”

Por lo tanto, no era posible interpretar el artículo 28 de la Constitución sin considerar el artículo 34 ibidem, en el cual, justamente, se establece una autorización expresa para imponer hasta la pena de prisión perpetua. Ahora bien, de la circunstancia de que esta pena sea revisable,⁹⁴ no se sigue que ella prescriba.

Si la pena principal para crímenes sexuales contra niños, en los términos ya indicados, es imprescriptible, no se comprende la razón por la cual una pena accesoria, como la que la mayoría identifica en la norma demandada, no pueda ser imprescriptible.

La circunstancia evidente de que el Acto Legislativo 1 de 2020 ha sido demandado y se encuentra sub judice, a mi juicio, no afecta en modo alguno su vigencia y, por tanto, el deber de emplear las normas allí previstas al momento de configurar el parámetro de juzgamiento en este caso. De ahí que, si se afirma que la norma demandada no establece una inhabilidad sino una verdadera pena accesoria, como lo hace la mayoría, ha debido atenderse a la autorización excepcional que da la Constitución de fijar penas imprescriptibles cuando un niño o niña sea la víctima de los delitos de homicidio, en su modalidad dolosa, o acceso carnal que implique violencia, o que se ponga en incapacidad de resistir a la persona o que ella sea incapaz de resistir. Sin embargo, ello no se hizo y, lo que es igualmente destacable, tampoco se dijo por qué no se hizo.

III. La discrepancia sobre la interpretación de la norma demandada

De entrada, debo reconocer que la norma demandada forma parte del Código Penal. En efecto, el artículo 1 de la Ley 1918 de 2018 adiciona el artículo 219-C a dicho Código. Ahora bien, de esta circunstancia no se sigue, a mi juicio, que lo allí previsto sea una pena.

Uno de los argumentos centrales de la sentencia es el de que la norma demandada establece una pena accesoria. Más allá de las reflexiones que se hacen en torno a la diferencia entre inhabilidad y pena, la conclusión a la que llega el análisis de la mayoría, conforme aparece en el fundamento jurídico 39 es la siguiente:

“39. De la lectura de la norma se entiende que: i) se crea una pena accesoria para las personas que resulten condenadas por la comisión de delitos que atenten contra la libertad, integridad y formación sexuales que tengan como sujeto pasivo a una persona menor de 18 años; ii) los cargos, oficios o profesiones a los que se refiere la norma deberán involucrar una relación directa y habitual con menores de edad; iii) la referencia a cargos hace alusión al ejercicio de la función pública; iv) la inhabilidad que se consagra no tiene un término o límite definido, preciso y claro para su terminación, por lo tanto, su duración deviene en perpetua y por ello mismo, imprescriptible; v) el legislador no determinó los cargos, oficios o profesiones a las que se refiere la norma, defiriendo la regulación a un ente administrativo: el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.”

Al ser una pena, como lo destaca la M. Ortiz en su aclaración de voto, ella debe ser impuesta por el juez penal en la respectiva sentencia.

La circunstancia de que sea una pena y no otra cosa, es crucial para la estructura de la sentencia, no sólo en cuanto a la regla que, como ya se vio, es la de que no puede haber penas imprescriptibles, sino que también lo es para establecer, más adelante, el condicionamiento.

En esta sentencia el Código Penal tiene un inusitado y, a mi juicio, desproporcionado protagonismo. Para establecer si en la norma demandada hay o no una pena, la mayoría da especial relieve a esta norma legal, conforme pasa a verse.

De entrada, el análisis de la norma demandada tiene dos rasgos destacables. De una parte, como sostiene la mayoría, ella está incluida en el Código Penal. Y de otra, como se destaca mucho menos, en ella no se habla de pena, sino de una inhabilidad.

Al proseguir con el análisis, para entrar en la consecuencia jurídica de la norma, se observa la

siguiente oración: “serán inhabilitadas para el desempeño de sus cargos, oficios o profesiones”. De esta oración la mayoría infiere que la inhabilidad no ocurre por ministerio de la ley, sino que debe ser impuesta, a modo de pena, por el juez penal de conocimiento en la sentencia. Desde luego, si se asume esta inferencia, habría necesidad de considerar algunas circunstancias relevantes, de las cuales la sentencia no se ocupa como, por ejemplo, las relativas a la necesidad de la pena y a su dosimetría. El asumir que una inhabilidad es una pena accesoria, hace que sea necesario establecer si en todos los delitos sexuales contra menores el condenado debe serlo, también, a esta pena accesoria. Y, de otra parte, dado que las penas accesorias tienen límites legales, como se deja en claro en el condicionamiento, al referirse al Código Penal, habría necesidad de razonar en la sentencia de condena sobre la dosimetría de la pena, que no podrá ser superior al límite máximo, pero que podría variar dependiendo del caso.

