

Sentencia T-512/16

HABEAS DATA PENAL-Caso en que se solicita que Rector de Colegio sea retirado de su cargo, en razón al riesgo que implica para los estudiantes sus antecedentes penales por delitos sexuales con menores

LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA-Cualquier persona puede exigir el cumplimiento de los derechos de los niños

Cuando se trata de agenciar los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, la Corte indicó en su precedente que los requisitos para acreditar la agencia oficiosa no tienen la misma aplicación, en tanto que se asume que: a) en principio, las personas menores de edad no tienen la capacidad para ejercer ni representar a otros en la defensa de sus derechos fundamentales, y b) no resulta pertinente exigirle a quien busca la defensa y protección de los derechos fundamentales de los niños explicitar la condición de agente oficioso, en tanto que la familia, la sociedad y el Estado tienen a su cargo, la guarda y protección de los derechos fundamentales de las personas menores de edad.

DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Regla de subsidiariedad es menos rigurosa y se debe atender de manera primordial el interés superior de los menores de edad

Cuando el asunto bajo estudio involucra los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional estipula que el examen del requisito de la subsidiariedad no se somete a la misma rigurosidad, sino que por el contrario, deberá armonizarse con el interés superior del menor y el carácter prevalente de sus derechos fundamentales.

PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Consagración constitucional e internacional

DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Ámbitos de protección

PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Alcance

DERECHOS DE LOS NIÑOS-Carácter prevalente

PROHIBICION DE LA PORNOGRAFIA INFANTIL-Elemento normativo protegido por el artículo 20 de la Constitución Política

PRINCIPIO DE RESOCIALIZACION-Importancia

La resocialización debe ser el principal objetivo de la reclusión, así como la disuasión, que permitan garantizar la no repetición.

RELACIONES DE ESPECIAL SUJECION ENTRE LOS INTERNOS Y EL ESTADO-Respeto por la dignidad humana de personas privadas de la libertad

ANTECEDENTES PENALES-Naturaleza

ANTECEDENTES JUDICIALES Y HABEAS DATA-La construcción jurisprudencial del habeas data penal

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha desarrollado el contenido, alcance y límites del derecho al “habeas data penal”. Aquí convergen las reglas sobre la administración de datos personales, de carácter semi-privado y sensible, contenida en un documento público, con las importantes funciones de rango constitucional que tiene los antecedentes penales. La Corte dispuso el marco constitucional de protección, ante la falta de una regulación estatutaria específica sobre la materia.

ANTECEDENTES PENALES E INHABILIDADES PARA ACCEDER A CARGOS, DESEMPEÑAR FUNCIONES O EJERCER CIERTAS ACTIVIDADES-Marco constitucional

INHABILIDADES APLICABLES A LOS DOCENTES-El aspirante a la carrera docente, al tener la calidad de funcionario público, debe someterse al régimen de inhabilidades e incompatibilidades que define tanto la Constitución y la ley/INHABILIDADES APLICABLES A LOS DOCENTES-Falta de regulación en materia de inhabilidades

La Corte resalta que a los docentes le son aplicables las inhabilidades, de carácter general, que definió la ley 734 de 2002, Código Disciplinario Único (en adelante C.D.U.), las cuales tienen por finalidad garantizar el interés general, la probidad que debe primar en cualquier

servidor público y garantizar el respeto y garantía de la moralidad administrativa.

INHABILIDAD PARA DESEMPEÑAR LABORES HABITUALES Y PERMANENTES CON NIÑOS-
Derecho comparado

ANTECEDENTES PENALES-Supresión

Existen fines constitucionales legítimos que impiden que el antecedente penal pueda eliminarse, como si el mismo nunca hubiera existido. Si bien la supresión como el no almacenamiento ni circulación de datos personales es posible en materia de obligaciones de carácter crediticio, lo mismo no se predica para asuntos penales, ya que no son equiparables.

HABEAS DATA PENAL-Ámbito de protección

DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Orden a Secretaría de Educación proceder a la revocatoria del acto particular y concreto del nombramiento como docente rector por encontrarse incurso en una inhabilidad

INHABILIDADES APLICABLES A LOS DOCENTES-Exhortar al Ministerio de Educación para que promueva la presentación y trámite de un proyecto de ley que se ocupe de llenar el vacío normativo que existe en el Estatuto Docente en relación al régimen de inhabilidades aplicables a los docentes

Referencia: Expediente T-5.474.128

Acción de tutela instaurada por Ángel Eduardo Marín Quintero contra la Secretaría de Educación del Tolima.

Magistrado Ponente:

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de septiembre de dos mil dieciséis (2016)

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la magistrada María Victoria Calle Correa y los magistrados Luis Guillermo Guerrero Pérez y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política y en el Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo adoptado por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Honda, Tolima en única instancia, el quince (15) de diciembre de dos mil quince (2015), en el trámite de la acción de tutela instaurada por Ángel Eduardo Marín Quintero contra la Secretaría de Educación del Tolima.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos y acción de tutela interpuesta

El 1° de diciembre de 2015, el ciudadano Ángel Eduardo Marín Quintero instauró acción de tutela contra la Secretaría de Educación del Tolima. El accionante consideró que se están vulnerando los derechos fundamentales a la integridad personal, al interés superior y a la prevalencia que tienen los derechos de los niños y niñas estudiantes de la Institución Educativa “Antonio Herrán Zaldúa” (en adelante Institución Educativa o colegio) de la ciudad de Honda, Tolima. La acción de tutela interpuesta se fundamenta en los siguientes hechos:

1.1 El día 13 de julio de 2015, la Secretaría de Educación Departamental del Tolima posesionó en el cargo de Rector del Colegio, al señor Luis Alfonso Cano Bolaño.

1.2 Adujo el accionante, que en la columna de opinión de la periodista Salud Hernández-Mora, con fecha del 22 de noviembre de 2015, “se daba a conocer que el señor CANO BOLAÑO había sido condenado en el año 2000 por los delitos de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, en concurso homogéneo agravado con pornografía infantil”. El accionante señaló que al momento de verificar la información encontró que el señor Cano Bolaño fue efectivamente condenado a sesenta (60) meses de prisión y multa de cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes por el Juez Primero Penal del Circuito de

Barranquilla (Proceso N°. 2000-0282). También constató que la Corte Suprema de Justicia negó la casación de la sentencia condenatoria el día 29 de junio de 2005 (Proceso N°. 18401).

1.3 Indicó el accionante que el pasado 23 de noviembre de 2015 un grupo de docentes de la Institución Educativa le solicitaron al rector apartarse del cargo, ya que una persona con ese tipo de antecedentes no debería tener a su cargo el cuidado de menores de edad. El rector no accedió a la solicitud, aduciendo la afectación de sus derechos fundamentales al trabajo, al olvido y a la honra entre otros.

1.4 Posteriormente relató que un ciudadano de forma anónima le solicitó a la Secretaría Departamental de Educación del Tolima que, frente a los antecedentes penales del Rector, se procediera a tomar las medidas adecuadas para proteger la integridad de los niños y niñas del Colegio. Sin embargo, la entidad manifestó que al momento de posesionarse en el cargo, el señor Cano Bolaño no presentaba ningún antecedente, por lo tanto negó la solicitud.

1.5 Por considerar que la permanencia del señor Luis Alfonso Cano Bolaño como Rector del Colegio desconoce los derechos fundamentales de los estudiantes y en particular los artículos 7, 8, 9, 11 y 18 del Código de Infancia y Adolescencia (Ley 1098 de 2006), el docente de dicha institución y accionante de esta tutela, busca obtener la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en aras de la prevención, la prevalencia de sus derechos y su interés superior. En su criterio, los derechos de los niños deberán predominar sobre los derechos del Rector del Colegio, y en consecuencia, solicita que el señor Cano Bolaño sea retirado de su cargo.

1.6 La acción de tutela fue repartida al Juzgado Primero Civil Municipal de Honda, el dos (2) de diciembre de 2015. De un primer análisis, el juez encontró que la acción está dirigida contra una autoridad del orden departamental, sin ser competente según el decreto 1382 de 2000 artículo 1 numeral 1, por lo que ordenó su envío a reparto.

1.7 El Juzgado Segundo Civil del Circuito de Honda, Tolima asumió el conocimiento de la acción de tutela el 3 de diciembre de 2015. De oficio ordenó vincular al proceso a Luis Alfonso Cano Bolaño, Rector de la Institución Educativa y a la Comisión Nacional del Servicio Civil por encargo del Ministerio de Educación Nacional.

2. Contestación a la acción de tutela

2.1 El 9 de diciembre de 2015 el rector del Colegio, Luis Alfonso Cano Bolaño, contestó la acción de tutela solicitando negar las pretensiones del accionante y permitirle seguir con su cargo actual. En su criterio, la acción de tutela interpuesta busca establecer el peligro que representa estar a cargo de la rectoría del Colegio, por sus antecedentes penales de hace 15 años. Sin embargo, en su respuesta anuncia aportar pruebas contundentes de su idoneidad y excelente desempeño como Rector de la Institución Educativa “Antonio Herrán Zaldúa”, que desvirtúan la supuesta peligrosidad que le pretenden imputar.

2.2 El señor Cano relató que hace quince (15) años se desempeñaba como ingeniero electricista y especialista en Gerencia de Proyectos. En dicha época, trabajaba para una importante empresa en la ciudad de Barranquilla, y a su vez, era catedrático de la Universidad del Norte.

2.3 En relación con los hechos de la acción de tutela, admitió que fue condenado por los delitos allí señalados, producto de: “unas situaciones de juventud y de irresponsabilidad de mi parte”. No obstante, pagó en forma debida el castigo penal impuesto, con una conducta intachable. Incluso, relató que le fue autorizado el “trabajo extramuros” mientras cumplía su condena. Una vez puesto en libertad condicional, señaló que trabajó en Barranquilla para una Fundación que apoyaba a personas de escasos recursos, primero de forma gratuita y luego como instructor del Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA). También manifestó que estudió Derecho en la Universidad del Atlántico, en donde “obtuve mi título de abogado, con tesis meritoria y con grado honorifico, el 30 de octubre de 2014”.

2.4 Indicó en su escrito de contestación que laboró para el SENA como instructor de electricidad por más de 11 años en las ciudades de Barranquilla, La Dorada, Puerto Boyacá, Victoria, Honda y Cartagena. En sus labores tenía a su cargo la instrucción de niños, niñas, adolescentes y adultos sin que tuviera queja disciplinaria alguna, “por haber tenido conductas inapropiadas, ni indecorosas con ningún aprendiz”.

2.5 Una vez se conoció la columna de opinión, el Secretario Departamental de Educación y Cultura le solicitó al Director del Núcleo de Desarrollo Educativo del Colegio, José Octalivar Rodríguez, que convocara a una serie de reuniones con la comunidad educativa para evaluar la situación. Cada una de las reuniones se desarrolló por aparte, con los docentes,

los estudiantes, padres de familia, acudientes y el Consejo Directivo, éste último como máximo organismo de representación y decisión al interior del Colegio.

2.6 En dichas reuniones refirió que el ahora accionante, el docente Ángel Eduardo Marín Quintero, “había hecho una búsqueda en Google con mi nombre y allí aparecieron el proceso penal y unos titulares de prensa de la época, todo esto en flagrante violación de mi derecho al olvido”. A su vez narró que fue acusado por éste docente de invitar a las estudiantes “a tomar gaseosa y a ir a la piscina”. De la misma forma, Martha Inés Quintero, quién también se desempeña como docente en el Colegio y es madre del aquí accionante, indicó que el Rector tenía una novia entre las estudiantes. Ante estas acusaciones, el señor Cano solicitó una investigación al Director del Núcleo, que luego de las indagaciones pertinentes, encontró que las denuncias eran infundadas.

2.7 En las demás reuniones convocadas, tras un análisis detallado de la situación se concluyó que su gestión como Rector hasta el momento había sido destacable, suscitando mejoras al interior del Colegio. Por lo tanto, se redactó un comunicado de prensa firmado por todos los estamentos involucrados que aprobaba su gestión como Rector y además se indicó que no representaba un peligro para los estudiantes.

2.8 Por otra parte, reseñó que el pasado 30 de noviembre de 2015 fue evaluado por encontrarse en periodo de prueba para directivos docentes, como lo dispuso el protocolo del Ministerio de Educación Nacional. Destacó que obtuvo excelentes calificaciones en los diversos ámbitos evaluados, y en especial, en el componente de gestión comunitaria, “que comprende toda la interacción con la comunidad educativa y con el entorno de la Institución” fue calificado con nueve (9) puntos. El resultado final de la evaluación fue de noventa (90) puntos sobre cien (100), que lo ubicó en el rango de calificación sobresaliente.

2.9 Finalmente solicitó al juez constitucional que se respeten sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, y al olvido. Concluyó señalando: “(...) la comunidad, los padres de familia, acudientes, docentes, personal administrativo, líderes comunitarios y los mismos estudiantes (...) son contundentes en manifestar que, debido a mis antecedentes, en ningún momento soy o pongo en peligro a los estudiantes de la Institución Educativa”.

2.10 De forma extemporánea, el Secretario de Educación y Cultura del Tolima, Melquisedec

Acosta Jiménez, contestó la acción de tutela solicitando que sea negada. El fundamento de su petición se sustentó en la falta de acción u omisión del ente territorial que vulnere o amenace los derechos fundamentales invocados en la tutela. En su escrito, el Secretario indicó que la Comisión Nacional del Servicio Civil invitó a participar de forma pública y abierta en el concurso de méritos, convocatoria N°. 255 modificada por el acuerdo N°. 380 de 2013 para proveer 41 vacantes de directivos docentes y rectores. En la Resolución N°. 1363 del 9 de abril de 2015 que definió la lista de elegibles, se encontraba el señor Cano. Posteriormente, y mediante audiencia de escogencia de plaza, el señor Cano le fue asignado el cargo: “N°. 24 de directivo docente Rector, en la Institución Educativa Técnica Industrial, Antonio Herrán Zaldúa, del municipio de Honda según acta de escogencia de fecha 5 de junio de 2015”.

Sobre la condena que le fue impuesta al señor Cano, la Secretaría precisó lo siguiente: “que mediante fallo del día 14 de julio de 2010, el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Barranquilla Atlántico, extinguió la pena de prisión de 8 años y la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término al sentenciado Luis Alfonso Cano Bolaño”.

En último lugar, la Secretaría indicó que el señor Cano participó en el concurso de méritos, logrando estar en la lista de elegibles, y al momento de la posesión en el cargo: “se verificó los antecedentes disciplinarios, fiscales y judiciales sin encontrar ningún requerimiento por parte de los mismos”.

2.11 La constancia secretarial, del 11 de diciembre de 2015, indicó que la entidad vinculada al proceso de oficio, la Comisión Nacional del Servicio Civil, guardó silencio sobre la acción de tutela interpuesta. Lo anterior, a pesar de ser notificada en debida forma, según constancia emitida por la empresa de Servicios Postales Nacionales S.A., el 7 de Diciembre de 2015.

3. Del trámite de la acción de tutela

3.1 Mediante sentencia del 15 de diciembre de 2015 el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Honda negó la acción de tutela. En sus consideraciones, el juez de instancia luego de analizar de forma detallada el expediente, y esbozar algunas consideraciones sobre el carácter subsidiario de la acción de tutela, indicó:

“Así las cosas y analizando los argumentos presentados por el accionante, tenemos que solo con el hecho de ser rector el señor LUIS ALFONSO CANO BOLAÑO de la Institución Educativa ANTONIO HERNÁN ZALDÚA, no pone en riesgo o vulnera siquiera el interés superior de los niños de la comunidad formativa, ya que según valoración de las pruebas arrimadas (documentales y testimoniales), éste ha desempeñado cabalmente sus funciones, tanto así que docentes, estudiantes, y padres de familia apoyan la gestión realizada, máxime que no tiene actualmente ninguna deuda con la sociedad o la justicia; y cumpliendo todos los requisitos legales como estamentales para el ejercicio de sus funciones”.

3.2 Finalmente, el juez constitucional señaló que la acción de tutela pretende, “dejar sin efecto el nombramiento como rector a LUIS ALFONSO CANO BOLAÑO”. Para ello, el accionante cuenta con otro medio de defensa judicial, en este caso, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. El medio de defensa judicial ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en criterio del juez de primera instancia, resulta idóneo y eficaz para encauzar su pretensión. Adicionalmente, el juez no encontró una situación fáctica que permitiera evidenciar un perjuicio irremediable, que habilitara la procedencia de la tutela de forma transitoria.

4. Pruebas que obran en el expediente

4.1 Copia de la certificación de la Universidad del Norte del 2 de febrero de 2002 en donde consta que Luis Alfonso Cano Bolaño estuvo vinculado como profesor catedrático en los años de 1999 – 2000 (Folio 39 del cuaderno principal).

4.2 Copia de la actuación del Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Barranquilla, Atlántico del 14 de julio de 2010, mediante la cual declaró la extinción de la pena del señor Luis Alfonso Cano Bolaño (Folios 59 a 61 del cuaderno principal).

4.3 Copias de las certificaciones del Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, de las labores desempeñadas por el señor Luis Alfonso Cano Bolaño entre los años 2004 a 2013 como contratista por horas para impartir formación profesional (Folios 31 a 38 del cuaderno principal).

