

Sentencia T-111/08

ACCION DE TUTELA FRENTE A ACTOS GENERALES, IMPERSONALES Y ABSTRACTOS

ACCION DE TUTELA-Vulneración o amenaza de derechos fundamentales/ACCION DE TUTELA-Diferencias entre vulneración y amenaza

MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Frente al Acuerdo 280/07 existe otra vía

ACCION DE TUTELA TRANSITORIA PARA EVITAR PERJUICIO IRREMEDIABLE EN CASO DE MUROS DE LA INFAMIA

MUROS DE LA INFAMIA-Concejo de Bogotá los concibió como medida administrativa orientada a divulgar una determinada información con fines preventivos

MUROS DE LA INFAMIA Y PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

MUROS DE LA INFAMIA Y EJERCICIO DE PONDERACION DE DERECHOS EN TENSION

MUROS DE LA INFAMIA-Medida que comporta afectación de derechos fundamentales del agresor, de su familia y de las víctimas/MUROS DE LA INFAMIA-Inaplicación del Acuerdo 280/07

LEY 1098/07-Inexequibilidad del inciso 2 del artículo 48

Referencia: expedientes: T- 1.672558, T-1.715158, T- 1.721454, y T- 1.735416

Acciones de tutela interpuestas por RST1 y otros, contra el Concejo de Bogotá, la Alcaldía Mayor de Bogotá y otros.

Magistrado Ponente:

Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Bogotá, D.C., doce (12) de febrero de dos mil ocho (2008)

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil y Mauricio González Cuervo, en ejercicio de sus

competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del trámite de revisión de los fallos de tutela proferidos en el asunto de la referencia, el 30 de mayo de 2007 por el Juzgado 54 Penal Municipal con Función de Control de Garantías y el tres (3) de Julio de 2007 por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Bogotá (T-1672558); el veintiuno (21) de agosto de 2007 por el Juzgado 17 Penal Municipal de Bogotá (T-1715158); el veinticuatro (24) de agosto de 2007 por el Juzgado 53 Penal Municipal de Bogotá (T-1721454); y el treinta (30) de agosto de de 2007 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá (T-1735416).

I. ANTECEDENTES

1. La solicitud

Los demandantes, mediante escritos separados, que coinciden en sus aspectos fundamentales, presentaron acción de tutela para solicitar que se inaplique en sus casos, el Acuerdo 280 de 2007 del Concejo de Bogotá “Por el cual se adoptan medidas para la protección, garantía y restablecimiento de los derechos de las niñas y los niños en el Distrito Capital”, por estimar que tal acto, en cuanto dispone la amplia difusión de los nombres y las fotografías de las personas condenadas por delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales de los menores de edad, afecta sus derechos fundamentales y los de sus familias a la vida, a la prohibición de los tratos crueles inhumanos y degradantes, a la igualdad, a la intimidad personal y familiar y al buen nombre, y a tener una familia.

1. Información a los demandados y a terceros eventualmente afectados.

Los jueces de tutela dieron traslado al Concejo Distrital, a la Alcaldía Mayor de Bogotá, a la Personería Distrital de los distintos escritos de tutela. En el expediente T-1735416 también se notificó de la demanda a la Fiscalía General de la Nación y al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, entidades que presentaron una intervención.

1. Los hechos

3.1. El Acuerdo 280 del 8 de mayo de 2007, expedido por el Concejo de Bogotá dispone la instalación en el Distrito Capital de muros y vallas para la divulgación de la siguiente información: los nombres y la foto reciente de las personas condenadas por los delitos contra la libertad, la integridad y la formación sexuales, la condena impuesta y la edad de las víctimas.

También establece que la mencionada información se difundirá mediante volantes que se repartirán durante la primera semana de cada trimestre del año, en sitios de alta afluencia de público. Adicionalmente, esos volantes serán distribuidos dos veces al año, adjuntos a las facturas de los servicios públicos domiciliarios.

Así mismo prevé que el Gobierno Distrital, el último lunes del mes de abril de cada año, presentará a la opinión pública, en los diferentes medios de comunicación de amplia circulación escritos, televisivos y radiales, los nombres y las fotografías recientes de todos los condenados en Bogotá durante el año anterior, por delitos contra la libertad, la integridad y la formación sexuales, cuyas víctimas hayan sido menores de edad, los delitos cometidos, las condenas impuestas y la edad de las víctimas.

3.2. Los elementos fácticos relevantes que dieron lugar a las diferentes solicitudes de tutela que se acumularon a este expediente, se resumen a continuación:

3.2.1. En el expediente T- 1672558 se tramitó la acción de tutela instaurada por RST quien afirma que fue condenado por el Juzgado Treinta y Nueve Penal del Circuito de Bogotá a la pena de 108 meses de prisión por el delito de acceso carnal en menor de edad.

3.2.2. En el expediente T- 1715158 se tramitó la demanda de tutela instaurada por UVW quien fue condenado por el Juzgado Noveno Penal del Circuito de Bogotá por un delito contra la libertad, la integridad y la formación sexuales, en menor de edad.

3.2.3. En el expediente 1721454 se tramitaron de manera acumulada las acciones de tutela instauradas por XYZ y ABC. El primero fue condenado por un juzgado de Bogotá por un delito de acceso carnal en menor de 14 años. El segundo fue sentenciado también por un Juzgado

Penal del Circuito de Bogotá por el delito de acceso carnal violento en menor de 14 años.

3.2.4. En el expediente T-1735416 se tramitó la acción de tutela instaurada por DEF, quien fue condenado por un Juzgado Penal del Circuito de Bogotá y el Tribunal Superior Distrito a la pena de 38 meses de prisión por el delito de actos sexuales con menor de 14 años, agravado.

1. Fundamento de las acciones de tutela

Consideran los demandantes que las disposiciones previstas en el Acuerdo 280 de 2007 vulneran el principio de dignidad humana y sus derechos fundamentales a la vida, a la igualdad, al debido proceso, a la intimidad personal y familiar. Sostienen que con las medidas acordadas se pretende inferir daño psicológico, moral, social y económico a los infractores del título IV, artículos 205 a 212, del Código Penal, e introducen respecto de ellos factores adicionales de discriminación ante la sociedad, al tiempo que someten a su familia y allegados, que son ajenos a su delito, a sufrir los rigores del escarnio público, causándoles aflicción, temor y miedo, donde quiera que se encuentren. Refieren que la medida genera degradación y estigmatización de por vida para ellos y su familia.

Sostienen que se trata de una “nueva pena desproporcionada” y que les genera riesgos a su integridad en el sitio de reclusión, derivados de la acción de otros reclusos condenados por otros delitos y del personal de guardia.

Afirman que la medida desconoce el principio de individualidad de la pena haciéndola extensiva a sus familias, y los priva de la posibilidad de resocialización.

1. Pretensión

Solicitan los demandantes se ordene a las entidades accionadas se abstengan de publicar sus fotografías y demás datos personales a los que se refiere el Acuerdo 280 de 2007. El demandante RST solicita así mismo la reserva de su identidad en el marco del proceso de tutela.

1. La oposición a la demanda

6.1. El Concejo de Bogotá

Intervino su presidente quien sostiene que el Acuerdo 280, “por el cual se adoptan medidas para la protección, garantía, y restablecimiento de los derechos de las niñas y los niños en el Distrito Capital” fue aprobado el 3 de abril y sancionado el 8 de mayo luego de un amplio debate que se desarrolló en sesiones extraordinarias convocadas por el Acalde Mayor, a las cuales fueron citados funcionarios de la administración Distrital como el Secretario de Gobierno, el Secretario General, la Directora del Instituto Distrital de la Participación de la Acción Comunal, el Personero, el Contralor y la Veedora del Distrito.

Sostiene, siguiendo la exposición de motivos del acuerdo, que tal acto tiene como propósito dar cumplimiento a los mandatos constitucionales y legales relativos a la corresponsabilidad de todos los ciudadanos, particularmente de los servidores públicos de ser garantes de los derechos de los niños.

Afirma que para el cumplimiento de tal cometido el Distrito adecuará un muro de por lo menos 10 metros y dos vallas como mínimo en cada localidad de la ciudad, para que permanentemente se coloquen en esos lugares las fotos y la información de las personas que han sido condenadas por delitos sexuales cometidos contra niños, niñas y adolescentes, las condenas y la edad de las víctimas.

Señala que la medida haría parte de la reparación a que tienen derecho las víctimas de esos delitos, conllevaría a crear conciencia de la gravedad de los mismos y evitaría castigar a los niños y niñas con el silencio y la indiferencia, aptitud que puede ser peor que los delitos mismos.

A manera de justificación refiere a una serie de casos, registrados en los medios de comunicación, sobre abusos y maltratos de diversa índole contra menores, y cita estadísticas del Instituto Nacional de Medicina Legal sobre maltrato infantil y violencia intrafamiliar.

Como sustento jurídico de la medida menciona los artículos 44 y 313 de la Constitución; 41, 48 y 51 de la ley 1098 de 2006; y 12 de la Ley 1421 de 1993.