Esta lectura de la norma demandada puede resultar coherente con lo previsto en el Código Penal, particularmente en su artículo 51, en el cual se regulan las penas privativas de derechos diferentes a la libertad personal, las cuales podrán durar entre un mínimo de 5 y un máximo de 20 años. Y, en el caso específico de las que impiden ejercer una profesión, arte, oficio, industria y comercio, la duración puede ir de entre 6 meses a 15 años.

Incluso si se atiende, como en la sentencia, en tal modo al Código Penal, sería necesario reconocer que en él, específicamente, en su artículo 51, si bien se reconoce la inhabilidad del artículo 122 de la Constitución como pena, lo que es muy discutible, también se precisa que: “Se excluyen de esta regla las penas impuestas a servidores públicos condenados por delitos contra el patrimonio del Estado, en cuyo caso se aplicará el inciso 5 del artículo 122 de la Constitución Política.”

A estas alturas resulta innegable que en el Código Penal si existe una clara tendencia a comprender inhabilidades como la prevista en el artículo 122 de la Constitución o como la prevista en la norma demandada, como penas.⁹⁵ Sin embargo, debe recordarse, con el mayor énfasis, que este código no es en modo alguno equiparable a la Constitución y que, por ello, no puede tenerse como parámetro de juzgamiento.

A mi juicio, más allá de la “deferencia” del código con la Constitución, a la que excluye de sus reglas de manera expresa pero incompleta, al menos lo hace en lo relativo al inciso 5 del artículo 122, pero no se refiere a la otra inhabilidad de este inciso ni a la del siguiente,⁹⁶ es que la Constitución no requiere de tales gentilezas de la ley y, más bien, que es la ley la que debe atenerse de manera estricta a aquella, so pena de ver afectada su validez.

Incluso así, a partir de una lectura determinada por el Código Penal, ha debido asumirse,

como lo hizo el legislador, que la norma del artículo 122 de la Constitución era relevante para conformar el parámetro de juzgamiento y, de paso, advertir que la regla de que no puede haber penas, si se entiende la inhabilidad como pena, no es absoluta y, ciertamente, admite excepciones, como la que la propia Constitución prevé en tal artículo.

Ante la lectura de la norma demandada que hizo la mayoría, considero que cabe otra aproximación, conforme a la cual lo que está allí previsto es una inhabilidad y no una pena. A mi juicio, para que la inhabilidad en comento se genere no se requiere de que un juez la imponga como pena accesoria en su sentencia, sino que ella se genera como una consecuencia necesaria, que no requiere manifestación expresa del juez, de la propia sentencia, valga decir, que ella se genera por virtud de la ley.

No se trata, pues, de un asunto que el juez pueda definir, como parecería ocurrir luego de la decisión adoptada en esta sentencia, sino de un asunto que ya está definido por la ley.

De la comisión de un delito surgen muchas consecuencias, pero no todas ellas pueden considerarse como penas. En efecto, está, por ejemplo, la obligación de reparar a las víctimas, que incluso puede exigirse judicialmente, pero de ello no se sigue que la reparación sea una pena. Si el delito afecta el patrimonio del Estado, como ya se ha puesto de presente, de ello se sigue una inhabilidad, pero eso no significa que dicha inhabilidad sea una pena. Mutatis mutandi eso es lo que ocurre en la norma demandada.

Las inhabilidades, incluso aquellas que se derivan de la condena por la comisión del delito, no son parte de la condena, que es el presupuesto necesario para tenerlas como pena, sino que se siguen de ella y, en lugar de tener un propósito retributivo para el condenado, son elementos objetivos que impiden el acceso a ciertos cargos, desempeñar determinados oficios, celebrar contratos, etc.

A mi modo de ver, la relación de identidad que establece la mayoría entre inhabilidad fundada en la comisión de un delito y pena accesoria, no es necesaria en términos constitucionales. De hecho, estas inhabilidades, en especial cuando se trata de inhabilidades constitucionales, operan por virtud de la Constitución o de la ley, con independencia de que el juez se refiera a ellas en la sentencia penal. Si el juez olvida incluirlas en la sentencia de condena, de esta circunstancia no se sigue que las inhabilidades no existan. La razón de ser de las inhabilidades no es, necesariamente, castigar a la persona que ha cometido un delito, sino proteger, de manera especial, bienes jurídicos que se consideran valiosos, como por ejemplo: el patrimonio público, en el referido artículo 122 Superior.

IV. La discrepancia sobre el análisis que se hace para establecer si hay compatibilidad

entre la norma demandada y la Constitución

Una vez concluye que la norma demandada establece una pena, la mayoría procede a establecer si ella es compatible con lo previsto en los artículos 1, 28 y 29 de la Carta. Más allá de lo ya dicho sobre ambos extremos, debo extender mi discrepancia también al análisis de compatibilidad.

Este análisis se hace en la sentencia en dos etapas. En la primera, que concluye en el fundamento jurídico 47, se establece que la norma demandada es incompatible con las normas previstas en los artículos 1 y 28 de la Constitución, porque, de una parte, “cosifica a los destinatarios de la inhabilidad permanente” y, de otra, “desconoce el contenido de una disposición con estructura cerrada y que contiene un mandato definitivo conforme al cual se encuentran proscritas las penas imprescriptibles.”