4.4 Copia del Acuerdo N°. 380 de la Comisión Nacional de Servicio Civil, del 22 de abril de 2013, para convocar los empleos disponibles de las instituciones educativas ubicadas en el departamento del Tolima, Convocatoria 211 de 2012 (Folios 62 a 71 del cuaderno principal).

4.5 Copia del acta de reunión ordinaria de docentes, del 23 de noviembre de 2015. Objetivo: Tratar la situación presentada en la Institución y por los medios de comunicación, sobre el señor Rector Luis Alfonso Cano Bolaño (Folios 26 a 30 del cuaderno principal).

4.6 Copia del acta de reunión extraordinaria de Padres de Familia, del 24 de noviembre de 2015. Objetivo: tratar la situación presentada en la Institución y por los medios de comunicación, sobre el Señor Rector Luis Alfonso Cano Bolaño (Folios 16 a 18 del cuaderno principal).

4.7 Copia del registro de asistencia a la reunión de Padres de Familia del 24 de noviembre de 2015 (Folios 19 a 25 del cuaderno principal).

4.8 Copia de la convocatoria de Gestión Administrativa para la reunión extraordinaria del Consejo Directivo vigencia 2015, del 24 de noviembre de 2015 (Folio 46 del cuaderno principal).

4.9 Copia del acta de reunión del Consejo Directivo N°. 013 de 2015 cuyo objetivo fue la situación presentada en la I.E. por los medios de comunicación sobre el señor Rector Luis Alfonso Cano Bolaño, (Folios 47 a 51 del cuaderno principal).

4.10 Copia del comunicado a los medios de comunicación y opinión pública del 25 de noviembre de 2015 del Director del Núcleo Educativo, José Octalivar Rodríguez Páez y firmado por todos los miembros del Consejo Directivo de la Institución Educativa, para comunicar el análisis de los escenarios jurídico y social, así como las recomendaciones en relación a la problemática presentada por los medios de comunicación referida al señor Luis Alfonso Cano Bolaño, Rector de la I.E. Antonio Herrán Zaldúa de Honda, Tolima (Folio 53 del cuaderno principal).

4.11 Copia del comunicado a la opinión pública del cuerpo directivo, docente y administrativo de la institución educativa Luis Carlos Galán Sarmiento de Honda, Tolima en

donde se manifiesta apoyar al rector del Colegio, Luis Alfonso Cano Bolaño, denunciando la persecución y acoso laboral de la que está siendo víctima (Folio 54 y 55 del cuaderno principal).

4.12 Copia del resultado total de la evaluación a Luis Alfonso Cano Bolaño del 30 de noviembre de 2015 correspondiente al Periodo de Prueba en el año escolar 2015 del Ministerio de Educación (Folios 56 a 58 del cuaderno principal).

4.13 Copia de la carta dirigida al Especialista, José Octalivar Rodríguez Páez, Director del Núcleo de Desarrollo Educativo el 7 de diciembre de 2015 en donde Luis Alfonso Cano Bolaño solicitó iniciar una investigación sobre las acusaciones que se hicieron en su contra en la reunión de profesores (Folio 43 del cuaderno principal).

4.14 Copia de la Carta del Director del Núcleo de Desarrollo Educativo, José Octalivar Rodríguez Páez en donde se informó al señor Cano Bolaño que: “las dos denuncias carecen de todo sustento fáctico y por tanto no pueden catalogarse como una falta disciplinaria y mucho menos una conducta penal”, razón por la cual fueron desestimadas para abrir una investigación disciplinaria (Folios 44 y 45 del cuaderno principal).

4.15 Copia de la consulta en línea de Antecedentes y Requerimientos Judiciales de la Policía Nacional. El 9 de diciembre de 2015, el ciudadano Cano Bolaño Luis Alfonso actualmente no es requerido por autoridad judicial alguna (Folio 40 del cuaderno principal).

4.16 Copia del certificado de la Contraloría General de la República en donde consta que, el señor Cano Bolaño no está reportado como responsable fiscal, consultado el 9 de diciembre de 2015 (Folio 41 del cuaderno principal).

4.17 Copia del certificado ordinario de antecedentes emitido por la Procuraduría General de la Nación (N°. 77859563) en donde consta que, el señor Luis Alfonso Cano Bolaño no registra sanciones ni inhabilidades vigentes, consulta con fecha del 9 de diciembre de 2015 (Folio 42 del cuaderno principal).

4.18 Carta del señor rector del Colegio, Luis Alfonso Cano Bolaño dirigida al juez de conocimiento de la acción de tutela en donde aporta registro fílmico con 24 declaraciones de padres de familia, docentes y estudiantes de la Institución. En el video adjunto, se

encuentran varias entrevistas en donde el Señor Cano le pregunta a las personas consultadas sobre su buen desempeño en su cargo de Rector, los avances positivos hacia la institución y que no representa un peligro para los estudiantes (Folios 84 y 95 del cuaderno principal. Medio magnético con las entrevistas reseñadas).

II. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

1. Competencia

Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para proferir sentencia dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86, inciso 2 y 241 numeral 9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y, en cumplimiento del Auto del 29 de abril de 2016, proferido por la Sala de Selección Número Cuatro de esta Corporación, que eligió el presente asunto para revisión.

2. Trámite surtido ante la Corte Constitucional

Mediante dos (2) autos de pruebas, uno con fecha del dieciséis (16) de junio y el otro emitido el primero (1) de julio del 2016, el Magistrado Ponente con el objetivo de tener mayores elementos de juicio y conocer los antecedentes penales del señor Luis Alfonso Cano Bolaño; el proceso de selección por el cual obtuvo el nombramiento de Docente Rector de la Institución Educativa “Antonio Herrán Zaldúa” de la ciudad de Honda, Tolima; y finalmente para actualizar los elementos fácticos en el expediente de la referencia, se solicitaron informes de las entidades correspondientes. A continuación se reseñan los informes recibidos.

2.1 Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Barranquilla

Se solicitó el expediente mediante el cual el Juzgado Primero Penal del Circuito de Barranquilla condenó a Luis Alfonso Cano Bolaño, proceso bajo el número radicado 08001-31-04-001-2000-00281-00, el cual consta de 14 cuadernos anexos.

En el expediente reposan las siguientes decisiones judiciales. Mediante sentencia del día seis (6) de octubre del año 2000, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Barranquilla condenó al señor Luis Alfonso Cano Bolaño “a la pena principal de sesenta (60) meses de

prisión y multa de cien (100) salarios mínimos legales mensuales, por haber sido hallado responsable del delito de acceso carnal abusivo con menor en concurso homogéneo agravado (...) en concurso heterogéneo con el delito de pornografía con menores en concurso homogéneo (...)” (Folio 23 del Cuaderno de Copias N°. 1 Expediente 080013104001-2000-282-00). Adicionalmente, el juzgado también impuso la pena accesoria de “interdicción de derechos y funciones públicas por un término igual al de la pena principal” (Folio 24 del Cuaderno de Copias N°. 1 Expediente 080013104001-2000-282-00).

Posteriormente, el 26 de enero del año 2001, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, Sala Penal de Decisión resolvió no decretar la nulidad de la sentencia de primera instancia y en su lugar modificar la pena principal “la cual se fija en ocho (8) años de prisión con multa por valor de ciento treinta y dos salarios mínimos legales mensuales y los perjuicios civiles se fijan en el valor equivalente en moneda nacional a dos mil gramos oro para cada una de las víctimas identificadas” (Folios 15 y 16 del Cuaderno N°. 9 Expediente 080013104001-2000-282-00).

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal el día 29 de junio del año 2005 estudió el recurso de casación interpuesto por el defensor del señor Luis Alfonso Cano Bolaño, y resolvió no casar la sentencia impugnada (Folio 156 Cuaderno Casación, Expediente 080013104001-2000-282-00). La notificación a la partes se realizó por medio de edicto que fue fijado el 14 de julio de 2005, el cual permaneció hasta el 18 de julio del mismo año, cuando se desfijó. (Folio 167 Cuaderno Casación, Expediente 080013104001-2000-282-00).

Finalmente, el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Barranquilla el 14 de julio de 2010 declaró: “extinguida la pena de prisión de 8 años y la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas (...) no se decreta la extinción de la obligación del pago de los perjuicios que tiene el condenado a las víctimas identificadas en la sentencia a quienes les queda a salvo para dicho pago la Jurisdicción Civil Ordinaria”.

2.2 Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC)[1]

Víctor Hugo Gallego Cruz, asesor jurídico delegado para la defensa judicial de la CNSC indicó

que el proceso de selección del señor Luis Alfonso Cano Bolaño se llevó a cabo en concurso abierto de méritos, de conformidad con el Acuerdo N°. 0255 de 2 de octubre de 2012. Por medio del mencionado Acuerdo, se convocó para proveer los empleos vacantes de “directivos docentes y docentes de preescolar, básica, media, y orientadores población mayoritaria”.

Para el caso concreto del señor Luis Alfonso Cano Bolaño precisó la forma en que se dio su inscripción, sus resultados desagregados por prueba, peso en porcentaje y ponderado, en donde obtuvo un consolidado de 78.53 puntos. Este resultado le concedió por mérito, hacer parte de la lista de elegibles, Resolución 1363 del 09 de abril de 2015.

El día 03 de junio de 2015 se citó a los aspirantes que conformaron la lista de elegibles. En audiencia pública presencial, Luis Alfonso Cano Bolaño eligió la Institución Educativa Antonio Herrán Zaldúa. Sobre las inhabilidades para el ejercicio como funcionario público, la Comisión del Servicio Civil precisó que dicha verificación está a cargo de las entidades territoriales, en este caso, la Secretaría de Educación y Cultura del Tolima.

2.3 Secretaría Departamental de Educación y Cultura del Tolima[2]

El magistrado sustanciador le solicitó rendir informe a la Secretaría de Educación y Cultural del Tolima en dos (2) oportunidades. En la primera ocasión le solicitó información en detalle sobre el proceso de selección y posesión del señor Luis Alfonso Cano Bolaño, en especial, el estudio de las inhabilidades para desempeñarse como funcionario público, según lo dispuesto por el artículo 38 inciso primero del Código Disciplinario Único.

En su primer informe, Alexander Barrero Gómez, Secretario de Educación y Cultura del Departamento del Tolima reiteró los argumentos presentados en la contestación de tutela sobre la no vulneración de los derechos fundamentales y además indicó lo siguiente:

“En el caso concreto, la Comisión Nacional del Servicio Civil, mediante acuerdo N°. 255 modificado por el acuerdo N°. 380 de 2013, convocó a concurso de méritos para proveer las vacantes de docentes y directivos docentes, para las instituciones educativas oficiales de la entidad Territorial certificada en educación del Departamento del Tolima.

El señor Luis Alfonso Cano Bolaño, participó de la convocatoria N°. 255 modificada por el

acuerdo N°. 380 de 2013, para suplir 41 vacantes de directivos docente y rectores, quedando el mismo, en la lista de elegibles mediante resolución N°. 1363 del día 9 de abril de 2015.

Que el señor LUIS ALFONSO CANO BOLAÑO, identificado con la cédula de ciudadanía 71.709.822, concursó para el cargo de Directivo de Rector, en la convocatoria 2011 de 2012, que una vez efectuado el proceso de selección por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil, esta expidió la resolución 1363 del 09 de abril de 2015 en la cual el señor Luis Alfonso Cano Bolaño, (...) ocupó el puesto número 6 con el puntaje de 58,73, una vez recibida la resolución y confirmada por la Comisión Nacional del Servicio Civil la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Tolima, convocó a audiencia pública el día 05 de junio de 2015 a las 2:00 p.m. para escogencia de plaza de los cargos de rectores en el cual el participante escogió la Institución Educativa Antonio Herrán Zaldúa, del Municipio de Honda Tolima.

Dando cumplimiento a la normatividad vigente la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Tolima procedió a realizar el nombramiento en periodo de prueba al señor en mención para el cargo de rector con decreto 1006 del 23 de junio de 2015 quien tomó posesión del cargo el 13 de julio de 2015 con el cumplimiento de los requisitos, entre ellos los antecedentes disciplinarios, de Procuraduría, Contraloría y certificado Judicial de la Policía en los cuales no se encontró ninguna inhabilidad para desempeñar el cargo como se verifica en las copias adjuntas. Una vez superado el periodo de prueba y de acuerdo con la ley fue nombrado en propiedad mediante decreto 1018 del 12 de mayo de 2016.

Cabe aclarar que el proceso de selección, compuesto por pruebas escritas, verificación de antecedentes y entrevistas las realiza la Comisión Nacional del Servicio Civil”.

Posteriormente, y por información periodística sobre el caso en cuestión, se solicitó un nuevo informe para conocer la situación actual del señor Luis Alfonso Cano Bolaño. En esta oportunidad, Jairo Alberto Cardona Bonilla, como Secretario designado informó que: “el día 8 de julio del año 2015, se llevó a cabo una convocatoria masiva para nombrar en periodo de prueba y posesionar a más de 700 docentes y Directivos docentes”, lo cual se hizo a través de la convocatoria pública 211 de 2012.

Sobre el señor Luis Alfonso Cano Bolaño el Secretario informó que el 8 de julio de 2015 se le

comunicó personalmente la Resolución N°. 1006, con fecha del 23 de junio de 2015 donde fue nombrado en periodo de prueba para desempeñarse en el cargo de Rector de la Institución Educativa, Técnica Industrial Antonio Herrán Zaldúa. Según el Secretario, la posesión del cargo de Luis Alfonso Cano Bolaño fue “el mismo día 8 de julio de 2015, para ejercer el respectivo cargo”. Posteriormente, fue nombrado en propiedad mediante Decreto 1018 del 12 de mayo de 2016.

Por otra parte, relató que en la Institución Educativa se generó un paro de estudiantes y padres de familia, “encontrándose en las instalaciones puertas encadenadas, así, como un fogón de leña impidiendo el acceso a las instalaciones de la Institución”, debido a la inconformidad del nombramiento en propiedad de señor Rector, Luis Alfonso Cano Bolaño, acciones que continuarían: “hasta tanto, no se diera una solución definitiva al cambio del señor Rector”. Ante esta situación, la Secretaría de Educación delegó una comisión conformada por funcionarios del área de inspección y vigilancia, el día 17 de mayo de 2016. La comisión participó en las reuniones adelantadas en el Colegio y finalmente recomendó que el señor Rector prestara sus servicios en la Secretaría de Educación y Cultura del Tolima, en el área de inspección y vigilancia, mientras se toma una decisión administrativa definitiva, que le siga garantizando sus derechos laborales y como funcionario público.

Ante esta situación, y acogiendo las recomendaciones de la comisión que atendió el paro en la Institución Educativa, la Secretaría de Educación procedió a expedir la resolución N°. 2820 del 31 de mayo de 2016, por medio de la cual le asignó funciones sin comisión al señor Luis Alfonso Cano Bolaño, para que realice actividades afines en el área de Inspección y Vigilancia de la Secretaría. La anterior decisión se adoptó apoyándose en el concepto con número de radicación 2-2009-062777-06496 del 21 de abril de 2009 de la Comisión Nacional del Servicio Civil, el cual estipuló: “La entidad con observancia de los principios que rigen la función administrativa podrá asignar al empleado funciones diferentes a las establecidas en el manual de requisitos y funciones, siempre y cuando, sean afines a la naturaleza del empleo que desempeña cuando lo considere que sea necesario para cumplir los planes de desarrollo y las finalidades a su cargo”.

3. Síntesis fáctica y problemas jurídicos

Síntesis fáctica

3.1 En el presente caso se estudia la revisión de la acción de tutela interpuesta por Ángel Eduardo Marín Quintero, profesor de la Institución Educativa “Antonio Herrán Zaldúa” de la ciudad de Honda contra la Secretaría de Educación y Cultura del Tolima. El accionante acudió al mecanismo constitucional para proteger los derechos fundamentales a la integridad personal, el interés superior y a la prevalencia que tienen los derechos de los niños y niñas estudiantes del Colegio al estar expuestos a una situación de riesgo frente al Rector de la Institución. El profesor accionante encontró a través del motor de búsqueda “Google” y una columna de opinión, que el actual Rector fue: “condenado el 6 de octubre del año 2000 por los plurales delitos de acceso carnal abusivo con menores de catorce (14) años en concurso con varios de pornografía con personas de similar edad cronológica”. En su criterio, los antecedentes penales del Rector Luis Alfonso Cano Bolaño configuran para los estudiantes de la Institución Educativa un riesgo sobre sus derechos fundamentales y en consecuencia, solicitó al juez que el señor Luis Alfonso Cano Bolaño sea retirado del cargo de Rector de la Institución Educativa “Antonio Herrán Zaldúa” de la ciudad de Honda, Tolima.

3.2 El juez constitucional de única instancia que avocó conocimiento, ordenó de oficio vincular al rector del Colegio, Luis Alfonso Cano Bolaño y a la Comisión Nacional del Servicio Civil por encargo del Ministerio de Educación Nacional.