Concluye señalando que teniendo en cuenta que lo que persigue el acuerdo es dictar medidas para proteger y restablecer los derechos de los menores de edad que han sido víctimas de abuso sexual por parte de personas que han recibido condena penal por esos hechos, “no se explica cómo pueda aducirse racionalmente que con la expedición de dicho acuerdo se vulneren o amenacen los derechos fundamentales de los victimarios”. Constituye un exabrupto pretender que los derechos fundamentales de los condenados prevalezcan sobre los de los menores.

6.2. La Alcaldía Mayor de Bogotá

A nombre de esta entidad intervinieron el Subdirector de Gestión Judicial y el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Secretaría General de la Alcaldía Mayor. A continuación se resumen los apartes relevantes de su intervención.

6.2.1. El primero de los funcionarios mencionados estima que las medidas contenidas en el Acuerdo 280 de 2007 emanado del Concejo Distrital buscan establecer un mecanismo real y efectivo de primacía de los derechos de los niños sobre los demás, teniendo en cuenta que la sociedad entera tiene que volcarse a su protección y la prevención de conductas que atenten contra su libertad, integridad y formación sexuales.

A su juicio las publicaciones a que se refiere el acuerdo contribuyen a la prevención de otros hechos punibles y a la “denuncia de hechos cometidos (...) posiblemente lo que pretende el actor es que al momento de recibir su condena no se publique su fotografía, ya que puede ser identificado por otras posibles víctimas que hasta el momento no lograron denunciarlo”.

La publicación de la reseña no entraña un trato inhumano, puesto que la misma refiere a un hecho conocido por la jurisdicción, ámbito en el que se brindaron al sindicado plenas garantías de defensa y se le condenó por un hecho aberrante cometido en la persona de un menor de edad. Quien cometió el ilícito asumió ese riesgo y compromete únicamente su responsabilidad y no la de su familia.

Finalmente, sostiene que la tutela se presenta como improcedente por estar dirigida contra un acto de carácter general, impersonal y abstracto como es el acuerdo 280 de 2007.

6.2.2. Por su parte el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Secretaría de Gobierno de

Bogotá se opone a la demanda señalando que no se ha vulnerado derecho fundamental alguno, en razón a que no se ha realizado, a esa fecha, publicación alguna de las que refiere el demandante. Además, por tratarse de la defensa de derechos colectivos el demandante cuenta con otros mecanismos de defensa como son las acciones populares, sin que de otra parte se configure un perjuicio irremediable que sugiera una tutela transitoria.

6.3. La Personería de Bogotá³

El Personero Delegado para Asuntos Jurisdiccionales manifiesta la improcedencia de la acción de tutela por cuanto no va dirigida contra una autoridad pública sino contra un acto administrativo y una ley de la república que son actos de carácter general. De ello se deriva así mismo otra causal de improcedencia de la acción de tutela como es la existencia de mecanismos judiciales de defensa, concretamente la acción de inconstitucionalidad contra la ley, y la de nulidad contra el acto administrativo.

De otra parte, el demandante no señala de manera clara en qué consiste la violación de sus derechos fundamentales ni las autoridades que estarían ocasionando esa supuesta vulneración. En lo que concierne a la Personería no se puede identificar una acción u omisión de la que se infiera violación o amenaza de derechos fundamentales del actor.

6.4. La Fiscalía General de la Nación⁴

La Jefe de la Oficina Jurídica de la entidad afirma que la acción de tutela interpuesta resulta improcedente respecto de dicho órgano, pues es claro que la misma se orienta a impedir acciones administrativas que son competencia de las autoridades distritales. No obstante solicita que se de por terminada la actuación en razón a que no se aprecia vulneración ni amenaza a los derechos fundamentales del demandante, dado que prevalecen los derechos fundamentales de los menores, en los términos establecidos por el artículo 44 de la Carta.

6.5. El Instituto de Bienestar Familiar⁵

La Directora (e) del ICBF Regional Bogotá sostiene que el Acuerdo 280 de 2007 es producto de los mandatos constitucionales y legales sobre la corresponsabilidad que tienen todos los ciudadanos, particularmente los servidores públicos, de ser garantes de los derechos de los niños y niñas. Las medidas allí establecidas se orientan al restablecimiento de los derechos

de los niños, las niñas y los adolescentes víctimas de abuso sexual y maltrato infantil, y encuentran su fundamento en el artículo 44 de la Constitución, la Ley 1098 de 2006 (Arts. 6°, 8°, 9°, 18°).

Destaca que el abuso sexual a los menores constituye un agravio a la dignidad humana, que no solo es reprochable sino inadmisibles, y que sin embargo ha alcanzado elevados índices lo que desencadena desarrollo cíclico de violencia en una sociedad.

II. TRÁMITE PROCESAL

1. Expediente T-1672558

1.1. Del fallo de primera instancia

Mediante providencia de mayo 30 de 2007 el Juzgado 54 Penal Municipal con función de control de garantías concedió la tutela interpuesta por RST para proteger los derechos fundamentales a la prohibición de tratos y penas crueles, inhumanos y degradantes, el debido proceso y el principio de legalidad. En consecuencia: (i) dispuso la inaplicación del Acuerdo respecto del demandante; (ii) ordenó al Concejo de Bogotá, a la Secretaría de Gobierno “y a las demás autoridades capitalinas”, abstenerse de publicar la fotografía, nombre, condena y demás datos personales del demandante en cualquier tipo de muro o valla publicitaria, hasta tanto la justicia se pronuncie sobre la constitucionalidad del acuerdo distrital cuestionado.

Expuso como fundamentos de su decisión: (i) Que la medida vulnera el principio de dignidad humana y la prohibición de tratos degradantes, en cuanto convierte al condenado en objeto de burla pública y de publicidad morbosa; (ii) La medida no responde a una verdadera política criminal, y además no está precedida de estudio alguno que hubiese sopesado o medido el impacto negativo no sólo en el preso sino en su entorno familiar y social, e incluso en los hijos cuando éstos son las víctimas; (iii) Que no existe dato ni evidencia científica que permita colegir que la publicación de las fotos de sus agresores disminuye el sufrimiento de las víctimas por lo que tampoco se puede atribuir a la medida una finalidad reparatoria; (iv) Se trata de delitos que generan un alto reproche social que pone en riesgo la integridad de

sus autores, motivo por el cual el Estado debe preocuparse más por evitar que por incitar a la violencia, debido a que el alto índice de agresividad y violencia puede llevar a hacer justicia por la propia mano; (v) El acuerdo del Concejo afecta también el debido proceso, en particular el principio de legalidad de la pena en razón a que la medida no existía en el momento en que el accionante cometió el hecho por el cual fue condenado.

El Presidente del Concejo de Bogotá impugnó el fallo al considerar que la tutela resulta improcedente en el caso concreto, debido a que no se presenta amenaza respecto de los derechos fundamentales del peticionario en razón a que éste fue condenado antes de que el Acuerdo cuestionado hubiese entrado en vigencia, lo que hace inaplicable la medida a su situación, y a su vez torna en improcedente la excepción de inconstitucionalidad aplicada en el fallo. Adicionalmente, estima, que se trata de un acto de carácter general impersonal y abstracto que no puede ser atacado por la vía de la acción de tutela.

1. Del fallo de segunda instancia

El Juzgado Primero Penal del Circuito de Bogotá, en providencia de julio tres (3) de 2007 revocó íntegramente el fallo impugnado al estimar que no pesaba amenaza alguna sobre los derechos fundamentales del demandante en atención a que su condena se produjo antes de la entrada en vigor del Acuerdo 280 de 2007, por ende, en virtud de los principios de legalidad y favorabilidad de la pena no le es aplicable una medida “que constituye una nueva sanción”. La medida sólo sería aplicable a hechos acaecidos después de la vigencia del Acuerdo (Mayo 8 de 2007)

1. Expediente T- 1715158

2.1. El fallo de primera instancia

El Juzgado 17 Penal Municipal de Bogotá, en providencia de agosto 21 de 2007 declaró improcedente la acción de tutela instaurada por UVW. Consideró que dado que la acción de tutela va encaminada a la anulación de unos actos administrativos, es la acción de nulidad el medio judicial idóneo para proteger los derechos que se consideran conculcados, existiendo

además la posibilidad de suspender provisionalmente, por esta vía, los efectos del acto si se constata manifiesta infracción de normas superiores.

El fallo no fue objeto de impugnación.

1. Expediente T- 1721454

1. El fallo de única instancia

Mediante providencia de agosto 24 de 2007, el Juzgado 53 Penal Municipal de Bogotá negó la acción de tutela interpuesta por XYZ y ABC. A juicio del juez, no se presenta vulneración de derechos fundamentales del accionante, habida cuenta que el Acuerdo que se cuestiona es el desarrollo de una norma legal (Art. 48 Ley 1098/06) que no ha sido declarada inexecutable por la Corte Constitucional y que contra los demandantes aún no pesa una condena en firme puesto que se surte un recurso de apelación contra las sentencias de primera instancia. Se trata además de un acto de naturaleza general, impersonal y abstracta, caracteres que hacen improcedente su control por vía de tutela.

El fallo no fue objeto de impugnación.