En la segunda, pese a que ello no parece ser necesario, pues a juicio de la mayoría lo anterior ya es suficiente para fundar su decisión, la sentencia aplica un test de proporcionalidad de intensidad estricta. Al desarrollar el test reconoce que la medida responde a una finalidad imperiosa, como es la de proteger a los niños y a las niñas del contacto con personas condenadas por crímenes sexuales contra menores. Si bien hace un breve análisis de la efectiva conducencia,⁹⁷ para señalar que no hay certidumbre sobre el asunto, se centra en la necesidad de la medida,⁹⁸ para destacar “(n)o es posible argumentar la necesidad de una medida a partir del incumplimiento de una obligación constitucional”, que en este caso sería la de la resocialización del condenado. Y, por último, pone de presente que la medida no es proporcional en sentido estricto,⁹⁹ pues la restricción afecta intensamente los derechos de los condenados, de manera muy superior al eventual e incierto beneficio que podría generar para los niños.

En cuanto a la primera etapa del análisis, no considero afortunado concluir que una inhabilidad, por el mero hecho de ser intemporal, implique cosificar a su destinatario. En todo caso, de ser así, eso mismo podría decirse de la propia Constitución, que en el artículo 122, como ya se ha visto, prevé una inhabilidad de este tipo y, en mi opinión, creo que ese tipo de afirmaciones no pueden hacerse de una norma profundamente humanista, como es nuestra Carta. Y, de otra parte, tampoco me parece afortunado señalar que la disposición constitucional que prohíbe las penas imprescriptibles sea de estructura cerrada, ya que existe la apertura excepcional del artículo 34 de la Constitución, ni que se trate de un mandato definitivo, pues la propia Carta, en su artículo 122, no lo sigue, todo ello bajo la consideración, que también me parece desafortunada, de que se tratase de una pena.

En cuanto a la segunda etapa del análisis, concuerdo con el proceder de la mayoría, que si

bien parece segura de sus razones, en realidad no lo está tanto, al punto de acudir a razones adicionales.

Más allá de la consideración sobre si lo apropiado era aplicar el test de proporcionalidad o no, sobre la base de que en la sentencia se aplica, considero que hay algunos elementos que ameritan una especial reflexión.

El primer elemento es el de la intensidad del test, que no se dice, pero que por lo que se hace parecería ser estricta. En esto creo que la argumentación se queda corta, porque ha debido dar las razones por las cuales ello es así. Podría haber mostrado que la medida afecta, como ciertamente lo hace, derechos fundamentales de los condenados y que esta afectación se mantiene incluso luego de que hubiesen cumplido su pena privativa de la libertad.

El segundo elemento es el de la finalidad de la medida que es proteger a los niños y a las niñas, en su libertad, integridad y formación sexual, lo cual es, y ha debido decirse con más énfasis, una finalidad constitucional imperiosa, con fundamento en el artículo 44 de la Constitución y en tratados internacionales sobre derechos humanos como la Convención sobre los Derechos del Niño.

El tercer elemento es el de la idoneidad de la medida, que se trata de determinar a partir de dos estándares diferentes. El estándar de la efectiva conducencia, que no es un elemento a desarrollar en un test de intensidad estricta, no ha debido mencionarse. El estándar de la necesidad, más que analizar si hay otras medidas menos lesivas para lograr el mismo fin, se centra en un análisis, que comparto, sobre la resocialización, para sostener que el Estado tiene el deber de resocializar a las personas condenadas, como en efecto lo tiene, e inferir de allí que esta medida se funda en haber reconocido el fracaso en cumplir con este deber.

Más allá de estar ante un fracaso del Estado, considero que los procesos de resocialización no pueden entenderse como una garantía irrestricta de que una persona que cometió crímenes contra niños ya no los vaya a volver a cometer en el futuro. A mi juicio, en esta materia ha debido, de una parte, explorarse si había o no otras medidas menos lesivas para las personas condenadas que garantizaran la finalidad antedicha, lo cual no se hizo y, de otra, no perderse de vista que, al estar en juego el riesgo de agresiones sexuales de niños y niñas, existe un deber constitucional de brindarles a estos últimos, en tanto sujetos de especial protección, la mayor seguridad frente a tal riesgo. Ante este panorama, más allá de la referencia general a la resocialización, la sentencia no muestra cuál sería la medida menos lesiva, pero igualmente idónea para lograr la finalidad perseguida, en razón de la cual la medida adoptada por la norma demandada resulta ser no necesaria.