3.3 El Rector del Colegio contestó la acción de tutela solicitando la protección de sus derechos fundamentales al olvido, a la igualdad y a la cosa juzgada, así como el principio de legalidad que rige los procesos meritocráticos. A pesar de sus antecedentes penales, en su sentir no representa un peligro para los estudiantes de la Institución Educativa. Así mismo, alcanzó una valoración favorable a su gestión de todos los estamentos escolares. En este mismo sentido, sus resultados en el periodo de prueba ratifican lo anterior, al obtener la calificación de sobresaliente. Por lo tanto, solicitó al juez negar el amparo. La Comisión Nacional del Servicio Civil no contestó la acción de tutela, pese a su notificación.

3.4 El Juzgado Segundo Civil del Circuito de Honda, Tolima indicó que la acción de tutela era improcedente. Según el juez de instancia, existe otro mecanismo de defensa judicial, en este caso la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, para obtener la nulidad administrativa del nombramiento como Rector del señor Cano Bolaño.

3.5 De los informes solicitados por el Magistrado Sustanciador se constató que dentro del proceso penal adelantado contra el señor Luis Alfonso Cano Bolaño se desprende que, a diferencia de su versión de los hechos, sus actuaciones por las que fue condenado no fueron producto de un simple descuido o ligereza, como lo indicó en las distintas reuniones a las que fue citado para explicar dicha situación.

Al respecto, en la reunión extraordinaria de padres de familia del 24 de noviembre de 2015, en el acta quedó consignado que el señor Rector, “realizó una amplia exposición sobre sus antecedentes judiciales reconociendo haber cometido hace quince años una falta en estado de alicoramiento y con unos amigos quienes convocaron a mujeres trabajadoras sexuales, sacando videos y fotos de las mismas y de lo ocurrido” [3] (Folio 16 cuaderno principal).

A su vez, en el acta de Consejo Directivo, amplió algunos detalles, pero manteniendo su versión. Allí manifestó: “Simplificadamente les explico lo que sucedió hace 15 años, siendo ingeniero eléctrico de una empresa excelente y profesor de una universidad y con planes de viajar al exterior a Canadá, para el siguiente año. Sucedió que entre un grupo de amigos tuvimos una fiesta con muchachas con las cuales se fotografió y se filmó lo acontecido con ellas, me hicieron un proceso judicial por trata de blancas, prostitución y abuso a menores porque una de ellas era menor de 14 años” (Folio 48 cuaderno principal).

Finalmente, en la contestación a los hechos de la acción de tutela, el señor Cano indicó: “Es un hecho cierto que hace 15 años fui condenado por los delitos acceso carnal abusivo y pornografía con menores, en unas situaciones de juventud y de irresponsabilidad de mi parte”. (Folio 74 cuaderno principal).

No obstante, del expediente penal se desprende que los hechos por los cuales fue condenado el señor Cano Bolaño no fueron esporádicos, sino que por el contrario, correspondían a prácticas que adelantó a lo largo de un año y medio[4]. Adicionalmente, no se trató de mujeres, sino menores de 14 años, siendo varias las víctimas, a pesar que la Fiscalía no logró vincularlas a todas en el proceso penal. Finalmente, también se comprobó que la conducta de realizar fotos y videos se enmarcó en el tipo penal de pornografía infantil.

En este mismo sentido se manifestaron los estudiantes de la Institución Educativa en el Consejo Estudiantil que se llevó a cabo el 17 de mayo de 2016 con los funcionarios de la

Secretaría de Educación y Cultura del Tolima. En el acta quedaron consignadas las intervenciones de los estudiantes, quienes manifestaron: “El señor Rector recibió el apoyo de los papás y de los estudiantes con las firmas porque él explicó fue que había estado con unas prostitutas y no como lo informó el programa Séptimo Día que fue por violación a menores de edad y hacer videos pornográficos que vendía a otro país”. Otro estudiante también coincide en afirmar: “La versión que nos dio el Rector fue que en un día de pago, salió con unos amigos, se emborracharon y estuvieron con unas niñas prepagos y menores y que fue una de ellas que lo acusó y por eso lo metieron a la cárcel”.

3.6 Del informe rendido por la Comisión Nacional del Servicio Civil se concluye que el proceso de selección y calificación de la hoja de vida, referente a estudios y experiencia tanto profesional como docente fueron acreditados por el señor Luis Alfonso Cano Bolaño. En consecuencia, dichos resultados le dieron el mérito de conformar la lista de elegibles para el cargo de Directivo Docente. A su vez, precisó el asesor jurídico de la Comisión, que la evaluación de las inhabilidades como funcionario público es competencia del ente territorial, en este caso la Secretaría de Educación y Cultura del Tolima. Según la Comisión es deber de la entidad competente del ente territorial verificar que, “al momento del nombramiento del periodo de prueba, exigir entre otros requisitos, que el aspirante no tenga antecedentes disciplinarios y fiscales y verificar si se encuentra incurso en situaciones que le impida tomar la posesión, como bien lo contempla el artículo 15 del referido Acuerdo 0255 de 2012”.

3.7 La Secretaría de Educación y Cultura del Tolima informó sobre las actuaciones que adelantó en el proceso de la Convocatoria Docente 211 de 2012. Tras la publicación de la lista de elegibles, Resolución 1363 del 9 de abril de 2015, se procedió a convocar audiencia pública para el día 5 de junio de 2015 para escogencia de plaza de los cargos de rectores. El señor Luis Alfonso Cano Bolaño escogió la Institución Educativa “Antonio Herrán Zaldúa”, del municipio de Honda, Tolima. Posteriormente, el 23 de junio de 2015 la Secretaría de Educación y Cultura nombró al señor Cano en periodo de prueba, Decreto 1006. Finalmente, el señor Cano Bolaño tomó posesión del cargo. Sin embargo, sobre este último punto referente a la posesión existe una disparidad en las fechas que informa la Secretaría de cuando se produjo. Según certificación del Director Administrativo y Financiero de la entidad, la posesión se llevó a cabo el 13 de julio de 2015, al encontrar acreditados los requisitos de antecedentes disciplinarios de Procuraduría, Contraloría y Certificado Judicial

de la Policía, sin localizar ninguna inhabilidad para desempeñar el cargo. Esta fecha de posesión, el 13 de julio de 2015, coincide con las afirmaciones del accionante, el profesor Ángel Eduardo Marín Quintero. Pero en el segundo informe que se entregó al Magistrado Sustanciador se manifestó que la posesión fue el día 8 de julio de 2015. Al respecto se indicó que en la mencionada fecha se llevó a cabo una jornada masiva para nombrar en periodo de prueba y posesionar a más de 700 docentes y directivos docentes. En el mismo día se le comunicó al señor Cano Bolaño la Resolución 1006 del 23 de junio de 2015 que lo nombró en periodo de prueba. Y en esa misma jornada se llevó a cabo el acto de posesión. A pesar que en el auto de pruebas el Magistrado Sustanciador solicitó copia del acta con la cual se protocolizó la posesión para verificar la fecha exacta, la Secretaría no adjuntó la misma, sino el acta que corresponde a la posesión del señor Cano cuando se surtió el nombramiento en propiedad, lo cual se dio el día 25 de mayo de 2016.

3.8 Finalmente, la Secretaría actualizó la información del expediente explicando que remitió una comisión de Inspección y Vigilancia a la Institución Educativa Antonio Herrán Zaldúa con el fin de atender la toma pacífica de las instalaciones del Colegio por un grupo de estudiantes, en señal de protesta ante el nombramiento en propiedad como Rector al señor Luis Alfonso Cano Bolaño, mediante Decreto 1018 del 12 de mayo de 2016. Después de extensas reuniones con diferentes estamentos estudiantiles, se destacan las siguientes conclusiones. En primer lugar, que a partir de los acuerdos logrados se da por terminada la toma, que se extendió por una semana escolar y se dispuso la normalización de las clases a partir del lunes 23 de mayo de 2016. La principal medida acordada fue la reubicación del Rector, Luis Alfonso Cano Bolaño, en el área de inspección y vigilancia de la Secretaría de Educación de forma inmediata. Ante las dificultades que se presentaron con el señor Cano, se produjo el retiro masivo de estudiantes de la Institución Educativa, por lo que el nuevo Rector tendrá a su cargo recuperar los 129 estudiantes que se retiraron, por razones diversas, entre ellas la situación que se presentó con el Rector Cano.

Por otra parte, de las reuniones quedó en evidencia que la presentación de la situación de la Institución Educativa en el informativo “Séptimo Día” en la emisión del 24 de abril de 2016 generó un amplio malestar en la comunidad educativa, forjando divisiones y polarizaciones entre quienes apoyaban la gestión del Rector y los que solicitaron su reubicación. En este orden de ideas, se comprometió a los docentes para que propendieran por el “restablecimiento del clima escolar” con el fin de “recuperar la estabilidad emocional de los

estudiantes”.

Problemas jurídicos:

3.9 A partir de la anterior síntesis fáctica, corresponde a la Sala de Revisión estudiar en primer lugar los problemas jurídicos de carácter procedimental, que hacen referencia a: i) la legitimación por activa, en tanto que deberá establecerse si se está ante un ejercicio legítimo de agencia oficiosa a favor de los derechos de los niños; y ii) la subsidiariedad, pese a que existe otro mecanismo de defensa judicial, se deberá indicar si la tutela procede como mecanismo transitorio en aras de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

3.10 De superarse el análisis de procedibilidad de la acción de tutela, la Corte encuentra que deberá ocuparse del problema de fondo que plantea el caso. La Sala de Revisión estima necesario considerar en detalle la ponderación de los derechos fundamentales contrapuestos en este caso: por una parte, la protección constitucional que tienen las personas condenadas por la justicia penal a ser resocializadas y reconstruir su vida en la sociedad, como expresión de la dignidad humana y los principios humanista y solidario que orientan el sistema penal. En este orden de ideas, la sociedad y en especial el ordenamiento jurídico deben brindarles las garantías necesarias para que aquellas personas que infringieron la ley penal, puedan ser efectivamente reincorporadas al tejido social, y reconstruir su vida para aportar al conjunto de la sociedad en los diferentes ámbitos del desarrollo personal, en especial el laboral, de forma libre y sin estigmatizaciones o acciones discriminatorias dirigidas a malograr la resocialización del infractor. En este sentido, las personas que ya saldaron sus deudas con la sociedad, gozan de una protección sobre su información personal, relacionada con el dato negativo de sus antecedentes penales, por cumplimiento de la sanción penal y la extinción de la pena, en virtud del derecho fundamental al “habeas data penal”.

Por otra parte, se encuentran los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, que desde los instrumentos internacionales ratificados por Colombia y su especial prevalencia, consagrada en el artículo 44 de la Constitución, los niños son considerados como: “sujetos de especial protección constitucional”, que demandan una posición activa y orientadora por parte del Estado, la sociedad y la familia para brindarles las garantías y beneficios que los protejan en su proceso de formación y desarrollo.

Adicionalmente, para el caso de estudio, se está ante una situación en donde los niños gozan de un marco de protección que tiene un carácter reforzado, por tratarse de asuntos relacionados con delitos sexuales.

3.11 Así planteada la tensión entre los derechos fundamentales contrapuestos para el caso concreto, pasa la Corte a identificar los siguientes problemas jurídicos puntuales que de allí se derivan:

i) ¿Se vulnera el derecho fundamental al habeas data penal, a la resocialización y el derecho al olvido, de una persona condenada a la que le fue declarada extinta su pena, al revelarse sus antecedentes penales por delitos sexuales con menores de edad en el proceso de selección objetiva para el cargo de Directivo Docente de una Institución Educativa?

ii) ¿El marco constitucional de protección reforzada sobre los niños, niñas y adolescentes, en especial cuando se trata de delitos sexuales, impide que una persona condenada por tales delitos, que ha cumplido la pena y demostrado buena conducta, desempeñe de manera habitual y permanente actividades educativas con menores de edad?

3.12 Para resolver los problemas jurídicos planteados, la Corte se pronunciará sobre: 1) la agencia oficiosa en el caso de los derechos de los niños; 2) el principio de subsidiariedad en sede de tutela, y su procedencia como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable; 3) el marco constitucional y legal reforzado sobre los derechos de los niños, niñas y adolescentes; 4) el principio de la resocialización; 5) el habeas data penal; 6) los antecedentes judiciales y su relación con las inhabilidades para el ejercicio de cargos públicos; y finalmente 7) legislación comparada sobre inhabilidades para desempeñar labores habituales y permanentes con menores de edad. A partir de estas consideraciones se pasará a resolver el caso concreto.

4. Legitimación por activa: la agencia oficiosa en el caso de los derechos de niños, niñas y adolescentes. Reiteración de jurisprudencia

4.1 Una de las características más sobresalientes de los aspectos procesales de la acción de tutela es su informalidad[5]. En efecto, su trámite debe darse con plena prevalencia al

derecho substancial, principio que determina su desarrollo procedimental como lo dispone el artículo 3 del Decreto 2591 de 1991. No obstante, tanto la Constitución de 1991[6], así como la reglamentación de la tutela[7] y la interpretación que ha desarrollado la Corte Constitucional[8] informan que debe acreditarse, de acuerdo a las circunstancias de cada caso concreto, la legitimación por activa para presentar la solicitud de amparo, o para hacerse parte y actuar dentro del mismo.

4.2 El artículo 86 de la Constitución establece que la acción de tutela podrá ser interpuesta por cualquier persona, o por quién actúe a su nombre, para la protección de sus derechos fundamentales. Por su parte, el Decreto 2591 de 1991 desarrolló con más detalle este punto, y estableció la posibilidad de la representación, ya sea a través de otra persona o de un abogado, y en este último caso, deberá otorgarse poder especial. La última parte del artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, permite la agencia oficiosa de derechos ajenos, cuando el titular de los mismos demuestre que no puede promover su propia defensa y se manifieste expresamente en la solicitud de tutela.

4.3 Si bien la Corte Constitucional ha reiterado en su jurisprudencia que se deben acreditar las condiciones que habilitan la forma procesal de la agencia oficiosa en el trámite de la acción de tutela[9], para el caso de los niños, niñas y adolescentes, el precedente consolidado ha indicado que los mencionados requisitos no tienen aplicación[10].

Al respecto, la Corte dispuso: “si se trata de agenciar derechos de menores de edad, no se aplica el rigorismo procesal consistente en imponer al agente oficioso el deber de manifestar en la solicitud de tutela que el afectado en su derecho fundamental no está en condiciones de promover su propia defensa, aparte de que ello es obvio tratándose de los niños. En consecuencia, tratándose de la protección de los derechos fundamentales de los niños, la Constitución impone objetivamente la necesidad de su defensa, sin que interese realmente una especial calificación del sujeto que la promueve”[11].

La ausencia de rigores procesales, para el agenciamiento de los derechos fundamentales de los niños a través de la acción de tutela, se desprende de la cláusula objetiva de protección reforzada que dispone el artículo 44 de la Constitución y la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de proteger al niño y están legitimados para representarlo, en la búsqueda de la

prevalencia de su interés superior y la garantía y protección de sus derechos.

La Corte Constitucional ha considerado que son los padres los primeros en ser llamados a la protección de los derechos de sus hijos, pero la tutela de los mismos no es exclusiva de ellos. También la sociedad y el Estado están llamados a velar por su protección, a pesar de la patria potestad que puedan ejercer sus progenitores, en tanto sujetos a los que la Constitución ordena prodigarles un trato especial. En este orden de ideas, las reglas procesales deberán flexibilizarse ante la obligatoria prevalencia que debe tener el derecho sustancial de los niños, sobre las formas procesales, siempre que con ello se busque la mejor protección de su interés superior y la garantía de sus derechos fundamentales.

4.4 En suma, el precedente de la Corte Constitucional que aquí se reitera dispone que quien acude a la acción de tutela deberá legitimar su actuación e indicar expresamente: a) si solicita la defensa de sus propios derechos fundamentales, b) si actúa como representante de la persona a la que le han vulnerado o amenazado sus derechos, c) o por el contrario, si busca la protección de derechos ajenos. En este último caso, se trata de una agencia oficiosa, situación en la cual deberá indicarse expresamente en la acción de tutela que se actúa bajo dicha calidad, y adicionalmente, dejar en claro que la persona objeto de vulneración o amenaza de sus derechos fundamentales no tiene la capacidad de ejercer su propia defensa. No obstante lo anterior, cuando se trata de agenciar los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, la Corte indicó en su precedente que los requisitos para acreditar la agencia oficiosa no tienen la misma aplicación, en tanto que se asume que: a) en principio, las personas menores de edad no tienen la capacidad para ejercer ni representar a otros en la defensa de sus derechos fundamentales, y b) no resulta pertinente exigirle a quien busca la defensa y protección de los derechos fundamentales de los niños explicitar la condición de agente oficioso, en tanto que la familia, la sociedad y el Estado tienen a su cargo, la guarda y protección de los derechos fundamentales de las personas menores de edad.

5. La subsidiariedad de la acción de tutela en el caso de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Reiteración de jurisprudencia

5.1 El artículo 86 de la Constitución Política dispuso que la acción de tutela tiene un carácter subsidiario en relación con los demás medios de defensa judicial. Esto significa que de

existir otro mecanismo de carácter jurisdiccional, deberá preferirse éste sobre el ejercicio de la acción de tutela. No obstante, y cuando la acción de tutela se interponga como mecanismo transitorio, en aras de evitar un perjuicio irremediable, la norma autoriza que el mecanismo judicial ordinario sea desplazado por la acción de tutela.