1. Expediente T- 1735416

4.1. El fallo de única instancia

Mediante fallo de agosto 30 de 2007, la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá negó la tutela presentada por DEF. Estimó el fallo que para controvertir el acuerdo 280 de 2007 existe otro medio judicial de defensa como es la acción correspondiente ante la jurisdicción contenciosa administrativa, sin que de otra parte se advierta la inminencia de un perjuicio irremediable. No se advierte que pese una amenaza sobre los derechos fundamentales del actor en razón a que el Acuerdo 280/07 y el art. 48 de la Ley 1096/06 entraron en vigor con posterioridad al momento en que cobró ejecutoria la condena que se le

impusiera al actor por el delito de actos sexuales con menor de catorce años. En consecuencia no pueden retrotraerse los efectos de dichos actos a condenas proferidas con anterioridad.

El fallo no fue objeto de impugnación.

1. Acumulación de expedientes

Mediante auto de octubre 26 de 2007, esta Sala de Revisión, dispuso la acumulación entre sí de los expedientes T-1672558, T-1715158, y T-1721454, para que fuesen resueltos en una misma sentencia, por estimar que los problemas jurídicos que ellos plantean guardan identidad de sentido. Por auto de octubre 24 de 2007 la Sala de Selección No. 10 dispuso así mismo acumular al expediente T- 1.715.158 y acumulado, al expediente T-1.735.416, por considerar que existía unidad de materia, para que fuesen fallados en una misma sentencia si así lo considera la Sala de Revisión. La Sala Tercera de Revisión constata que en efecto existe unidad de materia entre los mencionados expedientes, razón por la cual procede a decidirlos de manera conjunta.

1. Pruebas relevantes

Obran en la actuación copia del Acuerdo 280 de 2007 expedido por el Concejo Distrital, así como de los antecedentes que dieron origen a la medida que allí se implementa.

III. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

1. Competencia.

Esta Corte es competente para conocer de los fallos materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política, en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y en virtud de los autos del dieciséis (16) de agosto de dos mil siete (2007) de la Sala de Selección No. 8; y de octubre cuatro (4) de dos mil siete (2007) de la Sala de Selección No. 10 de esta Corporación, mediante los cuales se seleccionaron los

asuntos acumulados para su revisión.

2. Problema jurídico y temas jurídicos a tratar

De acuerdo con los antecedentes referidos, corresponde a la Sala establecer si las previsiones del Acuerdo 280 de 2007 expedido por el Concejo de Bogotá, mediante las cuales se dispuso la difusión, bajo determinadas condiciones de tiempo, modo y lugar, de información concerniente a las personas que hubieren sido condenadas por delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, cuando las víctimas fueren menores de edad, entrañan violación o amenaza de derechos fundamentales de esas personas y de sus familias, así como de las propias víctimas como de sus familias.

Para resolver el problema jurídico planteado la Sala adoptará la siguiente metodología: (i) Reiterará su jurisprudencia sobre: (i) La procedencia excepcional de la acción de tutela frente a actos de carácter general, impersonal y abstracto; (ii) la amenaza como hipótesis de afectación de derechos fundamentales; (iii) los requisitos de la tutela transitoria para evitar un perjuicio irremediable; (iv) analizará el contenido y alcance de la medida que se cuestiona; (v) reiterará el precedente establecido por esta Corporación sobre el carácter desproporcionado de una medida de esta naturaleza⁶ ; y (vi) en ese marco se efectuará el análisis específico de los casos concretos.

1. La Procedencia excepcional de la acción de tutela frente a actos de carácter general, impersonal y abstracto. Reiteración de jurisprudencia.

En los diferentes casos que son objeto de estudio en este fallo, las pretensiones de los accionantes se dirigen a cuestionar un acto administrativo de carácter general, en cuanto buscan que se deje sin efectos o que se inaplique el Acuerdo 280 de 2007 del Concejo de Bogotá por medio del cual “... se adoptan medidas para la protección, garantía y restablecimiento de los derechos de las niñas y los niños en el Distrito Capital.”

En relación con la protección de derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, la jurisprudencia ha decantado ciertas reglas que se fundan en las normas que regulan la materia⁷:

i. Por regla general, la acción de tutela es improcedente como mecanismo principal para la protección de derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, como quiera que existen otros mecanismos tanto administrativos como judiciales para su defensa;

i. Procede la acción de tutela como mecanismo transitorio contra las actuaciones administrativas cuando se pretenda evitar la configuración de un perjuicio irremediable. La actuación de la persona afectada se orientaría, en tal hipótesis, no a obtener una declaratoria de inconstitucionalidad del acto general, sino a prevenir que el mismo sea aplicado en su caso concreto, evitando así que se materialicen, respecto de sus derechos fundamentales, los efectos lesivos de la norma⁸;

i. Solamente en tales eventos el juez de tutela podrá suspender la aplicación del acto administrativo (artículo 7 del Decreto 2591 de 1991) u ordenar que el mismo no se aplique (artículo 8 del Decreto 2591 de 1991) mientras se surte el proceso respectivo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

A partir de tales reglas, en casos como los acumulados en este expediente, en los que se está ante un cuestionamiento que se dirige contra un acto de carácter general, impersonal y abstracto, en los cuales la pretensión no va orientada a cuestionar la legalidad o la constitucionalidad del acto en abstracto, sino a enervar sus eventuales efectos lesivos de derechos fundamentales en un caso concreto, para determinar la procedencia de la acción de tutela es necesario establecer:

i. Que se está ante una amenaza cierta, consistente en que de la aplicación de un acto de carácter general, impersonal y abstracto, se derive una afectación de los derechos fundamentales de una persona y,

Procede la Sala, a ocuparse de estos aspectos.

4. La amenaza como supuesto de afectación de derechos fundamentales. Reiteración de jurisprudencia

La jurisprudencia de esta Corporación⁹, a partir del texto del artículo 86 de la Constitución ha sentado unos criterios acerca de las modalidades de afectación de derechos fundamentales que tal precepto contempla, de los que se destacan los siguientes:

i. Tanto la vulneración como la amenaza de los derechos fundamentales son conceptos autónomos que están comprendidos en el alcance del artículo 86 superior, como formas de afectación de los derechos fundamentales. Mientras la vulneración lleva implícito el concepto de daño o perjuicio, la amenaza es una violación potencial que se muestra como inminente y próxima. Se “vulnera un derecho cuando el bien jurídico que constituye su objeto es lesionado y se amenaza un derecho cuando ese mismo bien sin ser destruido, es puesto en trance de sufrir mengua”¹⁰.

i. Para que se configure la hipótesis jurídica de una amenaza a los derechos fundamentales “... se requiere la confluencia de elementos subjetivos – convicción íntima de la existencia de un riesgo o peligro – como objetivos – condiciones fácticas que razonablemente permitan inferir la existencia de un riesgo o peligro.” ¹¹

Al respecto observa la Sala que, en efecto, en los casos que son materia de examen en esta providencia, los demandantes plantean en sus escritos una situación de amenaza a sus derechos fundamentales comoquiera que todos hacen referencia a la situación de personas que han sido condenadas penalmente por algún delito contra la libertad, la integridad y la formación sexuales, en donde las víctimas han sido menores de edad.

Si bien al momento de instauración de las acciones de tutela el Acuerdo 280 de 2007 no había sido aplicado a ninguna de los demandantes, éstos acudieron a solicitar el amparo

constitucional en razón a que, de una parte, tenían la íntima convicción de que, dada su situación jurídica, eran destinatarios potenciales de la norma que cuestionan y en consecuencia bien podrían verse afectados en un futuro próximo. De otra parte, el ingrediente objetivo se estructura a partir de ciertos elementos fácticos como la vigencia del acuerdo, la condición, concurrente en los demandantes, de ser condenados por delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales de menores de edad, circunstancias que unidas al alto grado de indeterminación que muestran las disposiciones del Acuerdo que se controvierte, permite deducir razonablemente, que podrían ser destinatarios del mismo en un futuro inmediato.

Pretenden los demandantes, entonces, por la vía de la acción de tutela prevenir la aplicación en sus casos, de un acto administrativo que, de producirse, resultaría, en su criterio, lesiva de sus derechos fundamentales, lo que estructura sin duda la hipótesis de la amenaza como forma de afectación de derechos fundamentales.

Desde luego, que respecto del Acuerdo 280 de 2007 emanado del Concejo de Bogotá existen otras vías judiciales que, en principio, determinarían la improcedencia de la acción de tutela. No obstante, el régimen constitucional y legal de la acción de tutela contempla la posibilidad de la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable cuando, como en el presente caso, concurren otros mecanismos judiciales de defensa. Para el efecto, es preciso recordar la jurisprudencia sobre los elementos que estructuran ese concepto y su aplicación en el caso concreto.

5. La acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Reiteración de jurisprudencia.

Establece el artículo 86 de la Constitución que no obstante la existencia de otros medios de defensa judicial, es factible acudir a la acción de tutela como mecanismo transitorio cuando se trate de prevenir la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

La jurisprudencia constitucional¹² ha señalado al respecto, que no todo perjuicio puede ser considerado como irremediable, sino solo aquel que por sus características de inminencia y gravedad, requiera de medidas de protección urgentes e impostergables y, en tal sentido, ha establecido una serie de criterios para determinar la configuración de un perjuicio irremediable:

“En primer lugar, el perjuicio debe ser inminente o próximo a suceder. Este exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren, tomando en cuenta, además, la causa del daño. En segundo lugar, el perjuicio ha de ser grave, es decir, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica. En tercer lugar, deben requerirse medidas urgentes para superar el daño, entendidas éstas desde una doble perspectiva: como una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y como respuesta que armonice con las particularidades del caso. Por último, las medidas de protección deben ser impostergables, esto es, que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable.”¹³

Cuando se está ante la hipótesis, ya no de la vulneración sino de la amenaza de un derecho fundamental, ha establecido la jurisprudencia que en tal eventualidad, de lo que se trata es, precisamente, de prevenir la ocurrencia del daño. Es probable entonces, que la situación requiera una respuesta de urgencia, particularmente cuando la materialización de la amenaza puede generar un resultado irreversible.