Por último, si bien la norma demandada afecta los derechos de los condenados, su afectación no es tan intensa como para que de ella se siga que la vida de tales personas se vea truncada. La inhabilidad, en este caso, se circunscribe a “cargos, oficios o profesiones que involucren una relación directa y habitual con menores de edad”. Nótese que no se trata de todos los cargos, oficios o profesiones, pues si ellos no involucran una relación directa y, además, habitual con niños o niñas, el condenado no tendría obstáculos para ejercerlos. Así, por ejemplo, si el condenado era docente, podría continuar con su profesión, pero con personas adultas. O si era profesional de la salud (enfermería, terapia, etc.), podría atender sin ninguna dificultad a adultos. Es perfectamente posible desarrollar un proyecto de vida laboral o profesional en actividades que no involucren una relación directa y habitual con niños o niñas.

Ahora bien, ante el riesgo de los niños y niñas de sufrir una agresión sexual, que es lo que se pretende neutralizar con la inhabilidad, considero que no es posible negarlo o minimizarlo. El ser víctima de una conducta de este tipo tiene un alto impacto en la vida del niño o niña, quienes están frente a un adulto en situación de indefensión y, por ello, deben ser protegidos especialmente. Es posible argumentar que una persona que ha cumplido la pena impuesta podría tenerse como resocializada, pero no es posible afirmar que, en todos los casos, dicha persona no implique un riesgo para los menores, así sea mínimo. Ante la existencia de este riesgo para la integridad de los menores, ha debido considerarse en el análisis de proporcionalidad en sentido estricto tres elementos de juicio: el primero es el de la prevalencia de los derechos de los niños sobre los derechos de los demás (art. 44 CP); el segundo es el del principio pro infans; y el tercero es el principio de precaución.

Cuando se examina si las consecuencias de una medida son más o menos gravosas y, dentro del análisis, está de por medio los derechos de los niños la ponderación no puede hacerse igual que si no lo estuvieran. Los derechos de los niños tienen, por expreso mandato constitucional, un peso específico superior, que no puede ser desatendido. Además, la interpretación de las normas y, en este contexto, la ponderación de los derechos, debe orientarse por el principio pro infans, como lo ha hecho esta Corporación antes, por ejemplo, en la Sentencia C-177 de 2014.¹⁰⁰ Como ya se ha hecho en materia del medio ambiente, con buen sentido, en este ámbito también ha debido emplearse el principio de precaución.¹⁰¹

Magistrado (E)

1 Folio 41 reverso.

2 Folio 41 reverso.

3 Folio 42 reverso.

4 Para esos efectos los demandantes citan a Santiago Mir Puig en su texto de Derecho Penal. Parte General.

5 Para lo cual se exponen los parámetros de la sentencia C-091/17

6 Folio 48 reverso.

7 Folio 48 reverso del expediente.

8 Folio 49 del expediente.

9 Con base en la sentencia C-605 de 2006, especificó que se está frente a un tipo penal en blanco impropio, cuando la norma de complemento es otra disposición legal; en cambio, será un tipo penal en blanco propio, cuando la remisión recae sobre instancias normativas de jerarquía inferior a la ley penal.

10 Al respecto, argumentó que los tipos penales en blanco propios deben cumplir con las siguientes reglas: i) la remisión debe ser precisa y previa a la configuración de la conducta; y ii) la norma de complemento debe ser de conocimiento público y preservar los principios y valores constitucionales. Al efecto, precisó que no se cumple este último parámetro, en tanto la remisión que hace la Ley 1918 de 2018 no preserva los valores constitucionales referentes a la libertad de oficio o labor, imponiendo una limitación excesiva, injustificada y arbitraria al derecho al trabajo.

11 Entendida como un razonamiento ilógico “por medio de la cual un mismo ordenamiento atribuye a una misma persona libertad para delinquir y, acto seguido, le comunica la negación de dicho atributo mediante la asignación de una consecuencia jurídica basada en la desconfianza perpetua”. Explicó que la forma tradicional de comprender la libertad individual no resulta adecuada a los fines del Derecho penal. En este contexto, la libertad no debe entenderse como la facultad perteneciente al fuero interno de cada uno que permite ejercer la propia voluntad, es decir, “de hacer lo que cada uno quiere”, sino como “la expresión de un determinado conjunto de expectativas que son depositadas por la sociedad en las personas”.

12 Al efecto, explicó que a los imputables se les impone una pena al haber activado un comportamiento típico, antijurídico y culpable (con libertad de elección), mientras que a los inimputables se les impone una medida de seguridad ante la peligrosidad de su comportamiento, al carecer de la facultad de autodeterminación.

13 Por consiguiente, con base en la conducta por la que fue condenado, se le sanciona sobre el supuesto de que no es libre para decidir sobre su comportamiento futuro.

14 Al efecto, aseveró que la medida desconoce que el porcentaje mayor de casos de violencia sexual contra menores de edad ocurre al interior de los núcleos familiares, por lo cual sería más adecuado plantear medidas externas al derecho penal. Así mismo, consideró que en la vida social no es posible evitar que una persona tenga cualquier clase de contacto con menores. Frente al criterio de necesidad, manifestó que asumir que la discriminación laboral es la única forma de prevenir la reincidencia equivale a admitir el fracaso del tratamiento penitenciario. Por último, mencionó que, si en gracia de discusión se analizara la proporcionalidad en sentido estricto, la medida no discrimina entre los diversos delitos contra la integridad sexual de los menores, además de no estar limitada en el tiempo.