5.2 La jurisprudencia de la Corte Constitucional precisó que para estas situaciones deberá analizarse en concreto la idoneidad y eficacia del otro mecanismo de defensa judicial, en relación a su capacidad para activar la subsidiariedad de la acción de tutela. Para ello, la jurisprudencia señala que deberá verificarse que el otro mecanismo de defensa sea: i) de carácter jurisdiccional y ii) comprenda el mismo alcance de protección al que se pueda llegar por la vía de la acción de tutela. Sobre el particular la Corte Constitucional indicó que debe encontrarse una potencial coincidencia entre la protección que brinda la jurisdicción ordinaria y la acción de tutela, pues si bien cada una puede tener finalidades distintas, su eficacia debe tener la capacidad de brindar una protección de los derechos fundamentales que se alegan vulnerados o amenazados.

En este sentido, la Corte estimó que el mecanismo ordinario de defensa judicial resulta ineficaz, bajo los siguientes tres (3) supuestos de hecho:

“(i) cuando se acredita que a través de estos le es imposible al actor obtener un amparo integral a sus derechos fundamentales y, por tanto, resulta indispensable un pronunciamiento por parte del juez constitucional que resuelva en forma definitiva la litis planteada; (ii) cuando se evidencia que la protección a través de los procedimientos ordinarios no resulta lo suficientemente expedita como para impedir la configuración de un perjuicio de carácter irremediable, caso en el cual el juez de la acción de amparo se encuentra compelido a efectuar una orden que permita la protección provisional de los derechos del actor, mientras sus pretensiones se resuelven ante el juez natural; y (iii) cuando la persona que solicita el amparo ostenta la condición de sujeto de especial protección constitucional y, por tanto, su situación requiere de una especial consideración”[12].

De acuerdo con lo antes expuesto, el estudio sobre la existencia de otro mecanismo de defensa judicial por parte del juez constitucional debe darse en relación a las circunstancias fácticas y jurídicas del caso concreto, en tanto le permitirán determinar cuál es la

pretensión del accionante la cual deberá estar dirigida hacia la protección de los derechos fundamentales, y determinar si el otro mecanismo de defensa judicial, va a brindar el mismo marco de protección que puede alcanzar la acción de tutela.

5.3 Ahora bien, cuando el asunto bajo estudio involucra los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional estipula que el examen del requisito de la subsidiariedad no se somete a la misma rigurosidad, sino que por el contrario, deberá armonizarse con el interés superior del menor y el carácter prevalente de sus derechos fundamentales. Sobre este aspecto, la Corte Constitucional en sentencia de unificación de jurisprudencia, SU-695 de 2015, sintetizó el precedente consolidado de la Corte en materia de subsidiariedad frente a los derechos de los niños, en los siguientes términos:

“11. Además, la jurisprudencia de la Corte ha señalado de manera clara, sostenida y consistente[13] que, cuando se trata de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, la regla de subsidiariedad es menos rigurosa y se debe atender de manera primordial el interés superior de los menores de edad. En este sentido, en la sentencia SU-961 de 1999[14], la Sala Plena de esta Corporación, al analizar si la tutela prospera cuando existieran otros mecanismos judiciales para impugnar una decisión determinada, señaló que el juez constitucional está en la obligación de determinar si las acciones disponibles le otorgan una protección eficaz y completa a la persona que acude a la tutela, en cada caso concreto. Si no es así, los mecanismos ordinarios carecen de tales características, y el juez puede otorgar el amparo de dos maneras distintas, dependiendo de la situación de que se trate. La primera posibilidad es que las acciones ordinarias sean lo suficientemente amplias para proveer un remedio integral, pero que no sean lo suficientemente expeditas para evitar el acontecimiento de un perjuicio irremediable. En este caso será procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio, mientras se resuelve el caso a través de la vía ordinaria. La segunda posibilidad, es que las acciones comunes no sean susceptibles de resolver el problema de manera integral, caso en el cuál es procedente conceder la tutela de manera directa, como mecanismo eficaz e idóneo de protección de los derechos fundamentales. Así, la existencia de las otras vías judiciales pertinentes debe ser analizada en cada caso concreto en cuanto a su eficacia e idoneidad. Por ello, acogiendo lo dicho por la sentencia T-034 de 2013[15], si el medio no permite resolver el conflicto en su dimensión constitucional o no ofrece una solución integral para el derecho comprometido, es

procedente conceder la tutela como mecanismo de amparo definitivo de los derechos fundamentales invocados[16]”.

5.4 En resumen, si bien la acción de tutela tiene un carácter subsidiario y ante la existencia de otro mecanismo de defensa judicial resulta improcedente, a menos que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. No obstante, cuando la acción de tutela busca la protección de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes dichas reglas procesales no se aplican con la misma severidad. En efecto, el precedente jurisprudencial que aquí se reitera indica las reglas procesales no tiene el mismo rigor en su aplicación, sino que por el contrario, el juez constitucional tiene la facultad de consultar al interés superior del menor y la prevalencia de sus derechos sobre los demás, para que las normas procesales permitan garantizar la primacía de los derechos de los niños.

6. Marco constitucional y legal de los derechos prevalentes de los niños y el principio hermenéutico de interés superior del menor.

6.1 La Corte Constitucional ha desarrollado un amplio precedente jurisprudencial sobre los derechos de los niños, a partir del marco del derecho internacional de los derechos humanos[17]. Esta jurisprudencia sistematiza el conjunto de pautas de interpretación y aplicación del bloque de constitucionalidad sobre los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes. A continuación, se recogen las principales reglas jurisprudenciales fijadas por la Corte, que permitan ofrecer los elementos de juicio para la ponderación en el caso concreto.

6.2 El marco de protección del derecho internacional sobre los derechos de los niños está conformado por distintos tratados e instrumentos que tienen el carácter de obligatorios para el Estado colombiano. La Corte Constitucional ha destacado los siguientes:

La Convención sobre los Derechos del Niño, que dispone en su artículo 3-1 que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”; y en el artículo 3-2, establece que “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 y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas”. Y su artículo 3-2 dispone: “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 y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas”.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone en su artículo 24-1 que “todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”.

El artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”, y el artículo 10-3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ordena: “se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición”.

El Principio 2 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño dispone que gozarán de especial protección, y serán provistos de las oportunidades y recursos necesarios para desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente de manera normal y sana, y en condiciones de libertad y dignidad. La Declaración, establece que las autoridades tomarán en cuenta, al momento de adoptar las medidas pertinentes, el interés superior del menor como su principal criterio de orientación.

La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en su artículo 25-2, establece que: “la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados de asistencia especiales”, y que “todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”.

6.3 La Constitución Política de 1991 estableció un marco de protección constitucional reforzada a favor de los niños, niñas y adolescentes, como se desprende del Estado Social y Democrático de Derecho y el respeto a la dignidad humana de las niñas y niños como lo

establece el artículo 1 de la Constitución.

Sobre este punto la sentencia C-318 de 2003 puntualizó: “i) el respeto de la dignidad humana que, conforme a lo previsto en el Art. 1º de la Constitución, constituye uno de los fundamentos del Estado Social de Derecho colombiano; ii) su indefensión o vulnerabilidad, por causa del proceso de desarrollo de sus facultades y atributos personales, en su necesaria relación con el entorno, tanto natural como social, y, iii) el imperativo de asegurar un futuro promisorio para la comunidad, mediante la garantía de la vida, la integridad personal, la salud, la educación y el bienestar de los mismos”.

De una interpretación sistemática de las disposiciones constitucionales dirigidas a la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, la Corte Constitucional ha destacado, al menos, seis (6) ámbitos de protección, que sintetizó así:

“(1) que sus derechos son fundamentales, lo que supone una protección reforzada constitucional y el acceso a la garantía inmediata de la acción de tutela para la protección de sus derechos; (2) que sus derechos son prevalentes, lo que supone hermenéuticamente, que “en el caso en que un derecho de un menor se enfrente al de otra persona, si no es posible conciliarlos”[18] prevalezcan los derechos de los menores. A su vez, (3) la norma superior eleva a un nivel constitucional la protección de los niños frente a diferentes formas de agresión, como pueden ser el abandono, la violencia física o moral, el secuestro, la venta, el abuso sexual, la explotación laboral y económica y los trabajos riesgosos[19]. Ello supone un compromiso constitucional en la persecución y eliminación de dichas conductas en contra de los niños. (4) El ámbito normativo constitucional de protección se amplía con las normas internacionales que por disposición de la propia Carta ingresan al régimen de derechos de los niños. Por lo tanto, tal como lo indica el artículo 44 de la Constitución, los niños gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales de los cuales Colombia es Estado parte[20]. (5) Igualmente los infantes y adolescentes[21] en nuestro país, dada su debilidad e indefensión con ocasión de su corta edad, vulnerabilidad y dependencia, han sido considerados sujetos de especial protección constitucional (art. 44 C.P.); lo que se traduce en el deber imperativo del Estado de garantizar su bienestar. Finalmente, (6), debe entenderse que los derechos constitucionales consagrados en el artículo 44 C.P. en favor de los niños, se refieren plenamente a toda persona menor de dieciocho años”[22].

6.4 El Estado colombiano, a través de la ley 1098 de 2009, el Código de la Infancia y la Adolescencia recogió los parámetros axiológicos así como los principios que deben orientar el accionar del Estado en relación con los niños, a partir de normas procesales y sustanciales para la protección integral de sus derechos. De esta legislación se destacan los siguientes artículos para el caso que nos ocupa: El artículo 1 que establece la finalidad del código, garantizar el pleno y armonioso desarrollo de los niños, niñas y adolescentes, que crezcan en el seno de la familia y la comunidad, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión, así como la prevalencia del reconocimiento de la igualdad y la dignidad humana, sin ningún tipo de discriminación. El artículo 7 establece la protección integral de la cual son titulares los niños, niñas y adolescentes. Por lo tanto, el Estado, la sociedad y la familia tienen la obligación de prevenir la amenaza o vulneración de sus derechos, y la seguridad de su restablecimiento inmediato en desarrollo del principio del interés superior.

En el capítulo II del Código de la Infancia y la Adolescencia, se consignan los derechos y deberes. De allí se destaca que el artículo 20 establece que los niños, niñas y los adolescentes serán protegidos contra la violación, la inducción, el estímulo y el constreñimiento a la prostitución; la explotación sexual, la pornografía y cualquier otra conducta que atente contra la libertad, integridad y formación sexuales de la persona menor de edad.

Los artículos 8 y 9 establecen la definición del interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes y la prevalencia de sus derechos. Se entiende por interés superior, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes. En caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño. Sobre la prevalencia, la norma dicta que todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe un conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona.

6.5 El principio constitucional del interés superior de menor, consagrado tanto en el numeral 1º del artículo 3 de la Convención de los Derechos del niño y el artículo 44 de la

Constitución Política, fija a favor de los niños una garantía constitucional para asegurar el desarrollo integral y la personalidad del menor. Las autoridades estatales están en la obligación de orientar sus decisiones en el sentido de materializar dicho principio, y procurar para que su accionar evidencie la supremacía que tienen los derechos de los niños al momento de su interpretación y ponderación, por lo que la Corte le ha asignado una importante función hermenéutica a dicho principio[23]. Ahora bien, el interés superior del menor, de acuerdo con el amplio precedente jurisprudencial, tiene diferentes alcances y formas de prevalecer, de acuerdo a la valoración que hace el juez constitucional en cada caso concreto. A continuación se reseñan algunas decisiones en donde la Corte Constitucional ha hecho prevalecer el interés superior del menor.

6.6 En la sentencia T-514 de 1998 la Corte Constitucional tuvo la oportunidad de revisar la acción de tutela interpuesta por un padre agenciando el derecho fundamental a la salud de su hijo ante una EPS que le negaba un aparato ortopédico que estaba por fuera del POS. En dicha sentencia la Corte explicó que el concepto del interés superior del menor consiste en el reconocimiento de una “caracterización jurídica específica” para el niño, basada en la naturaleza prevaleciente de sus intereses y derechos, que impone a la familia, la sociedad y el Estado la obligación de darle un trato acorde: “que lo proteja de manera especial, que lo guarde de abusos y arbitrariedades y que garantice el desarrollo normal y sano del menor desde los puntos de vista físico, psicológico, intelectual y moral y la correcta evolución de su personalidad”.

6.7 La sentencia T-979 de 2001 trató de un caso ante la Registraduría Nacional del Estado Civil en donde la accionante solicitaba la inscripción de su hijo menor de edad con el apellido de su padre biológico. Sin embargo, la entidad no accedía a su pretensión, dado que la accionante no había realizado el trámite de separación de su anterior esposo, operando la presunción de legitimidad que consagra el artículo 213 del Código Civil. No obstante, la falta de registro creaba un riesgo especial para su hijo al no poder acceder principalmente, a los servicios de salud. La Corte explicó que: “(...) el reconocimiento de la prevalencia de los derechos fundamentales del niño... propende por el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, en consideración al grado de vulnerabilidad del menor y a las condiciones especiales requeridas para su crecimiento y formación, y tiene el propósito de garantizar el desarrollo de su personalidad al máximo grado”.

6.8 En relación con la aplicación concreta del interés superior del niño y su carácter prevaleciente, la Corte indicó en la sentencia T-510 de 2003 que la determinación se debe efectuar en atención a las circunstancias específicas de cada caso concreto. En dicha ocasión se trataba de la revocatoria del consentimiento para entregar en adopción a un menor por parte de su progenitora ante el ICBF, ya que según la normatividad vigente, después de un mes de dado en adopción un niño, el consentimiento de los padres se torna irrevocable. En dicha oportunidad indicó la Corte: “el interés superior del menor no constituye un ente abstracto, desprovisto de vínculos con la realidad concreta, sobre el cual se puedan formular reglas generales de aplicación mecánica. Al contrario: el contenido de dicho interés, que es de naturaleza real y relacional, sólo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad, que en tanto sujeto digno, debe ser atendido por la familia, la sociedad y el Estado con todo el cuidado que requiere su situación personal”.

6.9 En la sentencia T-397 de 2004 la Corte Constitucional estudió el caso de una ciudadana que interpuso una acción de tutela contra el ICBF. Tanto ella como su esposo son totalmente invidentes, sobreviven como vendedores informales, y antes las difíciles condiciones económicas y sociales de los padres, la menor de edad se encuentra bajo la tutela de la ICBF. En dicha oportunidad, esta Corporación concretó la regla jurisprudencial según la cual: “las decisiones adoptadas por las autoridades que conocen de casos en los que esté de por medio un niño, niña o adolescente -incluyendo a las autoridades administrativas de Bienestar Familiar y a las autoridades judiciales, en especial los jueces de tutela- deben propender, en ejercicio de la discrecionalidad que les compete y en atención a sus deberes constitucionales y legales, por la materialización plena del interés superior de cada niño en particular, en atención a (i) los criterios jurídicos relevantes, y (ii) una cuidadosa ponderación de las circunstancias fácticas que rodean al menor involucrado. Para ello, las autoridades deben prestar la debida atención a las valoraciones profesionales que se hayan realizado en relación con dicho menor, y deberán aplicar los conocimientos y métodos científicos y técnicos que estén a su disposición para garantizar que la decisión adoptada sea la que mejor satisface el interés prevaleciente en cuestión”.

6.10 Sobre los casos estudiados por la Corte en relación con delitos sexuales se destacan las consideraciones de la sentencia T-843 de 2011, caso que se ocupó sobre la falta de investigación en un caso de violencia sexual. Al respecto, la Corte indicó el marco especial

que dispone tanto la Convención sobre los Derechos del Niño[24] y la misma Constitución[25], desde la cláusula general del artículo 44 para rechazar cualquier forma de violencia, y en especial, la de tipo sexual que se dirige contra menores de edad. Al respecto la Corte hizo referencia a los fundamentos del rechazo de la violencia sexual: “El reconocimiento de este derecho se fundamenta además en la importancia que un entorno de crianza respetuoso y exento de violencia tiene para la realización de la personalidad de los niños y para el fomento de ciudadanos sociales y responsables que participen activamente en la comunidad local y en la sociedad en general[26]”.

Sobre la libertad sexual, la Corte Constitucional resaltó en la sentencia C-285 de 1997, el tránsito del bien jurídico tutelado, de la honestidad a la libertad sexual. Adicionalmente, consideró en detalle el bien jurídico constitucional de protección, el ejercicio de libertad sobre la sexualidad de cada individuo, separándose de las consideraciones morales y religiosas. Finalmente, indicó que al vulnerarse este derecho se priva a la persona de su dignidad humana, al cosificarla y tratarla como un mero objeto para la satisfacción de deseos egoístas. Por lo tanto, se priva a la persona del ejercicio de su libertad, autodeterminación e integridad, que son bienes jurídicos protegidos desde las normas que castigan dichas conductas, y las normas de rango constitucional. En sus propias palabras la Corte indicó:

“En relación con el bien jurídico protegido en los ‘delitos sexuales’ la legislación ha tenido significativas variaciones: inicialmente, la protección se refirió a la honestidad, lo cual llevó a considerar que quienes tenían una conducta social que no se ajustaba a los cánones socialmente mayoritarios, no eran objeto de dicha protección. En última instancia lo que se perseguía con las prohibiciones era imponer una determinada moral sexual; más recientemente, se viene considerado que el bien jurídico protegido es la libertad sexual, criterio que parte del reconocimiento del carácter pluralista de la sociedad, en virtud del cual no resulta legítimo imponer una concepción específica de la moral, siendo deber del Estado sancionar las conductas que imposibiliten el libre ejercicio de la sexualidad, entendida ésta de manera positiva, como el ejercicio de las potencialidades sexuales, y, en sentido negativo, como la prohibición para involucrar en un trato sexual a otro, sin su consentimiento. (...)”