En casos como los que son objeto de estudio la situación de amenaza que anuncia un perjuicio irremediable es deducible de los siguientes eventos:

i. Los demandantes pretenden prevenir un efecto que consideran lesivo de sus derechos fundamentales, el cual empezaría a producirse desde el instante mismo en que, en relación con cada uno de ellos, se diese aplicación al acto administrativo cuyos alcances se cuestionan.

i. Los demandantes han sido condenados por delitos contra la libertad, la integridad y la formación sexuales, por lo que, en principio, se encontrarían entre las destinatarias de la norma.

i. La indeterminación de la norma¹⁴, y la amplitud que deja a los encargados de aplicarla,

permiten alentar un temor fundado de que, en cualquier momento la misma sea aplicada a quienes se encuentran dentro del universo de eventuales destinatarios¹⁵. Varios de los demandantes hacen referencia, incluso al envío de fotos (entre las que creen están incluidas las suyas), por parte de la Fiscalía a las autoridades distritales para la ejecución de la medida administrativa.

(iv) La inminencia de la afectación de derechos y la posibilidad de prevenirla por la vía de la tutela, habilitan este medio extraordinario como mecanismo transitorio, mientras la jurisdicción de lo contencioso administrativo se pronuncia sobre la validez constitucional del acto administrativo.

De los anteriores elementos se deriva que en efecto, a partir de la amenaza que gravita sobre los demandantes se anuncia un perjuicio irremediable que por su carácter inminente, su considerable grado de certeza y gravedad, exige medidas urgentes que habilitan el mecanismo extraordinario de la acción de tutela transitoria mientras la jurisdicción de lo contencioso administrativo se pronuncia sobre la validez de la medida.

Una vez despejados los aspectos procesales pertinentes procede la Sala a examinar el problema jurídico planteado para lo cual se hace necesario precisar el contenido y alcance de la medida cuyos efectos se cuestionan, para luego determinar si, a la luz de la Constitución, la misma comporta una afectación desproporcionada de derechos fundamentales de los demandantes.

6. El contenido, naturaleza y alcance de la medida que se cuestiona

6.1. El acuerdo 280 de 2007 expedido por el Concejo de Bogotá se fundamenta en la Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y la Adolescencia, en cuyo Título II “Garantía de derechos y prevención”, en el Capítulo sobre “obligaciones de la familia, la sociedad y el Estado”, en el artículo 48, dispone:

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

y los adolescentes y a sus familias.

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

6.2. El anterior aspecto de la Ley 1098 de 2006 fue reglamentado mediante Decreto 2200 de 2007, a cuyo tenor “la publicación de que trata el artículo 48 de la Ley 1098 de 2006 procederá cuando en la jurisdicción penal se profiera sentencia condenatoria definitiva y esta quede en firme, por cualquiera de los delitos contemplados en el Título IV, ‘Delitos contra la Libertad, Integridad y Formación Sexuales’, en aquellos casos en que la víctima haya sido un menor de edad.” En dicho decreto también se establece el procedimiento aplicable a esos efectos.¹⁶

6.3. Con ese marco de referencia, se expidió el Acuerdo 280 de 2007 cuyo texto es el siguiente:

ACUERDO No. 280 DE 2007

(8 DE MAYO DE 2007)

POR EL CUAL SE ADOPTAN MEDIDAS PARA LA PROTECCIÓN, GARANTÍA Y RESTABLECIMIENTO DE LOS DERECHOS

DE LAS NIÑAS Y LOS NIÑOS EN EL D.C.

ARTÍCULO PRIMERO. Instálense en el Distrito Capital espacios físicos a través de los cuales la Administración Distrital contribuirá, en los términos definidos en los artículos siguientes, a la protección, garantía y restablecimiento de los derechos de los menores de edad relacionados con su libertad, integridad y formación sexuales.

ARTÍCULO SEGUNDO. Los espacios físicos de que trata el artículo anterior tendrán las siguientes características:

1. Muros: Estarán ubicados en zonas destacadas, relevantes, de alto flujo vehicular y/o peatonal y tendrán un área no inferior a 10 metros cuadrados; se instalara uno por cada localidad.

2. Vallas: Estarán ubicadas en las vías principales de alto flujo vehicular; se instalarán dos como mínimo por cada localidad.

ARTÍCULO TERCERO. En los espacios físicos determinados en los dos artículos anteriores se divulgará la siguiente información: nombres y foto reciente de los condenados por los delitos contra la libertad, la integridad y la formación sexuales, cuyas víctimas han sido menores de edad en Bogotá, los delitos cometidos, la condena impuesta y la edad de las víctimas. Las fotografías de los condenados serán de tamaño de pliego como mínimo.

ARTÍCULO CUARTO. La información a que se refiere el artículo anterior se difundirá, mediante volantes que se repartirán durante la primera semana de cada trimestre del año, en sitios de alta afluencia de público. Adicionalmente, estos volantes serán distribuidos dos veces al año, adjuntos a las facturas de los servicios públicos domiciliarios.

ARTÍCULO QUINTO: El Gobierno Distrital en el marco del mes de las niñas y los niños, el último lunes de abril de cada año, presentará a la opinión pública en los diferentes medios de comunicación de amplia circulación, escritos, televisivos y radiales, los nombres y las fotografías recientes de todos los condenados en Bogotá durante el año anterior, por delitos contra la libertad, la integridad y la formación sexuales, cuyas víctimas hayan sido menores de edad, los delitos cometidos, las condenas impuestas y la edad de las víctimas.

ARTÍCULO SEXTO: Corresponderá a la Secretaría de Gobierno dar ejecución al presente Acuerdo, en coordinación con las entidades distritales que tienen presencia institucional en las diferentes localidades.

ARTÍCULO SÉPTIMO: El presente acuerdo rige a partir de su sanción y publicación.

PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

6.4. Del contenido normativo transcrito (Acuerdo 280/07), contra el cual se dirigen de manera concreta las solicitudes de tutela se destacan los siguientes aspectos:

a. La finalidad: de conformidad con el encabezado del acuerdo, el objetivo de esta regulación es el de adoptar medidas para "... la protección, garantía y restablecimiento de los derechos de las niñas y los niños...". La medida involucra, así, un claro propósito de protección y garantía el cual se pretende lograr mediante la divulgación pública de la identidad de los agresores sexuales cuyas víctimas sean menores de edad.

También se le atribuye una finalidad de "restablecimiento" a la que no se le encuentra una relación específica con el texto normativo. Se observa, al respecto que en la exposición de motivos del Proyecto de Acuerdo que fue presentado al Concejo de Bogotá, la denominación propuesta era "Por medio del cual se crean los 'Muros de la infamia'" y el propósito declarado era el de contribuir con el deber que tiene el Estado con el "restablecimiento" de los derechos de los niños víctimas de abuso sexual y maltrato infantil. Ya en el texto aprobado se suprimió la expresión "muros de la infamia" y, pese a que en el enunciado se conserva el "restablecimiento", como propósito de la regulación, el énfasis se ha puesto en la dimensión preventiva de la misma.

b). Tipos de medidas: Para la realización de ese objetivo, el acuerdo contempla tres tipos de medidas: (i) La ubicación de muros y vallas en sitios de alta afluencia de público, en los que, de manera destacada, se divulguen la siguiente información: los nombres y una foto reciente de los condenados por los delitos contra la libertad, la integridad y la formación sexuales, cuyas víctimas han sido menores de edad en Bogotá; los delitos cometidos, la condena impuesta y la edad de las víctimas. (ii) La divulgación de esa misma información a través de volantes que serán repartidos durante la primera semana de cada trimestre del año, en sitios de alta afluencia de público. Estos volantes serán adicionalmente distribuidos dos veces al año, adjuntos a las facturas de los servicios públicos domiciliarios. (iii) Finalmente, una vez al año el gobierno distrital presentará la misma información en los diferentes medios de comunicación de amplia circulación, escritos, televisivos y radiales.

6.5. La naturaleza de la medida y los derechos en tensión. Para evaluar, si la inminente aplicación de la medida en los casos concretos planteados en las diversas demandas de tutela entraña vulneración o amenaza de derechos fundamentales, es preciso determinar cuál es la naturaleza de la misma, a fin de establecer si debe someterse al escrutinio constitucional propio de la pena.

Examinada la medida desde sus antecedentes, y su configuración final, se observa, de una parte, que no es la consecuencia directa de la conducta punible, y de otra, que no fue concebida con el propósito de adscribirle las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción y protección al condenado¹⁷. Tales funciones se predicen de la pena privativa de la libertad que les fuera impuesta a los demandantes como consecuencia directa del comportamiento delictivo atribuido. Si bien a la medida administrativa que se cuestiona se le asignan unas finalidades de protección y garantía, éstas tienen un universo muy definido conformado por los menores víctimas de delitos de agresión sexual, por lo que se trata en realidad de una medida administrativa que involucra una finalidad específica de protección de un delimitado sector de la población: los menores de edad residentes en el Distrito capital.