15 A juicio de los intervinientes, podría pensarse que, para evadir los efectos negativos del registro, sería preferible ser condenado por el homicidio del menor que por delitos cometidos contra su integridad sexual, y así ocultar la comisión de estos últimos.

16 El principio de razonabilidad se atiende al salvaguardar el interés superior de los menores, y el de proporcionalidad, en tanto la limitación solo recae sobre los cargos u oficios que guardan relación directa y habitual con menores.

17 Las otras penas accesorias enlistadas en la norma son i) la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas; ii) la pérdida del empleo o cargo público; iii); iv) la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela y curaduría; v) la privación del derecho a conducir vehículos automotores y motocicletas; vi) la privación del derecho a la tenencia y porte de arma; vii) la privación del derecho a residir en determinados lugares o de acudir a ellos; viii) la prohibición de consumir bebidas alcohólicas o sustancias estupefacientes o psicotrópicas; ix) la expulsión del territorio nacional para los extranjeros; x) la prohibición de aproximarse a la víctima y/o a integrantes de su grupo familiar; xi) La prohibición de comunicarse con la víctima y/o con integrantes de su grupo familiar.

18 Sentencia T-881 de 2002, T-002 de 2018.

19 Entre otras regulaciones, la dignidad humana figura como principio rector en las Leyes 599 de 2000 (art. 1) 600 de 2000 (art.1), 906 de 2004 (art. 1); y 1098 de 2006 (art. 1).

20 Sentencia C-143 de 2015.

21 Pico Della Mirandola. Discurso sobre la dignidad del hombre. Trad. de Adolfo Ruiz. Buenos Aires, Goncourt, 1978, p. 48.

22 Ibidem.

23 Tal entendimiento no es exclusivo de nuestra Constitución bajos los parámetros de dignidad humana y resocialización, por ejemplo la Constitución Española en su artículo 25.2 dispone "2. Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por

el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad.”

24 “La función de prevención general de la pena, está orientada a evitar el cometimiento de conductas delictivas, es decir, se actúa antes del nacimiento de los mismos. En esta acepción, la pena es comprendida como un medio al servicio de un fin, y se justifica porque su aplicación hace que los ciudadanos desistan o se cohíban de cometer hechos punibles”. T-275 de 2017.

25 “la retribución justa equivale a la imposición de una sanción como consecuencia inmediata del perjuicio causado por la persona que delinque. Dicha retribución tiene como objetivo el restablecimiento del orden jurídico quebrantado” Sentencia T-275 de 2017.

26 “La prevención especial pretende con la imposición de la pena que el individuo desista de la comisión de nuevas infracciones al ordenamiento jurídico, es decir, busca impedir la reiteración de la conducta punible. // La prevención especial tiene dos concepciones // La prevención especial negativa, la cual hace alusión a la neutralización del condenado para que no vuelva a delinquir. (...) La prevención especial positiva tiene como fin reeducar, resocializar y corregir a quien cometió la conducta punible, para que de esta manera pueda ser reinsertado a la sociedad nuevamente, ‘pues el objeto del derecho penal en un Estado social de derecho no es excluir al infractor del pacto social, sino buscar su reinsertión en el mismo’” Sentencia T-275 de 2017

27 “La reinsertión social es el trabajo que debe cumplir el Estado para que la persona que ha llevado a cabo conductas delictivas retorne al seno social previa superación de los motivos, causas o factores que la empujaron a la criminalidad. Es decir, debe ser entendida como el tratamiento al que es sometido la persona privada de la libertad a fin de que no vuelva a delinquir” Sentencia T -275 de 2017

28 “[L]a protección del condenado apunta a salvaguardar la integridad de quien ha cometido una conducta delictiva, de los mecanismos para institucionales de justicia o de la reacción por parte del sujeto pasivo de la conducta penal o de sus familiares” Sentencia T-275 de 2017.

29 La resocialización de la pena ha sido calificada por esta corporación en múltiples pronunciamientos como un derecho inherente a la dignidad humana de las personas privadas de la libertad, que no puede cercenarse pese a la relación de especial sujeción con el Estado, esto, entre otras, en las sentencias T-718 de 2015, T762 de 2015y C-261 de 2019. Por su parte, en el Derecho comparado, la Constitución del Reino de España pregonar en su art. 25-2 que “Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinsertión social y no podrán consistir en trabajos forzados”, de donde se ha querido deducir la existencia de un Derecho fundamental a la resocialización. El TC de ese país ha negado esa conclusión y apenas sí ha advertido que se trata de un mandato orientador de la política criminal y penitenciaria. El TS del mismo país, en cambio, advierte la existencia de un derecho, al pregonar que “La orientación de las penas a la reinsertión y reeducación ya entendida como principio inspirador de la política penitenciaria, ya como derecho que actúa en fase de ejecución de la pena, supone que el ordenamiento