A la luz de la Constitución de 1991, el interés jurídicamente protegido con las normas no

puede ser la honestidad ni la moral, pues cada quien tiene derecho a conducir su vida sexual según sus propias decisiones.

La violación, cualquiera sean los sujetos que intervienen en el hecho, supone privar a la víctima de una de las dimensiones más significativas de su personalidad, que involucran su amor propio y el sentido de sí mismo, y que lo degradan al ser considerado por el otro como un mero objeto físico. La sanción de las conductas de violación parte del reconocimiento del derecho a disponer del propio cuerpo, y constituyen un mecanismo tendente a garantizar la efectividad del mismo”.

En la sentencia C-674 de 2005 la Corte Constitucional analizó la mayor gravedad que implica el maltrato sexual cuando hay participación de menores de edad. Cuando la agresión se da entre adultos existe una diferencia considerable, ante la capacidad que tiene la persona mayor de manifestar su rechazo o aceptación, mientras que cuando se trata de niños no existe la misma posibilidad, dado que la norma dispone que el menor de edad no puede ofrecer su consentimiento. Al respecto la Corte señaló:

“Resulta en esta materia relevante destacar que el maltrato sexual tiene distinta connotación según se trate de conductas entre adultos, o eventos en los que haya participación de menores, en la medida en que, entre adultos, la afectación del bien jurídico se produce, fundamentalmente, por la ausencia de consentimiento, al paso que, tratándose de menores, el ordenamiento se orienta a la proscripción general de toda conducta de índole sexual por incapacidad de consentir. De allí se desprende una diferencia en la configuración de los tipos penales y en la extensión de los mismos, de modo que, para las conductas que tienen lugar entre adultos se tiende a describir de manera más precisa las conductas que, en ausencia de consentimiento, son objeto de reproche penal, mientras que tratándose de menores, el enunciado tiende a ser más comprensivo”.

6.11 Finalmente, sobre la pornografía infantil resulta pertinente indicar que dicha práctica se encuentra totalmente proscrita tanto a nivel internacional como por el ordenamiento jurídico colombiano. La Convención sobre los derechos del niño, artículo 34, incorporado al ordenamiento jurídico colombiano por la ley 12 de 1991, dispone:

“Los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los Estados Partes tomarán, en particular, todas

las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir:

- a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal;
- b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales;
- c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos”.

El Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos de los Niños relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, aprobado por la ley 765 de 2002 y declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-318 de 2003, también hacen parte del marco de protección jurídico que ofrece el Estado a los niños para evitar que sean objeto de todo tipo de maltrato y vejaciones de carácter sexual, y con esta norma en concreto, su protección para no ser objeto de pornografía infantil. Sobre dicho Protocolo la Corte indicó:

“(…) la necesidad apremiante de que el Estado colombiano adopte instrumentos jurídicos eficaces para cumplir la enorme responsabilidad que entrañan la asistencia y la protección de la población infantil del país, entre los cuales ocupan lugar preponderante los acuerdos de cooperación internacional que complementen y desarrollen la Convención sobre los Derechos del Niño suscrita por el mismo”.

Del mencionado Protocolo Facultativo se destaca que el artículo 1 disponga que los Estados Partes prohibirán la venta de niños, la prostitución infantil y la pornografía infantil, las cuales son definidas en el artículo 2. Los artículos 3 y 4 disponen de parámetros para incorporar dentro de la política criminal y el derecho penal las conductas descritas, y hacer efectiva la jurisdicción respecto de dichos delitos. También se disponen medidas para la investigación, la extradición de los agresores y la atención especial que debe brindarse a las víctimas.

Por último, en el marco de instrumentos internacionales sobre la pornografía infantil, sobresale el Convenio Nº. 182 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación, ratificado por

medio de la ley 704 de 2001. En el artículo 3 se precisa que entre las peores formas de trabajo infantil abarca la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas. En el marco del derecho comparado, la sentencia T-391 de 2007[27] señala que su condena y rechazo también ha sido contundente.

6.12 En suma, el marco internacional, constitucional y legal coinciden en consagrar el deber especial de protección a cargo de la familia, la sociedad y el Estado sobre los niños, niñas y adolescentes. A partir de una revisión sobre los principales instrumentos internacionales que disponen el ámbito de protección internacional, ratificados por el estado colombiano, se desprende un amplio catálogo de derechos fundamentales, así como los principios de interés superior y prevalencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. El Código de Infancia y Adolescencia (Ley 1098 de 2009) actualizó el ordenamiento jurídico colombiano al marco internacional reseñado, y a su vez dispuso un ámbito de protección reforzado sobre los niños, en especial, brindando herramientas eficaces y contundentes contra la violencia sexual. Por otra parte, el desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional sobre el principio hermenéutico del interés superior y la prevalencia de los derechos de los niños brindan importantes herramientas de análisis para el caso en estudio. En efecto, el máximo juez constitucional ha indicado que cuando se involucran los derechos fundamentales de los niños debe considerarse en detalle las circunstancias particulares, únicas e irrepetibles de cada caso concreto, que demanda un cuidadoso y detallado juicio de ponderación de los derechos en conflicto, logrando que de forma concreta y precisa se garantice la prevalencia de los derechos de los niños y su interés superior, en especial cuando se trata de violencia sexual, en donde éstos principios adquieren una mayor preponderancia.

7. La resocialización como principio constitucional. Marco jurisprudencial

7.2 No obstante, la Corte Constitucional ha precisado que la privación de la libertad en instituciones penitenciarias no siempre ha sido considerado como una forma de “castigo”, ni de “resocialización”, sino que estas consideraciones responden a una concepción moderna del derecho penal, orientada por los valores humanistas y de dignidad humana que merecen las personas reclusas en las instituciones penitenciarias. Al respecto la sentencia T-388 del 2013 que declaró la vigencia del estado de cosas de inconstitucionalidad en

materia penitenciaria, recalcó sobre la dimensión histórica de la cual se debe partir para analizar la resocialización en nuestro sistema penitenciario. Al respecto precisó la Corte Constitucional:

“7.11.1.2. La privación de la libertad, durante mucho tiempo, no fue considerada un castigo suficiente para un grave delito. La prisión, por lo general, fue usada como un lugar de paso, mientras se recibía el castigo final, muchos de ellos sobre el cuerpo.[29] La cárcel no era una pena adecuada durante la edad media ni como retribución (retributio), esto es como equivalencia de la falta cometida,[30] ni tampoco como expiación (expiatio), como liberación de las consecuencias nefastas desatadas por el crimen.[31] Se requerirán las nuevas concepciones religiosas y sociales de la Europa protestante para que las visiones del castigo difundido por instituciones católicas como la inquisición, den lugar a la institución de la cárcel.[32] No obstante, será dentro del propio mundo del derecho canónico y eclesiástico católico que las tradiciones protestantes encontrarán algunos de los elementos que hacen parte de las políticas criminales contemporáneas como la ‘penitencia’ en ‘celdas’ y ‘en silencio’,[33] características que, dentro de un nuevo contexto, se sumarán a otros aspectos como el trabajo, usualmente forzado. Un establecimiento para la penitencia de este tipo traía, adicionalmente, beneficios prácticos de carácter administrativo.[34]”

7.3 La Corte Constitucional ha resaltado en varias decisiones precedentes, la “relación de especial sujeción” la cual tiene lugar entre el Estado y las personas privadas de la libertad por orden de las autoridades judiciales competentes. Al respecto, la Corte ha precisado que se trata de un: “vínculo jurídico-administrativo que determina el alcance de los derechos y deberes que de manera recíproca surgen entre ellos, conforme al cual, mientras el interno se somete a determinadas condiciones de reclusión que incluyen la limitación y restricción de ciertos derechos, el Estado, representado por las autoridades penitenciarias, asume la obligación de protegerlo, cuidarlo y proveerle lo necesario para mantener unas condiciones de vida digna durante el tiempo que permanezca privado de la libertad.”[35]

En el marco de esta “relación de especial sujeción”, el Estado “se constituye en garante de todos aquellos derechos que no quedan restringidos por el acto mismo de la privación de libertad; y el recluso, por su parte, queda sujeto a determinadas obligaciones legales y reglamentarias que debe observar”[36]. Son elementos característicos de esta relación, los identificados por la Corte Constitucional y que sintetizó así:

- “- (i) La subordinación del recluso al Estado que se concreta en el sometimiento a un régimen jurídico especial;
- (ii) El ejercicio de la potestad disciplinaria y administrativa por parte del Estado y la limitación de los derechos fundamentales del recluso de acuerdo con la Constitución y la ley;
- (iii) La obligación del Estado de garantizar el goce efectivo de los derechos de los internos, de acuerdo con sus limitaciones y restricciones, buscando cumplir el objetivo principal de la pena que es la resocialización;
- (iv) La obligación del Estado de garantizar ciertos derechos que surgen forzosamente de la relación de subordinación, relacionados con las condiciones materiales de existencia de los reclusos, como la alimentación, habitación, servicios públicos y salud; y
- (v) la obligación del Estado de asegurar el principio de eficacia de los derechos fundamentales de los reclusos, a través de conductas positivas”[37].

7.4 Ante al deber reforzado en cabeza del Estado frente a la población carcelaria, sus acciones y políticas públicas deben dirigirse hacia la reinserción en la vida en sociedad al momento de su salida de la institución penitenciaria, y de esta forma, se refleje el fundamento humanista del ordenamiento penal, así como la dignidad humana inherente a todo ser humano, independiente de sus condiciones sociales, físicas, personales o su situación particular de cara a la ley. Por lo tanto, las actuaciones de las autoridades penitenciarias deben estar orientadas para alcanzar el mayor grado posible de resocialización de los reclusos. En este orden de ideas, también el sistema penal contempla la resocialización como parte de las funciones de la pena: “La prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión”[38].

En este mismo sentido se pronunció el informe final de la Comisión Asesora de Política Criminal de junio de 2012, el cual indicó: “el momento de ejecución de las penas privativas de la libertad debe estar orientado por un criterio de maximización de la resocialización de la persona condenada, o al menos de evitar que ésta tenga un impacto desocializador. (...) El régimen penitenciario debe entonces ser compatible con la plena dignidad humana de las personas privadas de la libertad y debe garantizar las condiciones materiales que hagan

posible su resocialización”.[39]

7.5 Los análisis sobre la resocialización de la Corte Constitucional se han circunscrito a las acciones estatales dentro de las instituciones penitenciarias. Dentro del conjunto de medidas tendientes a responder a los fines constitucionales de la resocialización se incluyen: el trabajo, la educación, el deporte, las actividades lúdicas y las visitas[40]. También la Corte ha resaltado el importante papel que cumple la familia en dicho proceso[41]. Al respecto la Corte manifestó:

“(i) la oportunidad y disposición permanente de medios que garanticen la realización de diversas actividades de orden laboral, educativo, deportivo y lúdico; (ii) las condiciones cualificadas de reclusión, en aspectos básicos como el goce permanente de servicios públicos esenciales, buenas condiciones de alojamiento, alimentación balanceada, servicios sanitarios mínimos, etc. y (iii) el acompañamiento permanente durante el periodo en que se prolonga la privación de la libertad, con el auxilio de un equipo interdisciplinario de profesionales en ciencias sociales y de la salud, de la red de apoyo y de la familia del recluso”[42].

7.6 El problema jurídico a resolver se ubica por fuera de los límites de las instituciones penitenciarias, y se localiza en el alcance que tiene el principio de la resocialización en el escenario de la libertad, y la reincorporación a la sociedad en sus distintos ámbitos del desarrollo personal. Por lo tanto, resulta fundamental tomar en consideración las funciones constitucionales que tiene los antecedentes judiciales para las personas que ya cumplieron con su condena y se enfrentan a la reincorporación a la vida en sociedad. La Corte estableció una serie de pautas interpretativas con el fin de garantizar que el dato negativo de la condena penal no sea utilizado con el fin de estigmatizar o discriminar, sino que por el contrario, se evite este tipo de acciones que están en contravía del marco constitucional. Para la Corte los antecedentes penales cumplen una función esencial en el proceso de resocialización, tanto así que desarrolló una importante jurisprudencia sobre el tratamiento que debe darse al dato negativo en la era de la información, hacia la construcción de un habeas data penal, el cual se pasa a reseñar a continuación.

8. Los antecedentes judiciales: la construcción jurisprudencial del habeas data penal

8.1 Esta Corporación en diferentes fallos precedentes efectuó un análisis sobre la

confluencia de la información que reposa en decisiones judiciales, en particular, los fallos en materia penal, considerados como públicos y su tratamiento en bases de datos[43]. En su análisis, la Corte precisó que los antecedentes judiciales son en principio, información de carácter pública:

“(…) [L]os antecedentes penales tienen el carácter de información pública. La información en que consisten está consignada (soportada, escrita, contenida) en providencias judiciales en firme, expedidas por autoridades judiciales competentes, y caracterizadas por su carácter público, entendido este, como la condición de accesibilidad de su contenido, por cualquier persona, sin que medie requisito especial alguno. A partir de dichas providencias (soporte), entiende la Corte, está constitucionalmente permitido conocer información personal relacionada, entre otras, con el tipo y las razones de la responsabilidad penal, las circunstancias sustanciales y procesales de dicha responsabilidad y el monto de la pena”[44].

8.2 Sin embargo, a pesar del carácter público de los antecedentes judiciales, la Corte Constitucional estableció en su precedente, que cuando la información personal reposa en bases de datos, su acceso puede estar limitado, atendiendo a las reglas que rigen el tratamiento del derecho fundamental al habeas data. Al respecto, la Corte puntualizó que los antecedentes judiciales son considerados como información sensible, entendidos como: “aquellos que afectan la intimidad del titular o cuyo uso indebido puede generar su discriminación, tales como aquellos que revelen el origen racial o étnico, la orientación política, las convicciones religiosas o filosóficas, la pertenencia a sindicatos, organizaciones sociales, de derechos humanos o que promueva intereses de cualquier partido político o que garanticen los derechos y garantías de partidos políticos de oposición[,] así como los datos relativos a la salud, a la vida sexual y los datos biométricos”. Por su propia naturaleza, estos datos se vinculan con la salvaguarda de la intimidad de su titular o con la proscripción de actos discriminatorios”[45].

8.3 Además de ser un dato de carácter sensible, tienen una connotación negativa, como lo indicó la Corte: “Para la Sala los antecedentes penales quizá sean, en el marco de un estado de derecho, el dato negativo por excelencia: el que asocia el nombre de una persona con la ruptura del pacto social, con la defraudación de las expectativas normativas, con la violación de los bienes jurídicos fundamentales”[46].

8.4 En el análisis de los antecedentes judiciales, la Corte Constitucional ha precisado el alcance de su naturaleza, pues como se dijo anteriormente, se trata de información pública contenida en una decisión de una autoridad judicial, pero, comprende ciertos datos de carácter personal, semi-privado y sensibles, que deben someterse a un tratamiento especial. La información sobre los antecedentes judiciales, y en especial, los penales se incorporan a bases de datos que imponen una serie de obligaciones para quien tiene el poder informático sobre su administración, con el fin de salvaguardar los derechos fundamentales que pueden verse comprometidos por un manejo inadecuado de la información. Sobre este punto, la Corte Constitucional conceptualizó en los siguientes términos la base de datos sobre antecedentes penales:

“una base de datos personales sobre antecedentes penales es un conjunto organizado de información personal, en concreto de antecedentes penales, que con ayuda de programas de carácter informático y de una plataforma, permite el acceso fácil e inmediato a una extensión ilimitada de información personal, dependiendo de la cantidad de información personal en ellos contenida y los avances tecnológicos que soportan su operación. Dicha base de datos personales es administrada por un sujeto responsable, y puede ser operada por un sinnúmero de personas en la medida en que se faciliten condiciones de accesibilidad con fines de alimentación, modificación o consulta”[47].

8.5 Los antecedentes judiciales permiten asociar o vincular a una persona con acontecimientos que la persona no quiere que sean públicos, en tanto que tiene la capacidad de ser perjudiciales para su desempeño en la vida en comunidad, y en algunos casos, socialmente reprochables. Revelar esta información sin las suficientes cautelas, pueden conllevar al debilitamiento de su imagen, e imponerle barreras constitucionalmente inadmisibles que impidan su resocialización. Por lo anterior, el máximo Tribunal Constitucional colombiano ha protegido de forma cuidadosa el tratamiento que debe darse a dicha información, aún más ante los actuales cambios tecnológicos en donde el acceso, circulación y difusión de la información a través de la red informática mundial, las distintas redes sociales y los nuevos mecanismos de comunicación tienen alcances más profundos y potentes. En virtud de los mandatos constitucionales de protección del derecho al trabajo, a las funciones de la resocialización de la condena penal, así como la obligación del Estado para adoptar medidas dirigidas a impedir acciones de discriminación y exclusión social, el marco de protección constitucional establece que, por los efectos negativos inherentes a

dicha información, resulta inadmisibile su divulgación y circulación irrestricta y sin límites.