Tal medida administrativa se inscribe con mayor fortuna en el marco de la facultad de dar publicidad a las sentencias condenatorias. Al respecto señaló la Sala Cuarta de Revisión: “Es claro para la Sala que la medida adoptada por el Concejo de Bogotá, no podía tener la naturaleza de una sanción, (...), porque ello implicaría desconocer diversos principios constitucionales en materia penal, como el de legalidad de la pena, cosa juzgada y debido proceso. Sin embargo, tal y como fue aprobada la norma por el Concejo de Bogotá, no tiene la naturaleza de una sanción adicional a la impuesta por el juez penal. La misma fue concebida como una medida administrativa, orientada a divulgar una determinada información con fines preventivos”¹⁸.

En conclusión ha dicho la Corte “Se trata de una medida administrativa cuya finalidad es la protección de los derechos de los niños. Esa protección se especifica en el propósito de divulgación con una finalidad preventiva. Se parte de la consideración de que una manera de prevenir las ofensas sexuales contra menores es poniendo al tanto a la comunidad, a las familias y a los propios menores, sobre un hecho cierto, la condena de quien ha incurrido en tales ofensas, a partir de un presupuesto, soportado con evidencia científica, sobre los altos índices de reincidencia que se presentan en este tipo de delitos”¹⁹.

6.6. No obstante la anterior aclaración, ha reconocido la jurisprudencia que tales medidas, y de manera particular, las modalidades adoptadas, orientadas a buscar los mayores niveles de divulgación, penetración y recordación de la información con propósitos preventivos, podrían afectar órbitas constitucionalmente resguardadas pertenecientes a diferentes

actores involucrados en el conflicto: el agresor, los miembros de su círculo familiar y la propia víctima.

En relación con el primero, se afirma que podría resultar afectada su dignidad, su buen nombre y su intimidad. Respecto de sus familiares la intimidad, los derechos de los menores y los derechos de la familia. En cuanto a la víctima, se ha indicado que las medidas examinadas podrían conducir a una segunda victimización al someterla al impacto emocional de una confrontación permanente y magnificada con la imagen del agresor, así como a la presión social que se puede generar cuando la agresión se produce en el ámbito familiar.

Estas consideraciones han conducido a establecer que no obstante tratarse de una medida de carácter administrativo, ésta por sus características “produce una cierta afectación de los derechos del agresor y con mayor claridad de los de su familia, y también, finalmente, de los de las propias víctimas”. Conforme a ello ha estimado la Corte que ciertamente se presente una tensión entre derechos constitucionales que aconseja un ejercicio de ponderación orientado a establecer si la eventual afectación de derechos fundamentales se presenta como constitucionalmente admisible a la luz de los fines que se le atribuyen a la medida.

7. El carácter desproporcionado de la medida

7.1. Luego de establecer, en casos similares²⁰, que la medida cuestionada no es una pena adicional, y de reconocer que se trata sí de una medida administrativa que persigue fines de protección y prevención, y que de otra parte afecta derechos fundamentales, la jurisprudencia de esta Corte ha optado por aplicar un test de proporcionalidad orientado a establecer si la divulgación que en ella se contempla, con las particularidades de las que ha sido revestida, supera tal juicio para ser considerada acorde con la Constitución.

De manera reiterada ha señalado la jurisprudencia constitucional²¹, que el juicio de proporcionalidad supone establecer, en primer lugar, si la finalidad de una medida que implica un trato desigual o que impone restricciones a los derechos constitucionales es legítima²²; en segundo lugar si los medios empleados son adecuados para lograr el fin perseguido; en tercer lugar, si son necesarios, en el sentido de que no exista otro medio menos oneroso en términos de sacrificio de otros principios constitucionales para alcanzar el fin perseguido y, finalmente, si son proporcionados *stricto sensu*, esto es, que no se sacrifiquen valores y principios que tengan un mayor peso que el principio que se pretende

satisfacer²³.

7.1.1. Los diferentes ámbitos de afectación de derechos en los casos concretos.

En casos análogos consideró la Corte que la medida impactaba de manera diferente ámbitos constitucionalmente protegidos pertenecientes a diversas personas involucradas en el conflicto.

7.1.1.1. Así, en relación con la persona condenada por algún delito contra la libertad, integridad o formación sexuales de menores de edad, consideró la Corte que la mera divulgación del hecho cierto de la condena es el resultado natural de un juicio público y se inscribe dentro del derecho que tienen las personas a recibir información veraz e imparcial, por lo que no es en sí misma contraria a los derechos fundamentales. Así mismo, quien pretenda difundir una información puede adoptar las medidas necesarias para que la comunicación sea efectiva ²⁴. De otra parte, del hecho cierto del delito se deriva, una afectación del buen nombre y de la intimidad, atribuibles también a la conducta trasgresora del orden y no a la divulgación de la misma.

Sin embargo, ha estimado la Corte que los cuestionamientos surgen, ya no de la medida en sí misma, sino de la manera como se ha dispuesto la divulgación en el Acuerdo cuya aplicación pretenden evitar los accionantes. En efecto, la permanencia indefinida en el tiempo de los medios de divulgación, o su carácter recurrente, así como las modalidades visuales empleadas implican afectación de la intimidad personal y familiar del sentenciado y pueden tener una connotación de escarnio público o estigmatizante.

7.1.1.2. En relación con la familia del agresor, estimó la Corte que sus integrantes se ven sometidos a los efectos de una divulgación de alto impacto sobre un hecho que les transmite humillación y vergüenza. En este ámbito la tensión sigue siendo la misma: ¿hasta donde los efectos lesivos son atribuibles al hecho delictivo y no a su divulgación? Y ¿en qué momento las modalidades empleadas para hacer esa divulgación se vuelven desproporcionadas a la luz de la afectación que producen en la familia del victimario?

7.1.1.3. Por último, en relación con las víctimas la Corte destacó dos situaciones que implican una sensible afectación de sus derechos: (i) Por un lado, el problema que enfrentan la víctimas al tener que confrontarse cotidianamente con la imagen magnificada de su agresor,

y, (ii) por otro, cuando víctima y victimario pertenecen a la misma familia, la divulgación de la identidad de éste último y la de las circunstancias del delito, afecta necesariamente a la víctima y la pone en trance de sufrir una muy dolorosa presión social.

7.1.2. Al constatar, en casos análogos, que en tanto que la medida que se cuestiona comporta una afectación de los derechos fundamentales de distintos sujetos, la Corte optó por aplicar la metodología que le suministra el juicio de proporcionalidad, como instrumento de ponderación entre los derechos en tensión.

7.1.2.1. Así encontró que la finalidad de proteger a los niños y específicamente la de prevenir las ofensas sexuales contra ellos, no es sólo importante, sino incluso constitucionalmente imperiosa. “Es claro que el Estado debe adoptar medidas de prevención en un ámbito tan sensible como el problema de la violencia y el abuso sexual que afecta a los menores. Ese propósito es desarrollo de los mandatos del artículo 44 de la Constitución, conforme a los cuales los niños “ ... serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos” y sus derechos “... prevalecen sobre los derechos de los demás”, y está en consonancia con diversas disposiciones internacionales sobre protección de los derechos del menor”²⁵.

7.1.2.2. Siguiendo con el análisis, al evaluar la adecuación de los medios empleados para obtener esa finalidad, la Corte constató dos cosas: (i) Por un lado, que de manera general, la autoridad que expidió la medida no aportó ninguna evidencia que soportara una conclusión sobre la adecuación de la misma para la realización del fin propuesto, y, (ii) por otro lado, que en relación con un buen número de supuestos, que de conformidad con los datos de la exposición de motivos del proyecto de Acuerdo constituyen un porcentaje considerable de los casos de violencia y abuso sexual de menores (aquellos en los cuales la víctima y su agresor pertenecen a una misma familia) los elementos disponibles parecerían inclinarse en contra de la efectiva correspondencia entre medio y fin.

Destacó la Corte que no obstante, la divulgación prevista en la medida puede tener un claro efecto preventivo, las especiales características que para ello se han dispuesto en el Acuerdo 280 del Concejo de Bogotá, plantean una serie de dificultades que demeritan su adecuación al fin propuesto. Ellas son:

i. En primer lugar, en relación con los muros y las vallas no señala el Acuerdo el momento en el cual se debe hacer la divulgación, ni la duración de la misma.

i. Ahora bien, si se acude a una interpretación sistemática del Acuerdo en el contexto normativo que le sirve de fundamento²⁶, se detecta una cierta incongruencia entre el efecto preventivo que se busca y el momento en el que se realiza la divulgación. Mientras que ésta tiene lugar cuando se produce la condena, el riesgo que se quiere prevenir se materializaría a partir del momento en que el sentenciado, después de purgar la pena, se reinserta a la sociedad.