jurídico debe prever unas instituciones que tengan en cuenta que el interno debe reinsertarse a la sociedad, por lo que debe ser “preparado para ella (grados de cumplimiento permisos, etc.) y que debe atender a las deficiencias educacionales que, precisamente, inciden en su actuar delictivo, lo que satisfaría la reinserción” (Cfr. STS de 20 de abril de 1999). Para un mejor desarrollo de esta polémica, cfr. ¿Un derecho fundamental a la reinserción social? Reflexiones acerca del artículo 25.2 de la CE, Mónica Zapico Barbeito, en https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/7505/AD_13_art_41.pdf?sequence=1&isAllo wed=y (1/09/2020).

30 Ver sentencias C-291 de 1996, C-144 de 1997, y C-062 de 2005.

31 La idea de la “inocuidación” del delincuente mediante la pena (prevención especial negativa) fue desarrollada por Franz Von Liszt. Esta concepción desplaza el acento del derecho penal del hecho cometido hacia el autor del mismo (“No es el concepto sino el autor lo que se debe sancionar”). Para lograr esto, Liszt adujo que era necesario tener en cuenta la categoría del infractor, distinguiendo entre delincuentes: i) capaces de corregirse y necesitados de corrección; ii) que no requieren corrección; y iii) que carecen de la capacidad de corrección. Para los últimos la pena debía cumplir el objetivo de hacer “inocuo” al delincuente, ya fuera excluyéndolo de forma temporal o permanente de la sociedad. Enrique Bacigalupo. Derecho Penal Parte General. Editorial Hammurabi. Año 1999, págs. 34-35.

32 Sentencia C-176/93

33 El artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos consagra que “el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados”

34 Desde la sentencia C-280 de 1996, pasando por las sentencias C-489 de 1996, C-509 de 1997, C-564 de 1997, C-111 de 1998, C-209 de 2000, C-952 de 2001, C-1212 de 2001, C-233 de 2002, C373 de 2002, C-948 de 2002, C-1066 de 2002, C-652 de 2003, C-798 de 2003. C-1062 de 2003, C-544 de 2005, C-028 de 2006, C-725 de 2015, C-634 de 2016 hasta la sentencia C-037 de 2018.

35 Sentencia C-652 de 2003.

36 Desde la sentencia C-280 de 1996, pasando por las sentencias C-489 de 1996, C-509 de 1997, C-564 de 1997, C-111 de 1998, C-209 de 2000, C-952 de 2001, C-1212 de 2001, C-233 de 2002, C373 de 2002, C-948 de 2002, C-1066 de 2002, C-652 de 2003, C-798 de 2003. C-1062 de 2003, C-544 de 2005, C-028 de 2006, C-725 de 2015, C-634 de 2016 hasta la sentencia C-037 de 2018.

37 Corte Constitucional, sentencia C-1212 de 2001 (M.P. Jaime Araújo Rentería. AV Manuel José Cepeda Espinosa. SV Rodrigo Escobar Gil, Rodrigo Uprimny Yepes). En la misma línea de razonamiento, la sentencia C-780 de 2001 indica que “Desde este punto de vista la inhabilidad no constituye una pena ni una sanción; de lo contrario, carecerían de legitimidad límites consagrados en la propia Constitución Política. Por ejemplo, cuando el artículo 126 de la Carta Política señala que los servidores públicos no podrán nombrar empleados a personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de

afinidad, primero civil o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente, no consagra falta ni impone sanción alguna; por lo tanto no vulnera los derechos de defensa, debido proceso, igualdad y trabajo ni el principio de proporcionalidad de la pena que le asiste a los parientes de las autoridades administrativas. Lo que busca la norma en este caso es evitar, entre otros efectos, el uso de la potestad nominadora a favor de los allegados, y la preservación de principios como la igualdad, la transparencia o la moralidad, lo cual está muy distante de entender la señalada prohibición como una sanción impuesta por la Constitución a los familiares del servidor público. En el mismo sentido las inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado no constituyen sanción penal ni administrativa para los participantes o interesados en un proceso licitatorio. (...) Por consiguiente, resultan diferenciables las sanciones administrativas de las prohibiciones e inhabilidades, en tanto no toda inhabilidad tiene carácter sancionatorio, al existir prohibiciones e inhabilidades que tutelan de diferente manera bienes, principios o valores constitucionales, sin que representen en sí mismas la concreción de una sanción ni de una pena.”

38 A excepción del análisis que se presentó en la sentencia C-634 de 2016, cuyo sentido se describirá más adelante.

39 *Ibidem*.

40 Gaceta n.º 606 de fecha 10 de agosto de 2016.

41 Gaceta n.º 606 de fecha 10 de agosto de 2016, pág. 2.

43 *Idem*, pág. 5.