8.6 En este contexto, la Corte ha indicado que la administración de las bases de datos sobre antecedentes penales, a la que tienen acceso el Ministerio de Defensa, la Policía Nacional, la Procuraduría General de la República, la Registraduría Nacional, La Fiscalía General de la Nación y la Unidad Administrativa Especial de Migración Colombia debe someterse a los principios de finalidad, necesidad, utilidad y circulación restringida. Sobre cada uno de estos principios la Corte Constitucional indicó:

“Conforme a la jurisprudencia de esta Corte, bien compilada en la sentencia C-1011 de 2008, los principios de finalidad, necesidad y utilidad prescriben una serie ineludible de deberes en relación con las actividades de acopio, procesamiento y divulgación de la información personal.

Según el principio de finalidad tales actividades “deben obedecer a un fin constitucionalmente legítimo (...) definido de forma clara, suficiente y previa. [Por lo cual, está prohibida, por un lado] la recopilación de información personal sin que se establezca el objetivo de su incorporación a la base de datos (...) y [por el otro] la recolección, procesamiento y divulgación de información personal para un propósito diferente al inicialmente previsto...”

Según el principio de necesidad, la administración de “la información personal concernida debe ser aquella estrictamente necesaria para el cumplimiento de los fines de la base de datos”.

Según el principio de utilidad, la administración de información personal debe “cumplir una función determinada, acorde con el ejercicio legítimo de la administración de los [datos personales. Por lo cual] queda proscrita la divulgación de datos que, al carecer de función, no obedezca a una utilidad clara y suficientemente determinable”.

Igualmente importante para la resolución del presente caso es el principio de circulación restringida que, según la misma sentencia C-1011 de 2008, ordena que toda actividad de administración de información personal esté sometida “a los límites específicos determinados por el objeto de la base de datos (...) y por el principio de finalidad. [Por lo cual, está] prohibida la divulgación indiscriminada de datos personales” [48].

8.7 La información sobre los antecedentes penales que reposan en bases de datos debe someterse a un riguroso tratamiento que respete los principios de finalidad, necesidad, utilidad y circulación restringida. Este conjunto de principios definen la senda por la cual se debe conducir la administración de dicha información y permiten fijar límites y competencias precisas para quienes acceden y administran las bases de datos sobre antecedentes penales. Como lo indicó la Corte, este conjunto de principios permite a la vez garantizar los derechos y libertades de los sujetos titulares de la información: “En términos normativos, son la concreción legal y jurisprudencial del mandato del inciso 2º, del artículo 15, de la Constitución que establece que “[e]n la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución”[49].

De las consideraciones precedentes se concluye que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha desarrollado el contenido, alcance y límites del derecho al “habeas data penal”. Aquí convergen las reglas sobre la administración de datos personales, de carácter semi-privado y sensible, contenida en un documento público, con las importantes funciones de rango constitucional que tiene los antecedentes penales. A través del precedente jurisprudencial aquí reseñado, la Corte dispuso el marco constitucional de protección, ante la falta de una regulación estatutaria específica sobre la materia.

8.8 Una de las funciones de los antecedentes penales es servir como prueba para acceder al ejercicio de la función pública y la contratación con el Estado. En este sentido, existe una relación importante entre el dato del antecedente penal y las inhabilidades que define la Constitución y la ley. A continuación se analiza dicha relación, entre los antecedentes penales y el derecho disciplinario.

9. Antecedentes penales e inhabilidades para acceder a cargos, desempeñar funciones o ejercer ciertas actividades. Marco constitucional.

9.1 Los antecedentes judiciales se incorporan a la Constitución en el artículo 248, haciendo referencia a su validez, y en estrecha relación con las inhabilidades para el ejercicio de cargos públicos. La norma es del siguiente tenor:

“ART. 248. – Únicamente las condenas proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva tienen la calidad de antecedentes penales y contravencionales en todos los órdenes legales”.

Asimismo, los antecedentes judiciales están presentes en el texto constitucional, en relación con las inhabilidades de los altos funcionarios públicos. Como lo ha indicado la Corte Constitucional, la información sobre antecedentes penales cumple una importante función de prueba sobre la existencia o no de inhabilidades para el acceso a la función pública, en sentido amplio. Al respecto, la Corte puntualizó:

“Esta función de los antecedentes penales es de la mayor importancia para la protección de la moralidad administrativa, el correcto ejercicio de la función pública, y la protección en general de los bienes y de los negocios públicos. Por ejemplo, de acuerdo con los artículos 179 numeral 1º, y 197 de la Constitución, no puede ser congresista ni presidente de la República quien haya sido condenado “en cualquier época, por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos”. Igualmente, de conformidad con el artículo 122, inciso 5 (modificado mediante artículo 1º del AL 1 de 2004, y artículo 4º del AL de 2009) de la Constitución, no podrán ser inscritos como candidatos, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni contratar con el Estado, “quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados 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.”[50]

9.2 Sobre la relación que existe entre los antecedentes penales y las inhabilidades para acceder a cargos, desempeñar funciones o ejercer ciertas actividades, resulta preciso remitirse al precedente jurisprudencial que delimitó en detalle esta relación, y el tipo de inhabilidades presentes en la Constitución. La Corte ha definido en varias oportunidades el concepto de inhabilidad. Al respecto, indicó: “Una inhabilidad no es otra cosa que el impedimento para acceder o ejercer determinada profesión, empleo u oficio, debido a condiciones fácticas o jurídicas que acompañan a una persona”[51]. Asimismo, la Corte ha considerado que constituye una inhabilidad: “hechos o circunstancias antecedentes, predicables de quien aspira a un empleo que, si se configuran en su caso en los términos de la respectiva norma, lo excluyen previamente y le impiden ser elegido o nombrado”[52]. También se ha referido a ellas como “la falta de aptitud o la carencia de una cualidad, calidad o requisito del sujeto que lo incapacita para poder ser parte en una relación contractual”[53].

9.3 El artículo 122 de la Constitución, que contiene la cláusula general de inhabilidad para el ejercicio de la función pública, ha tenido diversas modificaciones desde su expedición en 1991. Entre las modificaciones se encuentra el Acto Legislativo N°. 1 del año 2004, aprobado a través del referendo constitucional por el pueblo. El Acto Legislativo N°. 1 del año 2009, el cual introdujo la última modificación en donde se ampliaron los supuestos de hecho para la aplicación de la inhabilidad.

La Corte Constitucional sintetizó la norma vigente del inciso 5 del artículo 122 sobre el contenido de la inhabilidad y los supuestos de hechos bajo los cuales opera, en los siguientes términos:

“4.3.4.1. Establece inhabilidades para personas naturales (i) ser inscrito o elegido a cargo de elección popular, (ii) ser designado servidor público, (iii) celebrar contratos con el Estado -directamente o por persona interpuesta-. (...)

4.3.4.2. Sienta como supuestos fácticos de las inhabilitaciones, los siguientes: (i) haber sido condenado cualquier persona natural por delito que afecte el patrimonio del Estado; (ii) haber dado lugar el servidor público, por conducta dolosa o gravemente culposa, a condena judicial de reparación patrimonial contra el Estado -salvo asunción patrimonial del valor del daño-; (iii) y haber sido condenado cualquier persona natural por delitos de pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o narcotráfico”[54].

9.4 Una característica especial de las inhabilidades de rango constitucional es su atemporalidad. Al respecto, en decisiones precedentes de la Corte Constitucional sobre el límite temporal de las inhabilidades, ha encontrado ajustado a la constitución su carácter intemporal, sin que el paso del tiempo permita que se entienda subsanadas[55]. En este mismo sentido, la Corte Constitucional ha reconocido que el Legislador, dentro del amplio marco de libertad de configuración legislativa, tiene la capacidad para ampliar el rango de las inhabilidades perpetuas, según las consideraciones sobre los bienes y principios constitucionales que se buscan amparar, así como la proporcionalidad que debe guardar la norma, sin que llegue a lesionar otros principios o derechos constitucionales contrapuestos[56].

9.5 Respecto a la tipología de las inhabilidades, la Corte Constitucional ha indicado que

deben distinguirse entre dos tipos, cada una con un sentido distinto, de acuerdo con el bien jurídico protegido y la finalidad de la medida. La sentencia C-780 de 2001 precisó que puede distinguirse entre las inhabilidades que tienen un carácter sancionatorio, de aquellas que buscan la protección de otros bienes y principios constitucionales, pero que en sí mismas, no constituye una sanción[57]. En dicha sentencia, la Corte Constitucional estudió las inhabilidades que la ley 510 de 1999 previó respecto de los revisores fiscales. Por considerar que dicho razonamiento resulta fundamental para el análisis del caso en estudio, se procede a citar el apartado que explica la diferenciación entre las inhabilidades de conformidad con su finalidad. Sobre este punto, la sentencia citada indicó:

“8. El régimen jurídico establece dos tipos de inhabilidades en consideración al bien jurídico protegido o a la finalidad de la limitación.

9. En uno de los grupos están las inhabilidades relacionadas directamente con la potestad sancionadora del Estado, la cual se desenvuelve en los ámbitos penal, disciplinario, contravencional, correccional y de punición por indignidad política. Según lo ha señalado esta Corporación, a través de la potestad sancionadora el Estado cumple diferentes finalidades de interés general. “Así, por medio del derecho penal, que no es más que una de las especies del derecho sancionador, el Estado protege bienes jurídicos fundamentales para la convivencia ciudadana y la garantía de los derechos de la persona. Pero igualmente el Estado ejerce una potestad disciplinaria sobre sus propios servidores con el fin de asegurar la moralidad y eficiencia de la función pública. También puede el Estado imponer sanciones en ejercicio del poder de policía o de la intervención y control de las profesiones, con el fin de prevenir riesgos sociales”.

El proceso de tipificación de los delitos y de las faltas administrativas consiste en la determinación de conductas que, por afectar de manera significativa la convivencia social o el cumplimiento de las funciones y servicios a cargo del Estado, respectivamente, se sancionan con una pena.

(...)

10. El segundo grupo contiene las inhabilidades relacionadas con la protección de principios, derechos y valores constitucionales, sin establecer vínculos con la comisión de faltas ni con la imposición de sanciones. Su finalidad es la protección de preceptos como la

lealtad empresarial, la moralidad, la imparcialidad, la eficacia, la transparencia, el interés general o el sigilo profesional, entre otros fundamentos. Es este sentido, las prohibiciones e inhabilidades corresponden a modalidades diferentes de protección del interés general y no se identifican ni asimilan a las sanciones que se imponen por la comisión de delitos o de faltas administrativas.

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.

(...)

11. 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”.

9.6 Sobre las inhabilidades aplicables a los docentes, resulta oportuno hacer referencia al Decreto-Ley 1278 de 2002 que establece el Estatuto de Profesionalización Docente. A través de este instrumento jurídico, se regulan las relaciones del Estado con los educadores a su servicio, garantizando que la docencia sea ejercida por educadores idóneos, partiendo del reconocimiento de su formación, experiencia, desempeño y competencias como los atributos esenciales que orientan todo lo referente al ingreso, permanencia, ascenso y retiro del servidor docente y buscando con ello una educación con calidad y un desarrollo y crecimiento profesional de los docentes, objetivos contenidos en el artículo 1 de dicho Estatuto.

9.7 El aspirante a la carrera docente, al tener la calidad de funcionario público, debe someterse al régimen de inhabilidades e incompatibilidades que define tanto la Constitución y la ley, ya que las inhabilidades consagradas en el Estatuto Docente fueron declaradas inconstitucionales por esta Corte, en la sentencia C-734 de 2003[58]. En este orden de ideas, la falta de regulación en materia de inhabilidades para los docentes, no significa que el ordenamiento jurídico permita que cualquier aspirante pueda acceder a la carrera docente. Al respecto, la Corte resalta que a los docentes le son aplicables las inhabilidades, de carácter general, que definió la ley 734 de 2002, Código Disciplinario Único (en adelante

C.D.U.), las cuales tienen por finalidad garantizar el interés general, la probidad que debe primar en cualquier servidor público y garantizar el respeto y garantía de la moralidad administrativa.

A diferencia de otros ordenamientos jurídicos, el marco legal de Colombia no dispone de inhabilidades específicas para el ejercicio como docente o directivo docente. Como se señaló atrás, el régimen de inhabilidades del Estatuto Docente fue declarado inexecutable, por ser contrario a la Constitución. En consecuencia, el actual ordenamiento jurídico colombiano presenta un vacío normativo en relación a las inhabilidades que de forma específica y concreta deben imponerse a quien aspire a ingresar a la carrera docente, pero siendo aplicables, por ahora, el régimen de inhabilidades para servidores públicos en general, contenido en el C.D.U.

9.8 No obstante, resulta pertinente que una norma específica de rango legal disponga los requisitos en términos de idoneidad ética y pedagógica que le sean exigibles a los docentes y directivos docentes y la ausencia de dichas características se traduzcan en inhabilidades. De tal forma se garantizará que el proceso de selección pueda considerar las calidades éticas y humanas del aspirante, y de esta forma, establecer si la persona cuenta con la idoneidad suficiente de acuerdo con las necesidades especiales del servicio de educación, a través del cual se garantiza a los niños sus derechos fundamentales.

9.9 En este sentido, no puede perderse de vista la relación que existe entre la definición de las inhabilidades aplicables a los docentes, y el marco de protección que debe brindar el Estado a los niños, niñas y adolescentes en virtud de la prevalencia de sus derechos fundamentales y el interés superior del menor. Resulta oportuno definir en términos de idoneidad ética, humana y pedagógica las condiciones, calidades y cualidades que debe reunir el aspirante a la carrera docente. Siguiendo la tipología de las inhabilidades antes descrita, se trataría de aquellas orientadas a la garantía y protección de los derechos fundamentales de los niños y la materialización de los objetivos que definió el estatuto docente, y no se tratarían de inhabilidades de carácter sancionatorio. A través del régimen disciplinario de inhabilidades, el Estado puede disponer de un perfil de idoneidad exigible a quien aspire a ingresar a la carrera docente, para que de esta forma pueda acreditar las condiciones éticas y pedagógicas que demandan la orientación e instrucción de los niños, niñas y adolescentes.

9.10 Además de este vacío normativo en relación con las inhabilidades que deberían hacer parte del Estatuto Docente, el presente caso pone de presente que tampoco se ha desarrollado una discusión pública sobre la creación de una inhabilidad, en términos de idoneidad, para el caso de infractores de la ley penal por delitos sexuales con menores. A diferencia de otros países en donde ya existen marcos legislativos específicos para esta situación, advierte la Corte que resulta oportuno abrir una discusión pública sobre estos aspectos en Colombia. Al respecto se puntualiza que la Corte Constitucional no puede establecer una inhabilidad de esta índole, como quiera que se trata de una competencia exclusiva del Legislador, por tratarse de un asunto de carácter disciplinario. No obstante, de un análisis detallado del marco de protección constitucional reforzado que dispone el bloque de constitucionalidad en relación con los derechos de los niños, niñas y adolescentes, se puede derivar una inhabilidad por falta de idoneidad a quién infringió la ley penal por violencia sexual contra menores de edad. Como se ha reiterado por esta Corporación[59], resulta ilustrativo para este debate, considerar las diferentes legislaciones que han impuesto restricciones a los infractores penales por delitos sexuales, para que puedan ejercer labores que demandan altos estándares de idoneidad, como el caso de los educadores escolares.

10. Legislación comparada sobre inhabilidad para desempeñar labores habituales y permanentes con niños.

10.1 Con el fin de obtener mayores elementos de juicio para el caso que estudia la Sala, resulta pertinente examinar el tratamiento que en otros países tienen las personas que han sido condenadas por delitos sexuales y aspiren a un trabajo que implique una relación permanente y habitual con menores de edad. Sin llegar a ser exhaustivos, ni avanzar en un estudio de derecho comparado, resulta ilustrativo para la Corte Constitucional indicar que existen diversas medidas que buscan garantizar una protección reforzada para los niños, niñas y adolescentes, con diferentes grados de impacto en los derechos en colisión: la resocialización y la integración en la vida en sociedad del infractor de la ley penal, frente al interés superior del menor y la prevalencia de sus derechos fundamentales sobre los demás.

A continuación, se presenta un esquema que expone de forma sintética las distintas soluciones que desde los marcos legislativos de cada Estado se han propuesto sobre la

problemática que se estudia.

PAÍS

MEDIDAS

FUENTE

Chile

Art. 1- Inhabilidad perpetua para condenados por delitos sexuales con menores para cargos, empleos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales, que involucren una relación directa y habitual con personas menores de edad.

Art. 2. Se crea un registro de las inhabilidades para ser consultado por personas naturales o jurídicas con el fin de contratar a una persona que involucre una relación permanente y habitual con menores de edad, o cualquier fin similar. La consulta de esta información es obligatoria para el empleador. El Servicio de Registro Civil se limitará a certificar si se está inhabilitado, y omitirá proporcionar otro dato o antecedente que conste en el registro. Si se da un uso distinto a la información, se hará acreedor a las multas que contempla la ley.