El Acuerdo, de manera general, no contempla una regulación que guarde congruencia con el efecto preventivo que se atribuye a la medida. De su contenido no se deduce el tiempo por el cual deberían permanecer los muros y las vallas para que cumplan con el efecto preventivo que se les atribuye. Este aspecto temporal cobra gran importancia si se tiene en cuenta que de los antecedentes se deduce que el riesgo de reincidencia es permanente.

Ya de manera particular, en relación con la hipótesis de mayor ocurrencia, según las razones justificativas del Acuerdo, consistente en que en un alto porcentaje de los abusos sexuales a menores, los abusadores son los propios padres o familiares y los hechos tienen lugar en el hogar de los menores, estimó la Corte que “No hay en la exposición de motivos, ni se han aportado al expediente, estudios que muestren cuál puede ser el efecto preventivo de una divulgación general sobre la identidad de este tipo de agresores sexuales. No se aporta evidencia que muestre que quienes cometen este tipo de abusos constituyan un riesgo general, más allá del ámbito familiar, ni que la divulgación al público de su identidad tenga en ese ámbito familiar un efecto útil mayor que el que se tiene por el conocimiento de primera mano de los hechos”²⁷.

Por el contrario, estimó la Corte, “sí parecería claro que esa divulgación, con las características previstas en la norma, significa un gravamen emocional injustificado para la víctima y su familia, por la exposición pública de su caso, que no puede desligarse de la divulgación de la identidad del agresor”²⁸.

7.1.2.3. No obstante considerar la Corte que esta insuficiencia en la satisfacción del

presupuesto de la adecuación de la medida al fin propuesto, apuntaría a la inaplicación de la misma, continuó con el siguiente paso del juicio de proporcionalidad – su necesidad –, en atención a que puede admitirse que una divulgación efectiva de la identidad de los agresores sexuales podría tener un cierto efecto preventivo general.

Al respecto estimó la Sala Cuarta de Revisión, en precedente que aquí se reitera que “la medida busca un efecto preventivo que va más allá de la divulgación ordinaria de la identidad de los agresores sexuales de menores en Bogotá. Sin embargo, en este caso se advierte, no sólo la falta de un estudio serio sobre la adecuación de la medida al fin propuesto, sino la ausencia, también, de un estudio sobre alternativas menos gravosas en términos de derechos fundamentales y que puedan tener la misma o incluso mayor eficacia en función del fin propuesto”²⁹.

Advirtió que “No obra en el expediente del presente caso evidencia alguna de que se haya cumplido una evaluación de alternativas, de modo que se concluyese, que, en ausencia de medidas de eficacia equivalente o superior, la adoptada fuese la única verdaderamente apropiada, circunstancia de la que se derivaría la necesidad de la misma”³⁰.

Por consecuencia, tampoco halló la Corte acreditado el presupuesto de la necesidad de la medida restrictiva de derechos fundamentales.

Una decisión es este sentido se fortalece con la declaratoria de inexequibilidad de artículo 48 de la Ley 1098 de 2006 en la que se fundamentó el acto administrativo cuestionado.

8. La declaratoria de inexequibilidad del artículo 48 de la Ley 1098 de 2006

Mediante sentencia C-061 de 2008³¹, la Sala Plena de esta Corporación declaró inexecutable el inciso segundo del artículo 48 de la Ley 1098 de 2006, que contemplaba la medida de divulgación televisiva de los nombres completos y fotografía reciente de las personas condenadas en el último mes por cualquiera de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, cuando la víctima haya sido un menor de edad.

Estimó la Corte que: (i) La medida analizada constituye un mecanismo desproporcionado, innecesario y no idóneo frente a la finalidad de protección que pretende el legislador. (ii) Si bien la finalidad genérica de protección de los menores y de prevención para disuadir a

futuros infractores constituye un fin legítimo desde el punto de vista constitucional, no es claro que la publicación en espacios televisivos de las personas condenadas por delitos contra la libertad, integridad y formación sexual de un menor, proteja realmente a las víctimas y prevenga nuevas conductas de agresión sexual contra menores residentes en Colombia; (iii) No encontró la Corte que durante el trámite legislativo se hubiere sustentado de manera suficiente la medida en razones de orden biológico, psicológico, sociológico o de otro orden, por las cuales frente al propósito de protección de la niñez y la adolescencia, ese medio resulte preferible a otros de posible menor impacto contra la persona condenada; (iv) Advirtió la Corte que en el plano de prevenir a la población sobre la presencia de estos individuos en sus vecindarios y el peligro que representan, la medida quedaría sin fundamento, puesto que si trata de personas que hayan sido condenadas en el último mes, en la mayoría de los casos estarían aún privadas de la libertad. Indicó sin embargo, que aún si se previera que la divulgación ha de hacerse al ser excarcelado, se estaría desconociendo el nominal efecto de reinserción social, rehabilitación o resocialización que se le abona a la pena.

Concluyó finalmente la Corte que, pendientes de demostración los hipotéticos beneficios sociales que esta medida pudiera traer consigo, son en cambio evidentes y de gran consideración los costos y riesgos que ella supone para la persona y los miembros de su familia, donde podría hallarse la propia víctima u otro menor aumentando el riesgo de victimización.

Así, la declaratoria de inexecutable de una norma legal que contempla una medida de similares características³² a la prevista en el Acuerdo 280 de 2007, refuerza el planteamiento de carencia de proporcionalidad de la medida aquí examinada, lo que conduce a prodigar una tutela transitoria a los demandantes.

9. Análisis específico de los casos concretos

9.1. Expediente T-1672558

El demandante en este proceso - RST- interpuso directamente la acción de tutela, en nombre propio. Afirmó que fue capturado el 22 de septiembre de 2004 y condenado a la pena de 108 meses de prisión por el delito de acceso carnal violento. Sostiene que es consciente de que su actuar está tipificado como delito merecedor de pena y resarcimiento en favor de las

víctimas, los cuales ya le fueron impuestos, pero advierte que su familia y allegados “están sufriendo mucho más que yo” a consecuencia de su actuar y de la condena impuesta. Señala que con la medida que impugna se pretende a toda costa inferir daño psicológico, moral, social, cultural y económico a los infractores, pero que con ella también se afecta directamente a su familia integrada por su madre, su padre, hermanos y hermanas.

Además de la tutela de los derechos fundamentales que considera amenazados por la medida, solicita mantener la reserva de su nombre como actor de la tutela y responsable del delito cometido.

9.2. Expediente T- 1715158

Informa este demandante UVW que fue condenado por un Juez de Bogotá por un delito contra la libertad, la integridad y la formación sexuales contra menor de edad, y actualmente se encuentra privado de la libertad. Aduce que al aplicársele el Acuerdo 280 de 2007 se le haría más gravosa su situación como consecuencia del desconocimiento del principio de individualidad de la pena, al extender sus efectos a su familia, además de que se le negaría la oportunidad de rehabilitarse y resocializarse.

Sostiene este demandante que ya el Fiscal General de la Nación entregó al Concejo y a la Secretaría de Gobierno de Bogotá 275 fotos de infractores por delitos sexuales “para que se lleve a cabo el escarnio público, es de entender por obvias razones que mi persona ahí está incluida”.

9.3. Expediente T-1721454

En este expediente se tramitaron de manera acumulada las acciones de tutela instauradas por XYZ y ABC.

El primero de ellos fue condenado por un Juzgado de Bogotá por un delito de acceso carnal en menor de 14 años. Sostiene este demandante que la medida vulnera sus derechos fundamentales al debido proceso, el principio de dignidad humana y la prohibición de tratos crueles, inhumanos y degradantes. En tal sentido explica que la medida le niega la posibilidad de resocializarse y readaptarse, a la vez que le genera una estigmatización y degradación que lesiona notablemente a los miembros de su núcleo familiar “poniéndolos en

situación de escarnio público por hechos que ellos no cometieron”, lo que a su juicio se constituyen en tratos degradantes.

El segundo – ABC – fue sentenciado por un Juzgado Penal del Circuito de Bogotá por el delito de acceso carnal violento en menor de 14 años. Señala que ante la inminente posibilidad de que se le aplique el Acuerdo 280 de 2007 se haría más gravosa su situación ya que éste incorpora una abierta violación del principio de individualidad de la pena “al extender sus efectos a mi familia”. Además se me niega la oportunidad de rehabilitarme o resocializarme”.

9.4. Expediente T-1735416

En este expediente se tramitó la acción de tutela instaurada por DEF, quien fue condenado por un Juzgado de Bogotá y el Tribunal Superior de Distrito a la pena de 38 meses de prisión por el delito de actos sexuales con menor de 14 años, agravado. Sostiene el demandante que las diversas autoridades administrativas demandadas han desarrollado acciones orientadas a hacer efectiva la medida prevista en el Acuerdo 280 de 07 del Concejo de Bogotá, entre las que se cuentan la entrega por parte de la Fiscalía de 275 fotos de infractores por delitos sexuales y que “es de entender por obvias razones que mi persona está incluida”.