44 *Idem*, pág. 5.

45 En esta oportunidad la comprensión metodológica y su conceptualización seguirán de cerca los contenidos descritos en la sentencia C-634 de 2016.

46 En sentencia C-725 de 2015 citado en la C-634 de 2016 indicó la Corte: “(,,,) el juicio a aplicar en el presente caso es de intensidad estricta. Si bien se ha destacado el amplio margen de configuración que el constituyente ha otorgado al legislador para regular los asuntos atinentes a la familia y al matrimonio, no es menos cierto que lo que se encuentra en juego al inhabilitar a los condenados a más de cuatro años de reclusión para ser testigos de matrimonio, son sus derechos fundamentales a la honra, a la dignidad, a la buena fe y en general a la función resocializadora de la pena. Sumado a lo anterior, si se considera como se verá, que el condenado queda inhabilitado de manera permanente para ejercer de testigo, su condición se convierte en un rasgo permanente que le impide el ejercicio de su capacidad plena para los efectos de la norma en cuestión. || Así entonces, no obstante el margen de acción del legislador para regular el matrimonio llevaría a aplicar un juicio intermedio, la posible afectación del goce de derechos fundamentales como la honra y a la posibilidad de reconstruir el propio buen nombre, conduce a la Sala a aplicar un juicio estricto, considerando además que la inhabilidad perpetua que impone la ley en este caso no se encuentra autorizada por la Constitución”.

47 Sentencia C-239 de 1997.

48 En la sentencia C-345 de 2019 la Corte unificó los pasos a seguir en cada uno de los niveles de intensidad del juicio de proporcionalidad.

49 En diferentes instrumentos internacionales ratificados por Colombia se establecen las garantías de los menores de edad. La Declaración Universal de Derechos Humanos consagra entre otras las garantías a la igualdad, la dignidad y la vida (arts. 1º, 3º y 7º). En la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre se habían realzado los derechos a la vida, la igualdad y la dignidad (arts. I y II) y que todo niño tiene derecho a protección, cuidados y ayuda especiales (art. VII). El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos exhorta a los Estados Partes a respetar y a garantizar, sin distinción alguna (art. 2º), entre otros, los derechos de todo niño a que se adopten las medidas de protección necesarias que su condición requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y el Estado. Se consagra además el derecho de todas las personas a la igualdad, sin distinción, y la prohibición de cualquier forma de segregación (art. 26). La Convención Americana sobre Derechos Humanos reiteró la obligación de los Estados americanos de proteger los derechos de los niños y adoptar las medidas de protección que su condición requiere (art. 19). El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (diciembre 16 de 1966) con relación a los derechos de la niñez y de los adolescentes, donde se reitera que se deben adoptar medidas especiales para su protección (art. 10). El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador de noviembre 17 de 1988), señala que los Estados partes se comprometen a brindar una adecuada protección al grupo familiar y, en especial, a adoptar medidas especiales de protección para los adolescentes, a fin de garantizar la plena maduración de su capacidad física, intelectual y moral (art. 15). Cfr. Sentencia C-177 de 2014. Además, la Convención sobre los Derechos del Niño, en su preámbulo consagra que el niño “[...] necesita protección y cuidado especial”. Por ello, establece en su artículo 3º un deber especial de protección, en virtud del cual “[...] los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley”.

50 Sentencia C-177 de 2014.

51 Sentencia T-448 de 2018.

52 Sentencia T-510 de 2003. Reiterada en la sentencia T-448 de 2018.

53 Sentencias T-510 de 2003, C-683 de 2015, T-119 de 2016, T-448 de 2018, entre otras.

54 Artículo 44 constitucional y Convención sobre los derechos del niño.

55 “Si bien las leyes penales pueden ser la expresión de una política, estas por ser normas jurídicas deben obviamente respetar la Constitución. En materia penal ello es todavía más claro que en otros ámbitos de las políticas públicas. Pero en todos, cuando una política es formulada en un instrumento jurídico, se debe respetar el ordenamiento superior”. Sentencia C-646 de 2001