Ley 20594 de 2012

Provincia de Córdoba Argentina[60]

“Crea el Programa Provincial de Identificación, seguimiento y Control de Delincuentes Sexuales y de Prevención de Delitos contra la Integridad Sexual en el ámbito del Ministerio de Justicia.

Registro Provincial de Personas Condenadas por Delitos Contra la Integridad Sexual donde se inscribe a todas las personas condenadas por tales delitos registrando sus datos, su código de identificación genética, el historial de delitos y la documentación referida al tratamiento médico o psicológico que hubiere recibido, copia de la sentencia y demás antecedentes.

No se trata de un registro público y su contenido -estrictamente confidencial y reservado- sólo podrá ser suministrado mediante una orden expresa emanada de una autoridad judicial que lo autorice.

La inscripción en el registro importará la prohibición absoluta y automática para desempeñarse en servicios públicos y/o semipúblicos en los que estuviesen involucrados menores de edad”.

“Ley N° 9680 (B.O. 08/10/2009) y Decreto N° 639/10 (B.O. 18/05/10)”

Estados Unidos y Puerto Rico

En 1994 se promulga el “Jacob Wetterling Crimes Against Children and Sexually Violent Offender Act” que obliga a los estados a implementar un programa de registro de ofensores sexuales.

En 1996 se enmienda la Ley Pública Wetterling con las llamadas “leyes de Megan”, obligando a los estados a notificar a la comunidad y a crear un sitio web que contenga la información de los ofensores, sin embargo, no especificó la forma y el método para ello.

En el año 2004, se promulgó una Ley Pública conocida como “Sex offenders registration act” cuyo propósito fue obligar a ciertos ofensores sexuales a mantener informada a la policía respecto a sus movimientos y otros detalles personales por un periodo de tiempo, con el fin de minimizar la reincidencia, facilitar investigaciones futuras sobre posibles ofensas que puedan cometer, prevenir que los ofensores sexuales registrados trabajen en empleos involucrados con niños, entre otras cosas.

La prohibición está establecida en la Parte 5 del acto y consagra una extensa lista de trabajos y lugares que están prohibidos para aquellos que se encuentren en el registro.

Posteriormente, se aprobó la Ley Pública 109-248, el 27 de julio de 2006, conocida como “Adam Walsh Child Protection and Safety Act of 2006”. Esta Ley Pública 109-248 también se conoce como ‘Sex Offender Registration and Notification Act’ (SORNA).

Esta legislación está dirigida a proteger a los menores de edad de la explotación sexual y los delitos violentos en su contra, a prevenir el abuso de menores y la pornografía infantil, a promover la seguridad en el uso de la Internet, y para honrar la memoria de menores víctimas de este tipo de delito.

En Puerto Rico, la Ley 266-2004, según enmendada, conocida como “Ley del Registro de Personas Convictas por Delitos Sexuales y Abuso contra Menores”, fue aprobada con el propósito de crear un sistema de registro de personas convictas por delitos sexuales y de abuso contra menores. Con la aprobación de esta Ley se adoptó como política pública del Estado proteger a la comunidad contra actos constitutivos de abuso sexual y abuso contra menores. Mediante el citado Registro, se mantienen informadas a todas las personas o entidades que solicitan datos sobre el paradero de individuos que han sido convictos de delitos sexuales o abuso contra menores. El mismo no tiene un propósito punitivo, sino que constituye un medio para garantizar la seguridad, protección y bienestar general de los menores y víctimas de delitos sexuales.

“Artículo 6.- Notificación a las Agencias del Orden Público y a la Comunidad

La información que posee el Sistema sobre una persona registrada, según dispone esta Ley, será suministrada a las agencias del orden público y a las agencias de dependencias gubernamentales estatales o federales, en el desempeño de sus funciones, incluyendo al Departamento de la Vivienda y al Departamento de la Familia de Puerto Rico. También se le proveerá a toda persona, compañía u organización que así lo solicite por escrito y a las personas o instituciones privadas para las cuales esta información es de interés por la naturaleza de las actividades que llevan a cabo, ante la amenaza y el peligro que pueden representar para ellas las personas que cometen algunos de los delitos enumerados en esta Ley. Esto comprende, sin que se entienda como una limitación, a la víctima y sus familiares, las escuelas, las instituciones, y establecimientos de cuidado de niños, las instalaciones recreativas, las instituciones para niños y mujeres maltratados, a cada jurisdicción donde el ofensor sexual tenga su residencia, trabaje o estudie, y donde un cambio de residencia, trabajo o escuela ocurra; y a las agencias responsables de llevar a cabo las verificaciones de antecedentes necesarias para obtener un empleo, según la Sección 3 del National

Child Protection Act of 1993 (42 U.S.C. 5119a).

Ley Núm. 243 del año 2011

España

«5. Será requisito para el acceso y ejercicio a las profesiones, oficios y actividades que impliquen contacto habitual con menores, el no haber sido condenado por sentencia firme por algún delito contra la libertad e indemnidad sexual, que incluye la agresión y abuso sexual, acoso sexual, exhibicionismo y provocación sexual, prostitución y explotación sexual y corrupción de menores, así como por trata de seres humanos. A tal efecto, quien pretenda el acceso a tales profesiones, oficios o actividades deberá acreditar esta circunstancia mediante la aportación de una certificación negativa del Registro Central de delincuentes sexuales.»

Artículo 1. Objeto y ámbito 1. Este real decreto tiene por objeto crear y regular la organización y funcionamiento del Registro Central de Delincuentes Sexuales previsto en la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, así como el régimen de inscripción, consulta, certificación y cancelación de los datos contenidos en aquél.

Artículo 3. Naturaleza y finalidad. 1. El Registro Central de Delincuentes Sexuales constituye un sistema de información, de carácter no público y gratuito, relativo a la identidad, perfil genético, penas y medidas de seguridad impuestas a aquellas personas condenadas en sentencia firme por cualquier delito contra la libertad e indemnidad sexuales o por trata de seres humanos con fines de explotación sexual, incluyendo la pornografía, regulados en el Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, con independencia de la edad de la víctima. Esta información se referirá a las condenas dictadas tanto en España como en otros países, en particular los Estados miembros de la Unión Europea y del Consejo de Europa. 2. La finalidad del Registro es contribuir a la protección de los menores contra la explotación y el abuso sexual, con independencia de quién sea el autor del delito, mediante el establecimiento de un mecanismo de prevención que permita conocer si quienes pretenden el acceso y ejercicio de profesiones, oficios y actividades que impliquen el contacto habitual con menores, carecen o no de condenas penales por los delitos

a los que se refiere el apartado anterior. Asimismo, el Registro tiene como fin facilitar la investigación y persecución de los delitos a que se refiere el presente real decreto con objeto de proteger a las víctimas menores de edad de la delincuencia sexual, introduciendo medidas eficaces que contribuyan a la identificación de sus autores y de cooperación con las autoridades judiciales y policiales de otros países, en particular con los Estados miembros de la Unión Europea y del Consejo de Europa.

Ley 26/2015, de 28 de julio (Ref. BOE-A-2015-8470).

Real Decreto 1110/2015, de 11 de diciembre, por el que se regula el Registro Central de Delincuentes Sexuales.

BOE 312/2015, de 30 de diciembre de 2015 Ref Boletín: 15/14264

Inglaterra

El registro de violadores en Inglaterra es conocido como ViSOR (Violent and Sex Offender Register) y obliga, bajo el marco del “Sexual offences act 2003”, a todos aquellos que hayan tenido condenas por delitos sexuales por más de 12 meses, a registrarse en una base de datos a la que solo tiene acceso la Policía y otras entidades estatales relacionadas.

Las prohibiciones para los violadores de trabajar con niños están contenidas en la sección 142 del “Education act 2002” también conocido como “Lista 99”.

Safeguarding Vulnerable Groups Act 2006

10.2 Del breve ejercicio de legislación comparada expuesto, se evidencia que existen distintas formas de avanzar el marco de protección de los derechos de los niños. También encuentra la Corte que existen múltiples formas de ponderar los principios en colisión, que para el caso colombiano tienen rango constitucional como son el “habeas data penal”, la resocialización, y los derechos fundamentales a la dignidad humana, e incluso, la afectación que pueda generarse a la honra y buen nombre, derecho que también se verían restablecidos ante el cumplimiento de la condena penal; y por otra parte, el marco de protección constitucional reforzada sobre los derechos de los niños.

Las soluciones legislativas antes reseñadas reflejan la cultura jurídica en la que está inmerso cada ordenamiento jurídico, así como su concepción sobre el castigo, la función de las penas, las posibilidades que tiene el infractor de alcanzar la resocialización, y por otra parte, el marco de protección hacia los menores de edad. El común denominador de la legislación comparada es disponer una inhabilidad en el desempeño como educador a la persona condenada por agresiones sexuales. Incluso, en algunos casos la exclusión se amplía a otros ámbitos diferentes al escolar, como por ejemplo, la restricción de acceso a parques públicos en donde se presume se encuentra mayoritariamente los menores de edad. En algunos casos la inhabilidad tiene un límite temporal, pero en la mayoría de los casos, se extiende a perpetuidad.

Otro aspecto a destacar del anterior cuadro comparativo es el acceso a la información sobre los antecedentes penales, la cual tiene distintos grados y que está en relación directa sobre las consideraciones de la idoneidad para la instrucción de menores de edad. En algunas situaciones se restringe por orden judicial y previa manifestación de un interés legítimo, en otros casos, existe un libre acceso con una plena identificación del agresor que incluye información personal como lugar de residencia, foto, señales para su identificación como tatuajes, entre otros.

Lo anterior, a manera simplemente ilustrativa y con la intención de brindar algunos elementos a la discusión pública sobre el tratamiento penal, disciplinario y, especialmente, en términos de idoneidad en situaciones límite, como aparece en el presente caso, en aras de garantizar el marco constitucional reforzado al que tienen derechos los niños, niñas y adolescentes, pero a su vez, siendo respetuoso del principio de resocialización en materia penal y disciplinaria.

III. CASO CONCRETO

Estudio de la procedibilidad de la acción de tutela

1. En el estudio de los requisitos para la procedencia de la acción de tutela, la Sala de Revisión consideró pertinente analizar dos elementos relevantes a saber: la legitimación por activa, para determinar si se trata de un caso de agencia oficiosa. En segundo lugar, considerando la argumentación del juez de única instancia que negó el amparo ante la existencia de otro mecanismo de defensa judicial, la Corte analizará si se acredita el

requisito de subsidiariedad, para determinar si es procedente o no la acción de tutela.

El profesor que interpuso la acción de tutela actuó como agente oficioso de los estudiantes del colegio

En efecto, en el apartado de los fundamentos por los cuales considera que se ponen en riesgo los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes del colegio, el docente explica que acudió al mecanismo constitucional para garantizar los derechos a la protección integral (artículo 7), al interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes (artículo 8), la prevalencia de los derechos (artículo 9), la exigibilidad de los derechos (artículo 11) y el derecho a la integridad personal (artículo 18) del Código de Infancia y Adolescencia (Ley 1098 de 2006). Asimismo, debe tomarse en consideración que según el precedente jurisprudencial que en esta ocasión se reitera (consideración 4.3), la Corte presume que los niños, niñas y adolescentes estudiantes del colegio no están en capacidad de asumir su propia defensa, razón por la cual tampoco era necesario manifestarlo expresamente en la acción de tutela.

3. En consecuencia, y reiterando el precedente jurisprudencial que ha consolidado la Corte Constitucional sobre la figura procesal de la agencia oficiosa a favor de los niños, si bien el accionante no manifestó expresamente estar actuando como tal, de su escrito se deriva de forma diáfana que su interés es la protección de los derechos de los niños para prevenir la amenaza o vulneración de sus derechos fundamentales, garantizar el interés superior del menor y su carácter prevalente. De igual forma, como ya se indicó, la Corte presume que los estudiantes del colegio, por ser menores de edad, no están en capacidad de asumir directamente la defensa de sus derechos fundamentales. Por lo anterior, para la Corte en el caso concreto se encuentra acreditado el requisito de legitimidad por activa, toda vez que el docente accionante interviene como agente oficioso de derechos ajenos, en este caso, de los estudiantes del Colegio.

La acción de tutela es procedente como mecanismo transitorio en la presente causa

4. Sobre el segundo aspecto procedimental, el otro mecanismo de defensa judicial, el juez de única instancia consideró que la jurisdicción ordinaria era idónea y eficaz, y por lo tanto, debía tramitarse por la vía de la nulidad y restablecimiento del derecho. El juez de instancia llega a esta conclusión, como quiera que la pretensión de la acción de tutela es

que el señor Rector del Colegio sea retirado de su cargo, en razón al riesgo que implica para los estudiantes sus antecedentes penales. Como se explicó anteriormente, el precedente de la Corte Constitucional en materia de procedibilidad de la acción de tutela, ante la existencia de otro mecanismo de defensa judicial deberá examinar si se está ante la presencia de un perjuicio irremediable que haga procedente la acción de tutela de forma transitoria, y a su vez, establecer si el mecanismo ordinario de defensa es idóneo y eficaz, en tanto brinda un marco de protección equiparable a la acción de tutela para tener la capacidad de desplazar al mecanismo constitucional.

5. Para este caso, el mecanismo contencioso-administrativo permitiría examinar a fondo el proceso de selección a través del cual el señor Luis Alfonso Cano Bolaño obtuvo el nombramiento de Rector en la Institución Educativa, de forma tal que se investigue en detalle el curso de la convocatoria 211 de 2012, su inclusión en lista de elegibles por medio de la resolución 1363 del 9 de abril de 2015 de la Comisión Nacional del Servicio Civil, así como la audiencia pública de elección del 5 de junio de 2015, y finalmente la aceptación posesión del cargo en periodo de prueba, y posteriormente su nombramiento en propiedad.

6. Sin embargo, cuando se examina en detalle la acción de tutela, se encuentra que no está dirigida a cuestionar el procedimiento que las diferentes estancias administrativas adelantaron para el nombramiento del señor Cano en el cargo de Rector del Colegio, ya que de serlo así, le asistiría la razón al juez de única instancia, y la acción de tutela resultaría improcedente, ya que el juez natural para examinar la legalidad de los actos administrativos y el procedimiento desplegado es la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

7. La vía ordinaria de lo contencioso administrativo en el presente caso no tiene la capacidad para analizar el marco constitucional reforzado que tienen los menores de edad, en tanto que lo contencioso administrativo se enmarca dentro de los límites legales y administrativos, mientras que la tutela hace referencia al marco constitucional y la especial protección que brinda el bloque de constitucionalidad sobre los derechos de los niños. En este sentido, para la Corte Constitucional la vía ordinaria carece de la idoneidad y eficacia para la protección de los derechos fundamentales en cuestión.

8. Por otra parte, debe considerarse que en criterio del accionante, son los antecedentes

penales del señor Luis Alfonso Cano Bolaño, que al haber sido condenado por los delitos de acceso carnal abusivo y pornografía infantil, ponen en riesgo a los estudiantes del Colegio y sus derechos fundamentales. En efecto, para la Sala de Revisión, en principio, en la Institución Educativa se creó una situación de aparente riesgo que de forma inminente y permanente se ceñía sobre los estudiantes, ante la situación inédita de una persona que tiene antecedentes por delitos sexuales con niños, a quién se encarga las funciones de máxima autoridad ética, administrativa y pedagógica al interior del colegio, al ostentar el cargo de Rector.

9. De conformidad con estas consideraciones, para la Sala de Revisión resulta errado considerar que el accionante cuenta con otro mecanismo de defensa judicial, ya que la vía ordinaria no tiene la capacidad para plantear la eventual vulneración o amenaza de los derechos fundamentales de los niños, y por lo tanto, este mecanismo no puede desplazar a la acción de tutela. A su vez, el juez de instancia no consideró la situación particular y concreta que en el presente asunto se generó al momento en que el señor Luis Alfonso Cano Bolaño fue nombrado como rector del colegio, como autoridad sobre los estudiantes, creando un riesgo, así fuera mínimo, de producirse un perjuicio irremediable sobre los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, que dado el carácter prevalente y en aras de garantizar su interés superior, le permitían al juez constitucional estudiar la acción de tutela de fondo para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

10. En consecuencia, considera la Sala de Revisión que la acción de tutela es procedente como mecanismo transitorio ante la constatación de un posible riesgo con la capacidad de conducir hacia un perjuicio irremediable. Resalta la Sala que el presente caso involucra de forma directa los derechos fundamentales de los niños, y el marco constitucional reforzado de protección permite, con el fin de garantizar la prevalencia de sus derechos y su interés superior, la procedencia de la tutela de manera transitoria.