9.5. Observa la Sala que en los demandantes concurren las siguientes circunstancias que les son comunes: (i) Se encuentran en la situación de condenados por alguno de los delitos contra la libertad, la integridad y la formación sexuales en víctimas menores de edad. (ii) Debido a la indeterminación y a la amplitud de la medida contemplada en el Acuerdo 280 de 2007 del Concejo de Bogotá, todos ellos podrían tenerse por las autoridades como destinatarios de la misma; (iii) En todos los casos los accionantes ponen de manifiesto el estado de zozobra en que se encuentran atribuible al temor fundado de que en cualquier momento, que no es deducible de los términos del acuerdo, las autoridades distritales pueden estimar que se materializan las condiciones previstas en el acto administrativo para que éste les sea aplicado automáticamente, momento en el cual se concretaría la lesión a sus derechos fundamentales con un efecto irreversible.

Los anteriores presupuestos de orden fáctico y subjetivo permiten afirmar que los demandantes afrontan una amenaza cierta sobre sus derechos fundamentales (supra 4), que los coloca en riesgo inminente de sufrir un perjuicio grave que se concretaría en la

divulgación de sus nombres y fotografías en los términos inciertos en que lo prevé el acuerdo, con los efectos nocivos e irreversibles que ello comportaría para sus familias y aún para la víctima (supra 5). La constatación adicional de que se trata de una medida desproporcionada (supra 7) permite concluir que se dan los presupuestos para emitir una orden de protección, de efectos transitorios, por virtud de la cual el Acuerdo 280 de 2007 no puede ser aplicado a los demandantes cuando quiera que las autoridades distritales consideren que se dan los presupuestos para ello.

Se pretende mediante esta orden enervar la posibilidad de un acto aplicativo, que resultaría lesivo de manera irreversible, de los derechos fundamentales de los accionantes como eventuales destinatarios de la medida.

Observa la Sala que en todos los casos que se tramitan en este expediente acumulado son los propios condenados quienes instauran la acción de tutela en su propio nombre y para la protección de sus derechos fundamentales, y solamente uno de ellos (expediente T 1672558) incluye dentro de sus pretensiones el que se mantenga su nombre en reserva.

Teniendo en cuenta que en la tutela T-1073 de 2007 la Sala Cuarta de Revisión dentro de las medidas de protección que adoptó dispuso mantener en reserva la identidad de los demandantes, debe establecer la Sala si se trata de un precedente que debe aplicar en el presente caso. Observando los casos fallados en la mencionada sentencia se advierte que en uno de ellos, la demandante era la madre de la menor afectada, y en otro lo fue un hermano del sentenciado detenido quien agenciaba los derechos de éste. En los demás casos (3) los actores acuden a la tutela invocando sus propios derechos y los de su núcleo familiar.

La aludida sentencia fundamenta la medida protectora de reserva de la identidad de los demandantes en la necesidad de “protección de los derechos a la intimidad de las familias de los accionantes y de las víctimas que han acudido a la tutela dado el particular interés público que ha suscitado el asunto objeto de esta demanda y la especial difusión que pueden tener las decisiones relacionadas con el mismo”.

Si bien en ninguno de los casos que se definen en esta sentencia la tutela fue instaurada por víctimas o familiares de los infractores, encuentra la Sala que uno de los argumentos en que se fundamentó la decisión de tutelar fue la necesidad de salvaguardar la intimidad de los familiares y víctimas de los condenados. Por ello, en aras de que la medida de protección no

resulte inocua, y para salvaguarda el principio de igualdad, extenderá su protección, disponiendo la reserva de identidad de los actores en este proceso.

10. Conclusión

En los casos puestos de presente por los diversos demandantes que acuden en tutela estableció la Corte que:

i. La situación que plantean los demandantes responde al concepto de afectación de derechos fundamentales, en la modalidad de amenaza originada en la inminente publicación de la información a que se refiere el Acuerdo 280 de 2007, dada su condición de condenados por delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales en donde las víctimas son menores de edad;

i. La indeterminación de la norma y la amplitud que deja a los encargados de aplicarla permite prever la inminencia de un perjuicio irremediable, que de materializarse tendría efectos irreversibles sobre los derechos de los demandantes a la intimidad personal y familiar, que puede tener una connotación de escarnio público o estigmatizante, lo que habilita la tutela transitoria para evitar que ese perjuicio se materialice;

i. La medida que se cuestiona, si bien es de naturaleza administrativa encaminada a divulgar una determinada información con fines preventivos, afecta derechos fundamentales del condenado, de sus familias y de las víctimas del delito, lo que sugiere que su valoración en relación con los casos concretos, se realice acudiendo al método de la ponderación;

i. Efectuado el juicio de proporcionalidad en relación con la medida encontró la Corte, que si bien la misma busca una finalidad constitucionalmente legítima como es la protección de los menores de edad mediante la prevención de ofensas sexuales contra ellos, no se presenta

una adecuada correspondencia entre la medida y el fin propuesto; adicionalmente no se constató el presupuesto de la necesidad puesto que no obra ninguna evidencia en el sentido que se haya cumplido una evaluación de alternativas que llevasen a concluir, que en ausencia de medidas de eficacia equivalente o superior, la adoptada fuese la única verdaderamente apropiada;

i. Como consecuencia de las anteriores constataciones procede, respecto de todos los demandantes, la orden de inaplicación del acuerdo, como mecanismo transitorio, mientras presentan la correspondiente demanda ante la autoridad competente orientada a que se valore la legalidad y constitucionalidad del acto administrativo.

IV. DECISIÓN

Con fundamento en las consideraciones expuestas en precedencia, la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

Primero. REVOCAR los fallos de julio 3 de 2007 proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Bogotá; agosto 21 de 2007 del Juzgado 17 Penal Municipal de Bogotá; agosto 30 de 2007 del Tribunal Superior de Distrito Judicial – Sala Penal; y agosto 24 de 2007 del Juzgado 53 Penal Municipal de Bogotá con función de control de garantías; y CONFIRMAR el fallo proferido el 30 de mayo de 2007 por el Juzgado 54 Penal Municipal de Bogotá con función de control de garantías.

Segundo. CONCEDER, como mecanismo transitorio, la tutela instaurada por RST, (expediente T-1672558); UVW (expediente T- 1715158); XYZ y ABC (expediente T- 1721454); y DEF (expediente T-1735416), para la protección de los derechos fundamentales a su intimidad personal y familiar.

Tercero. ORDENAR al Alcalde mayor de Bogotá y a las demás autoridades distritales que se abstengan de aplicar lo dispuesto en el Acuerdo 280 de 2007 del Concejo de Bogotá en relación con RST, UVW, XYZ, ABC, y DEF.

Cuarto. La orden contenida en el numeral anterior mantendrá su vigencia hasta tanto la

autoridad competente se pronuncie sobre la constitucionalidad del Acuerdo 280 de 2007 del Concejo de Bogotá, efecto para el cual los beneficiarios de esta providencia deberán interponer la correspondiente acción ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo dentro de los cuatro meses siguientes a la notificación de la misma, so pena de que cesen sus efectos. Como se trata de un acto de carácter general, bastará con acreditar que el acto ya ha sido demandado, sin que resulte exigible que cada uno de los beneficiarios instaure una demanda por separado.

Quinto. Para la protección de la intimidad personal y familiar de las familias de los accionantes, sus nombres no podrán ser divulgados en este proceso, el presente expediente queda bajo estricta reserva y sólo podrá ser consultado por los directamente interesados, conforme a lo señalado en esta Sentencia. La Secretaría General de la Corte Constitucional y las secretarías de los juzgados 54 Penal Municipal de Bogotá con función de control de garantías, 17 Penal Municipal de Bogotá, Tribunal Superior de Bogotá – Sala Penal y 53 Penal Municipal de Bogotá con función de control de garantías, deberán garantizar esta estricta reserva.

Sexto. LÍBRENSE las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado Ponente

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria

1 De acuerdo con lo dispuesto en la parte resolutive de esta providencia, y siguiendo el

precedente establecido por esta Corporación (T-1073 de 2007), para la protección del derecho a la intimidad de las familias de los accionantes y las víctimas, sus nombres se han sustituido por letras.

2 Cita apartes de la sentencia C-561 de 1993.

3 Intervino en el asunto tramitado en el expediente T-1672558

4 Fue citada en el asunto tramitado en el expediente T- 1735416

5 Fue citado en el asunto tramitado en el expediente T- 1735416

6 En la sentencia T-1073 de 2007 la Sala Cuarta de Revisión definió cinco (5) solicitudes de tutela acumuladas mediante las cuales algunos condenados por delitos contra la libertad, integridad y formación sexual contra menores de edad, de manera directa, y algunos familiares de esos sentenciados solicitaban la inaplicación del Acuerdo 280 de 2007, por considerarlo violatorio de sus derechos fundamentales.

7 Estas reglas han sido aplicadas, entre otras, en las sentencias T-435 de 2005, T-514 de 2003, reiteradas en T-1073 de 2007.

8 Sobre el particular la Corte ha expresado que, en tal eventualidad, "...no se trata de anular, por la vía de la tutela, una norma de carácter general e impersonal, (...) sino de dejar sin efecto su aplicación, en un caso particular y concreto, cuando de ella se siga la violación de un derecho fundamental" (T-384 de 1994). Criterio reiterado en la T- 1073 de 2007.

9 En la sentencia T-327 de 2004 la Corte hizo un recuento de los criterios que se han desarrollado sobre el tema.

10 Sentencia T-096 de 1994.

12 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T- 225/93 MP. Vladimiro Naranjo Mesa. Ver también, entre muchas otras, las Sentencias T-403/94, T-485/94, T-015/ 95, T-050/96, T-576/98, T-468 /99, SU-879/00 y T-383/01.