- 56 Sentencia 504 de 1993 reiterada en la sentencia C-646 de 2001.
- 57 Idem.
- 58 Sentencia C-634 de 2016.
- 59 Sentencia C-091 de 2017.
- 60 Sentencia C-044 de 2017.
- 61 Sentencia C-091 de 2017.
- 62 Ibídem.
- 63 Sentencia C-558 de 1994. M.P. Carlos Gaviria Díaz
- 64 M.P. Jaime Córdoba Triviño
- 65 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio
- 66 M.P. Alejandro Linares Cantillo
- 67 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.
- 68 Robert, S. T., & Farguharson, R. G. Pena principal y accesoria de los delitos electorales. *Revista de Derecho Electoral*, [en línea]. 2019. (28), 6. https://www.tse.go.cr/revista/art/28/trejos_gonzalez.pdf [consulta 20-11-2020].
- 69 Maldonado, Francisco. Penas accesorias en derecho penal. *Ius et Praxis*, [En línea]. 2017. 23(1), 305-366. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122017000100010> [consulta 20-11-2020].
- 70 Maldonado, F. op. cit.
- 71 Mapelli Caffarena, B. (2006). Las penas accesorias o la accesoriedad punitiva. *Revista de estudios penitenciarios*, Extra 1, [En línea]. 59-74. <http://hdl.handle.net/11441/51021> [consulta 20-11-2020]
- 72 Sobre el punto, ver Seitún, Diego. «El Registro Central de Delincuentes Sexuales Naturaleza Jurídica y aplicación en el tiempo». *InDret*, [en línea], 2020, Núm. 4, <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/375601> [Consulta: 26-11-2020]. Este texto ilustra los problemas constitucionales que surgen cuando se trata de medidas “administrativas” o “civiles” (“regulatory measures”) y adelanta un interesante ejercicio comparado.
- 73 Maldonado, F. op. cit.
- 74 Maldonado, F. op. cit.
- 75 Sentencias C-1062 de 2003 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), C-1016 de 2012 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), SU-950 de 2014 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado), C-393 de 2019

(M.P. Carlos Bernal Pulido).

76 M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

77 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

78 Ver entre muchas otras, las Sentencias C-290 de 2019 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado), C-015 de 2018 (M.P. Cristina Pardo Schlesinger), C-091 de 2017 (M.P. María Victoria Calle Correa).

79 Sentencia C-108 de 2017 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

80 Informe de ponencia para primer debate en el Senado de la República. Gaceta del Congreso 214 del 5 de abril de 2017.

81 Traducción libre de National Institute of Corrections - U.S. Department of Justice. (2011). Evidence-Based Policy, Practice, and Decisionmaking: Implications for Paroling Authorities. <https://info.nicic.gov/nicrp/system/files/024198.pdf> , [consulta octubre de 2020].

83 Bar-Siman-Tov, Ittai. 2016. "The Dual Meaning of Evidence-Based Judicial Review of Legislation." *Theory & Practice of Legislation* 4 (2): 107-33. [consulta octubre de 2020] doi:10.1080/20508840.2016.1249679.

84 Ver European Union Agency for Fundamental Rights. (2015). Handbook on European Law Relation to the Rights of the Child. Publications Office of the European Union. <https://fra.europa.eu/en/publication/2015/handbook-european-law-relating-rights-child> [consulta noviembre de 2020]. Una interesante recopilación jurisprudencial en la materia puede encontrarse en European Court of Human Rights (2011) Child sexual abuse and child pornography in the Court's case law—research report, Council of Europe 2011. https://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_child_abuse_ENG.pdf [consulta noviembre de 2020].

85 Sobre el punto, ver las siguientes sentencias del TEDH Casos Bouchacourt vs. Francia, (5335/06), Gardel vs. Francia, (16428/05), y M.B. vs. Francia (22115/06), todas de 17 de diciembre de 2009.

86 El texto de la normativa y sus antecedentes legislativos pueden consultarse en <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1041136> [consulta noviembre de 2020].

87 Parte inicial del resolutivo primero de la Sentencia C-407 de 2020.

88 Sentencia C-634 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

89 Tal como se evidencia con la mera formulación del problema jurídico: "¿la pena accesoria contenida en el artículo 219-C del Código Penal... desconoce la dignidad humana pues: i) constituye una pena cruel e inhumana (artículo 12 C.Pol), ii) vulnera el derecho a la intimidad y al buen nombre (artículo 15 C.Pol), iii) desconoce la prohibición constitucional de penas imprescriptibles (artículo 28 C.Pol) y iv) afecta el debido proceso (artículo 29 C.Pol).?" Negrilla fuera de texto.

90 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

91 Cfr., Fj. 22.

92 Cfr., Fj. 21.

93 La inhabilidad prevista en este inciso es más amplia, pues abarca también a las personas que haya sido condenadas, en cualquier tiempo, por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico en Colombia o en el exterior. Y en el inciso siguiente del mismo artículo se prevé otra inhabilidad, esta vez para quienes, siendo servidores públicos, con su conducta dolosa o gravemente culposa, calificada judicialmente, hayan dado lugar a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, a menos que el servidor asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño.

94 En el inciso quinto del artículo 34 de la Constitución se prevé que: “En todo caso la pena deberá ser revisada en un plazo no inferior a veinticinco (25) años, para evaluar la resocialización del condenado.”

95 En el FJ 44, la sentencia pone de presente que la inhabilidad sub judice es considerada como una pena accesoria por el legislador. Para mostrarlo alude a los artículos 44 y 46 del Código Penal.

96 Supra, nota 3.

97 Cfr., Fj. 58.

98 Cfr., Fj. 59.

99 Cfr., Fj. 60.

100 Cfr., Fj. 6.

101 Cfr., Sentencias C-703 de 2010 y T-204 de 2014.