13 Sentencia T-1316 de 2001.

14 En uno de cuyos artículos se dispone simplemente que se divulgarán los nombres y foto reciente de los condenados por los delitos contra la libertad, la integridad y la formación sexuales, cuyas víctimas hayan sido menores de edad en Bogotá.

15Y ese temor cabe incluso en aquellos casos en los cuales la calidad de destinatarios del acuerdo es apenas eventual, porque, por ejemplo, está pendiente la decisión de segunda instancia, no sólo porque pese a lo que sobre el particular se ha dispuesto en el Decreto 2200 de 2007¹⁵, la amplitud del Acuerdo, que contiene modalidades de divulgación no previstas en la Ley 1098 de 2007, haría posible que, conforme a determinadas interpretaciones, el mismo se aplicase incluso a quienes han sido condenados en primera instancia, sino porque, los actos aplicativos podrían tener lugar en cualquier momento a partir de la ejecutoria de la condena de segunda instancia.

16 El texto del Decreto es el siguiente: Artículo 1°. Publicidad televisiva en caso de condena definitiva. La publicación de que trata el artículo 48 de la Ley 1098 de 2006 procederá cuando en la jurisdicción penal se profiera sentencia condenatoria definitiva y esta quede en firme, por cualquiera de los delitos contemplados en el Título IV, “Delitos contra la Libertad, Integridad y Formación Sexuales”, en aquellos casos en que la víctima haya sido un menor de edad. // Artículo 2°. Procedimiento. Cuando se verifiquen las condiciones indicadas en el artículo anterior se dará cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley 1098 de 2006 mediante el siguiente procedimiento: // 1. El juez que hubiere proferido la sentencia remitirá una copia, con constancia de ejecutoria, al Consejo Superior de la Judicatura, a través del Consejo Seccional de la Judicatura que funcione en su jurisdicción, junto con una fotografía reciente del condenado. // 2. Al recibir la documentación remitida por los jueces penales, el Consejo Superior de la Judicatura comprobará que en cada caso se cumplen los requisitos establecidos en el artículo 48 de la Ley 1098 de 2006 y elaborará una reseña sucinta del proceso, donde se relacionen los siguientes datos: // a) Indicación del juez o tribunal que profirió la sentencia; // b) Fecha de la sentencia; // c) Número del expediente; // d) Naturaleza del delito; // e) Indicación de que la víctima fue una persona menor de 18 años de edad; // f) Pena impuesta; // g) Constancia de que la sentencia está ejecutoriada; // h) Nombre completo del condenado o condenados; // i) Municipio y departamento en el cual ocurrieron los hechos. // La información no contendrá el nombre de la persona víctima del delito, ni indicación alguna sobre su identidad, la de su familia o su localización. // 3. El Consejo Superior de la Judicatura remitirá a la Dirección General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, la

información contenida en el inciso anterior para ser difundida por lo menos una vez a la semana, en los espacios televisivos concedidos a esa entidad, junto con la fotografía del victimario. // Artículo 3°. Vigencia. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación.

17 Artículo 4° Código Penal.

18 Sentencia T-1073 de 2007.

19 Sala Cuarta de Revisión, sentencia T-1073 de 2007.

20 En la sentencia T-1073 de 2007 se decidieron cinco (5) casos que guardan similitud fáctica con los que se tramitan en el presente proceso. En aquella oportunidad se presentaron sendas acciones de tutela contra el Proyecto que se convirtió en el Acuerdo 280 de 2007 del Concejo de Bogotá. Así en el expediente T-1.679.901 se tramitó la acción de tutela instaurada por una persona (ABC) quien fue condenada en ausencia a 35 meses de prisión por la comisión de delitos contra la libertad, integridad y formación sexual; En el expediente T-1.686.906 se tramitaron cuatro demandas de tutela correspondientes (i) a un hombre (DEF) denunciado por su esposa por abuso sexual sobre su hija común; (ii) otra persona denunciada y procesada por delitos sexuales (GHI); (iii) un tercero condenado por el delito de acceso carnal violento; (iv) y una cuarta persona sentenciada a 13 años de prisión por el delito de acceso carnal violento en menor de 14 años, en este caso el hermano del condenado actuaba como su agente oficioso.

21 Ver Sentencia C-142 de 2001.

22 La jurisprudencia constitucional ha señalado que los derechos fundamentales, en tanto que fijan estándares de actuación susceptibles de desarrollo legal (C-475 de 1997), están sujetos a ciertas condiciones de ejercicio y disfrute. Por otra parte, si bien es cierto que tales derechos no son absolutos y que, como tal, son susceptibles de limitaciones, no es menos cierto que el legislador no puede desconocer su núcleo esencial, que, como lo ha señalado esta Corporación, “es resguardado indirectamente por el principio constitucional de ponderación del fin legítimo a alcanzar frente a la limitación del derecho fundamental, mediante la prohibición de limitaciones desproporcionadas a su libre ejercicio”²². Quiere ello decir que cuando surja una tensión como producto de la necesidad de limitar un derecho en

orden a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo, es necesario aplicar el juicio de proporcionalidad, "... el cual, por su carácter estricto, en principio se ha reservado para el estudio de las restricciones impuestas a los derechos fundamentales (Sentencia C-584 de 1997 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Respecto del test intermedio y el débil, ver sentencias C-445 de 1995 M.P. Alejandro Martínez Caballero y C-183 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, C- 142 de 2001). Este criterio fue reiterado en la sentencia T-1073 de 2007.

23 Sentencia C-309 de 1997, criterio acogido en la T-1073 de 2007. Sobre el juicio de proporcionalidad stricto sensu, en la sentencia C-584 de 1997 se precisa que " Este paso del juicio de proporcionalidad se endereza a evaluar si, desde una perspectiva constitucional, la restricción de los derechos afectados es equivalente a los beneficios que la disposición genera. Si el daño que se produce sobre el patrimonio jurídico de los ciudadanos es superior al beneficio constitucional que la norma está en capacidad de lograr, entonces es desproporcionada y, en consecuencia, debe ser declarada inconstitucional."

24 T-1073 de 2007

25 Sentencia T-1073 de 2007.

26 El inciso 2° del artículo 48 de la Ley 1098 de 2007, establece la divulgación , en otros medios, de los nombres y la foto reciente de la personas "que hayan sido condenadas en el último mes" por cualquiera de los delitos contra la libertad, la integridad y formación sexuales, cuando la víctima haya sido un menor de edad. El Decreto 2200 de 2007, reglamentario de la Ley 1098 de 2006, establece: "La publicación de que trata el artículo 48 de la Ley 1098 de 2006 procederá cuando en la jurisdicción penal se profiera sentencia condenatoria definitiva y esta quede en firme, por cualquiera de los delitos contemplados en el título IV, "Delitos contra la Libertad, Integridad y Formación Sexuales", en aquellos caso en que la víctima haya sido un menor e edad". (Se destaca).

27 Ibídem

28 Ibídem.

29 T-1073 /07 Sin que le corresponda a la Sala formular alternativas de política pública, ni evaluar la constitucionalidad o la eficacia de las que puedan plantearse, distintas de las que

son objeto de escrutinio constitucional en la presente oportunidad, si puede a título ilustrativo, hacer una referencia de derecho comparado para mostrar la existencia de alternativas, en el mismo ámbito de la prevención mediante la divulgación de la identidad de quien ha sido condenado, susceptibles de ser evaluadas por las autoridades, tanto desde la perspectiva de su efectividad para el logro del fin propuesto, como de su grado de afectación de derechos fundamentales. Así, por ejemplo, en la legislación estatal de un buen número de Estados de los Estados Unidos, se ha adoptado la que se conoce como Ley Megan y que es una medida por virtud de la cual las personas condenadas por delitos de violencia sexual tienen que inscribirse en un registro público que deben mantener actualizado con el fin de que los interesados puedan establecer qué personas con esos antecedentes residen en su vecindario.²⁹ En otro contexto, en España, en su momento, se dio una controversia en torno a la elaboración de listados de delincuentes, a propósito de la expedición de la Ley 5 de 2001 sobre “Prevención de Malos Tratos y Protección a Mujeres Maltratadas”, aprobada por las Cortes de Castilla-La Mancha.

30 *Ibíd.*

31 Con ponencia del Magistrado Nilson Pinilla Pinilla, y aclaración de voto de los Magistrados Jaime Araújo Rentarías, Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño y Clara Inés Vargas Hernández.

32 Podría estimarse que ante este hecho sobreviniente – la declaratoria de inexequibilidad de uno de sus fundamentos de derecho – podría generar el decaimiento de acto administrativo en razón a que éste perdería su fuerza ejecutoria con fundamento en el numeral 2° del artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, que establece como causal de la pérdida de ejecutoria de los actos administrativos “Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho”. Sin embargo, el precepto declarado inexecutable no constituye el único fundamento de derecho invocado por la autoridad administrativa para la expedición del acto, razón por la cual lo procedente es proferir una orden de tutela transitoria hasta tanto la autoridad competente se pronuncie sobre la constitucionalidad del Acuerdo 280 de 2007, siguiendo así el precedente establecido en la sentencia T- 1073 de 2007.