Primer problema jurídico: no hubo vulneración al habeas data penal

11. Una vez despejados los aspectos procedimentales, pasa la Sala de Revisión a estudiar los problemas jurídicos de fondo. Respecto al primer problema jurídico, si se vulnera el derecho fundamental al habeas data penal al revelarse los antecedentes penales del señor Luis Alfonso Cano Bolaño, a pesar que desde el año 2010 se declaró la extinción de su pena,

y en consecuencia, debería primar la circulación restringida de sus antecedentes penales y la resocialización. Incluso, en su defensa, el señor Luis Alfonso Cano alegó su “derecho al olvido”, y en su sentir, dicha información nunca debió hacerse pública. 0

La no supresión del dato negativo para el caso del habeas data penal

12. La Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que en materia de derecho penal no se puede predicar un pretendido “derecho al olvido” como se ha reconocido en los casos de información crediticia. Esta es una diferencia fundamental entre el derecho al “habeas data” y el “habeas data penal”. Sobre este punto en particular, la jurisprudencia unificada de la Corte Constitucional realizó las siguientes consideraciones explicando que no hay tal derecho a suprimir de forma total y definitiva el dato negativo referente al antecedente penal, sino a su circulación restringida. En palabras de la Corte:

“Como se indicó a partir de la consideración 18 de este fallo, la facultad de suprimir es una de las conductas reconocidas por la Corte como pretensiones subjetivas de creación jurisprudencial suficientemente reconocida en la jurisprudencia constitucional. Sin embargo, en este caso la facultad de suprimir no es absoluta, ni incluye la pretensión de desaparición total de la información sobre antecedentes de la base de datos respectiva. La facultad de supresión debe entenderse en juego dinámico con el resto de los principios de administración de información personal, y sobre todo, en relación con el principio de finalidad. Es claro que la conservación de los antecedentes penales cumple finalidades constitucionales y legales legítimas a las que ésta Corte ha hecho constante referencia (moralidad de la función pública, aplicación de la ley penal, actividades de inteligencia, ejecución de la ley). Por tanto, considera la Corte que no hace parte del derecho de habeas data en su modalidad suprimir, la facultad de exigir al administrador de la base de datos sobre antecedentes penales, la exclusión total y definitiva de tales antecedentes. En este caso, no hay, en los términos de la sentencia T-414 de 1992, un derecho al olvido como tal. No lo puede haber, al menos, mientras subsistan las finalidades constitucionales del tratamiento de este tipo específico de información personal” [61]. (Énfasis propio).

13. Del anterior razonamiento de la Corte Constitucional se desprende que existen fines constitucionales legítimos que impiden que el antecedente penal pueda eliminarse, como si el mismo nunca hubiera existido. Si bien la supresión como el no almacenamiento ni

circulación de datos personales es posible en materia de obligaciones de carácter crediticio, lo mismo no se predica para asuntos penales, ya que no son equiparables. La supresión total de información sobre asuntos crediticios tiene como finalidad la recuperación del historial comercial y financiero que le permita al sujeto su posterior acceso, en tanto que el bien jurídico a proteger es el cumplimiento de obligaciones dinerarias, las cuales en principio, no involucra de forma evidente derechos fundamentales.

14. Sin embargo, el mismo análisis no es posible frente a las condenas judiciales, y en este caso en particular, las de carácter penal. Aquí los derechos fundamentales de las víctimas, en un ejercicio de ponderación tienen una protección constitucional reforzada, comoquiera que estas son titulares de los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación, valores a los que se les ha adscrito un peso constitucional importante. Ello sin perjuicio de las otras funciones que cumple el antecedente penal como lo indicó la cita antes transcrita. Por lo anterior, no le asiste razón al señor Luis Alfonso Cano Bolaño cuando invoca en su defensa un pretendido “derecho al olvido”, que como se argumentó, no existe en materia penal. Pero lo anterior no implica necesariamente que exista un acceso libre e irrestricto a los antecedentes penales del señor Cano, sino que como lo ha indicado la Corte Constitucional, dicho dato negativo se impone el principio de circulación restringida, el cual debió operar en el caso concreto.

El ámbito de protección del habeas data penal en el presente asunto

14. La pretensión del accionado, Luis Alfonso Cano Bolaño, de mantener oculta la información sobre sus antecedentes penales, como ya se explicó carece de justificación constitucional. Sin embargo, esto no desvirtúa el marco de protección que ofrece el habeas data penal del cual es titular el señor Cano Bolaño, y por lo tanto, la información negativa sobre sus antecedentes penales debió someterse al principio de circulación restringida. La Sala de Revisión no puede ser indiferente a las cautelas que demanda el manejo del dato negativo del señor Luis Alfonso Cano Bolaño, y por lo tanto, merecía un tratamiento respetuoso de su derecho al habeas data penal, el cual no recibió.

Al respecto, la Corte advierte que la forma y el momento en que se reveló el dato negativo del señor Cano, no se ajustó a los estándares constitucionales aquí reseñados. Los

antecedentes penales del señor Cano Bolaño debieron conocerse antes de su nombramiento en el periodo de prueba, y por las autoridades administrativas correspondientes, en este caso, la Secretaría de Educación del Tolima, con el fin de garantizar el principio de circulación restringida. No obstante, esto no ocurrió en su caso, sino que por el contrario, la información se conoció con posterioridad a su nombramiento como Directivo Docente, cuando ya se había tomado posesión del cargo y llevaba cuatro (4) meses en el ejercicio del mismo. Tampoco se conoció por las autoridades competentes, sino que su difusión se dio a través de los medios de comunicación.

Sin que el presente juicio pretenda desconocer el derecho fundamental a la libertad de expresión que gozan los medios de comunicación, su ejercicio está sometido a los límites que fija la Constitución y en este caso, la Sala de Revisión rechaza que el dato negativo sobre el señor Cano se utilizó para generar estigmatización y discriminación por los delitos cometidos. La difusión de esta información minimizó e incluso omitió referencia alguna al pago de sus deudas penales, la extinción de su condena, así como la resocialización y la no reincidencia, asociados a su comportamiento pos-delictual. Para la Sala no es ajeno que el señor Cano Bolaño está amparado por el derecho fundamental del habeas data penal, y por lo tanto, la información sobre sus antecedentes judiciales tiene protección constitucional, en aras de evitar que se le estigmatice y discrimine por su infracción a la ley penal, ante el cumplimiento de su condena y su extinción, ya que de otra forma, se desvirtuaría el principio de resocialización antes desarrollado (consideración 7).

16. Sin embargo, como se mencionó de forma precedente, la protección constitucional del habeas data penal, no implica la supresión del dato negativo, sino su circulación restringida, por lo tanto, el juez constitucional debe considerar que en el presente caso las autoridades administrativas debieron conocer el dato negativo sin desconocer los derechos fundamentales del señor Cano. En efecto, en el presente asunto el juez constitucional está ante la decisión libre y espontánea del señor Luis Alfonso Cano Bolaño de participar en el concurso de méritos para Docentes y Directivos Docentes convocado por la Comisión Nacional del Servicio Civil en el acuerdo 0255 del 2 de octubre de 2012. Ante esta decisión del señor Cano, el dato negativo es de la mayor relevancia, y bajo este contexto, el conocimiento de sus antecedentes judiciales resultaba adecuado de conformidad con los principios de finalidad, necesidad, utilidad y circulación restringida, que orientan la administración del dato negativo penal, debidamente acreditados como se pasa a indicar, y

por lo tanto, no se puede predicar una vulneración del derecho fundamental al habeas data penal.

17. Como se estipuló en la consideración 8.7, para poder revelarse el dato negativo del antecedente penal debe verificarse la presencia de una finalidad constitucional legítima, que sea definida de forma clara, suficiente y previa. Para el caso del señor Cano Bolaño, el acuerdo 0255 del 2012 “Por el cual se convoca a concurso abierto de méritos para proveer los empleos vacantes de Directivos Docentes y Docentes de preescolar, básica, media y orientadores, en establecimientos educativos oficiales que prestan su servicio a población mayoritaria, ubicados en la entidad territorial certificada en educación Departamento del Tolima - Convocatoria No. 211 de 2012”, definió de manera previa el conocimiento de sus antecedentes penales. En el mencionado acuerdo, la Comisión Nacional del Servicio Civil en el artículo 15 fijó los requisitos para hacer parte de la lista de elegibles y tomar posesión del cargo, indicando la ausencia de inhabilidades para ser servidor público. Este fin es constitucionalmente legítimo, en tanto que dicha medida busca la protección de principios constitucionales como la moralidad administrativa, el interés general, el interés superior del menor de edad y la prevalencia de sus derechos fundamentales. Dado que los antecedentes penales constituyen el medio de prueba para determinar si se está en curso de una inhabilidad, encuentra la Corte que el principio de finalidad se encuentra acreditado.

En cuanto al principio de necesidad, la Corte indicó que la información debe ser la estrictamente necesaria para el cumplimiento de la finalidad antes descrita, esto es, verificar o no la existencia de una inhabilidad, como lo estipuló la convocatoria antes mencionada. En este caso, la información se circunscribía únicamente a conocer, i) los delitos penales por los cuales fue condenado y si fueron a título de dolo; ii) las sanciones que le fueron impuestas; y iii) la duración de las penas. Sobre el principio de utilidad, la información sobre los antecedentes penales era útil para verificar la existencia o no de la inhabilidad. En este caso se restringía a examinar si existían o no, las circunstancias que define la norma que le impidieran tomar posesión del cargo.

18. En conclusión encuentra la Sala de Revisión que no es contrario al habeas data penal ni a los fines de la resocialización penal, el acceso restringido a los antecedentes penales del señor Luis Alfonso Cano Bolaño. Por el contrario, se trata de información relevante que debió ser conocida oportunamente por las autoridades administrativas encargadas del

proceso de selección de directivos docentes. Esta circulación del dato resultaba no solamente acorde con los principios de finalidad, necesidad, y utilidad que ostentan la administración del dato negativo penal, si no indispensable para verificar la existencia de inhabilidades, y por esa vía, la idoneidad del aspirante del cargo, como se pasa a estudiar a continuación.

La extinción de la sanción penal del señor Luis Alfonso Cano Bolaño y las inhabilidades para desempeñar cargos públicos

19. De acuerdo con las pruebas obrantes en el expediente, el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Barranquilla, el 14 de julio de 2010 declaró la extinción de la pena principal impuesta al señor Cano Bolaño, la cual consistía en prisión de 8 años, y la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término. Desde el momento en que quedó ejecutoriada la decisión, el 26 de julio de 2010 cuando se notificó, el señor Cano Bolaño recuperó el ejercicio pleno de su ciudadanía, sus derechos civiles y políticos, y de acuerdo con las funciones constitucionales de la resocialización, el señor Cano Bolaño podía reconstruir su vida en libertad y desempeñarse en el ámbito laboral sin ser objeto de discriminaciones originadas en su condena.

En su contestación a la acción de tutela, la Secretaría de Educación y Cultura del Tolima estimó que la extinción de la pena era suficiente para establecer que el señor Luis Alfonso Cano Bolaño no se encontraba inhabilitado para el cargo de Directivo Docente. No obstante, para la Sala de Revisión, según las consideraciones esbozadas en el apartado 9.6, debe distinguirse entre la inhabilidad sancionatoria, producto del proceso penal, de la inhabilidad por idoneidad para el acceso a cargos públicos. En el primer caso, la condena penal sobre Luis Alfonso Cano Bolaño contempló la pena accesoria de interdicción de derechos para el ejercicio de cargos públicos, la cual tuvo una duración de ocho (8) años y finalizó cuando quedó ejecutoriada la decisión del juez que extinguió la pena. No obstante, el Código Disciplinario Único, contempla una inhabilidad adicional para acceder a cargos públicos, que no puede ser considerada como una sanción punitiva o disciplinaria del Estado, sino que por el contrario, se busca garantizar la idoneidad de la persona que pretende acceder al cargo público. Por lo tanto, la verificación que debía hacer la Secretaría de Educación del Tolima no se podía limitar a la extinción de la sanción penal, sino que a su vez, debió estudiar las inhabilidades que dispone el Código Disciplinario Único para los funcionarios

públicos.

20. En efecto, de acuerdo con las reglas del concurso docente Convocatoria No. 211 de 2012, definidas en el Acuerdo 0255 del 2 de octubre de 2012 de la Comisión Nacional del Servicio Civil, el artículo 15 inciso segundo definió los requisitos que debe acreditar el aspirante. Expresamente indicó:

“ARTÍCULO 15º.- REQUISITOS

Ante una eventual inclusión en la lista de elegibles y nombramiento en periodo de prueba, el aspirante deberá acreditar los requisitos generales de posesión del cargo, entre otros: no tener antecedentes disciplinarios y fiscales que le impidan tomar posesión, y en el caso de los hombres, tener definida la situación militar en las condiciones de edad previstas en las normas vigentes”.

21. El Código Disciplinario Único en su capítulo cuarto dispone del conjunto de inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades, y conflicto de intereses para desempeñar cargos públicos. El artículo 38 dispone otras inhabilidades. Entre ellas, el numeral primero define la siguiente:

“Artículo 38. Otras inhabilidades. También constituyen inhabilidades para desempeñar cargos públicos, a partir de la ejecutoria del fallo, las siguientes:

1. Además de la descrita en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política, haber sido condenado a pena privativa de la libertad mayor de cuatro años por delito doloso dentro de los diez años anteriores, salvo que se trate de delito político”.

22. En el proceso penal en el que fue condenado el señor Luis Alfonso Cano Bolaño se desprenden las siguientes conclusiones que evidencian la inhabilidad en que estaba incurso. En primer lugar, la pena principal impuesta fue privativa de la libertad. En segundo lugar, su condena fue inicialmente por 5 años y luego fue aumentada a 8 años. En tercer lugar, los delitos por los cuales fue condenado, “acceso carnal abusivo con menores de catorce (14) años en concurso con varios de pornografía con personas de similar edad cronológica”, fueron imputados con dolo.

23. Tomando en consideración que la inhabilidad contenida en el C.D.U. tiene una duración

de diez (10) años, la Sala de Revisión constató que al momento de la posesión del cargo, aún estaba vigente la inhabilidad. La Sala de Revisión encontró que la condena penal del señor Luis Alfonso Cano Bolaño quedó en firme cuando la Corte Suprema de Justicia desestimó el recurso de casación, ante el tránsito a cosa juzgada de dicha decisión. La decisión de la Corte Suprema de Justicia quedó ejecutoriada a través del Edicto 156 en el que consta que en la causa 18.401 el Alto Tribunal dictó sentencia el día 29 de junio de 2005. El edicto se fijó desde el 14 de julio de 2005, el cual permaneció hasta el 18 de julio del mismo año, cuando se desfijó.

24. Sobre el anterior análisis temporal, la Sala de Revisión acoge plenamente el precedente jurisprudencial de esta Corte sobre la ejecutoria de las decisiones judiciales, el cual establece que los efectos de las decisiones judiciales surte efectos desde su notificación, y no desde el momento mismo en que se adoptó la decisión. El anterior precedente se encuentra contenido en la sentencia C-641 de 2002. En dicha sentencia la Corte Constitucional estudió la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 187 de la ley 600 del año 2000, Código de Procedimiento Penal. La norma disponía lo siguiente:

“ARTICULO 187. EJECUTORIA DE LAS PROVIDENCIAS. Las providencias quedan ejecutoriadas tres (3) días después de notificadas si no se han interpuesto los recursos legalmente procedentes.

La que decide los recursos de apelación o de queja contra las providencias interlocutorias, la consulta, la casación, salvo cuando se sustituya la sentencia materia de la misma y la acción de revisión quedan ejecutoriadas el día en que sean suscritas por el funcionario correspondiente (...).”.

De acuerdo con el tenor literal de la norma, la providencia judicial que decide el recurso de casación, cuando no se sustituye la decisión objeto del recuso, queda ejecutoriada el día en que fue suscrita por el funcionario correspondiente. No obstante, la Corte Constitucional consideró que esta interpretación no se ajustaba a la constitución por desconocer el debido proceso, dado que la norma permitía ejecutar decisiones antes de ser notificadas. Por lo tanto, la Corte Constitucional, no declaró la inconstitucionalidad de la norma sino que su lugar condicionó su interpretación, indicando que la ejecutoria de las decisiones judiciales “que decide los recursos de apelación o de queja contra las providencias interlocutorias, la

consulta, la casación”, sólo surte efectos jurídicos desde el momento de su notificación. En otras palabras, la ejecutoria de las decisiones judiciales como la del presente asunto, que desestimó el recurso de casación, sólo surtió efectos jurídicos una vez se procedió con el trámite de la notificación, y no antes, cuando fue adoptada la decisión. En consecuencia, y siguiendo el precedente jurisprudencial reseñado, la ejecutoria de la sanción penal impuesta al señor Luis Alfonso Cano Bolaño se dio el día 18 de julio de 2005 cuando se desfijó el edicto que notificó la sentencia de la Corte Suprema de Justicia. Ahora bien, la inhabilidad del artículo 38 del C.D.U. para el señor Luis Alfonso Cano Bolaño se extiende por un lapso de diez años desde el momento de la ejecutoria de su condena. De tal forma que si la condena quedó ejecutoriada el 18 de julio de 2005, su inhabilidad se extendió hasta el 18 de julio del año 2015, cuando se cumplen los 10 años que dispone el C.D.U. Por lo tanto, al momento en que debía acreditarse la ausencia de inhabilidad, no había transcurrido el tiempo que dispone la norma para la cesación de sus efectos.

De lo anterior se concluye que al momento del nombramiento en periodo de prueba, el aspirante no acreditó los requisitos necesarios, al presentar antecedentes disciplinarios, que lo inhabilitaban para ser nombrado en periodo de prueba en el cargo de Directivo Docente. A pesar que existe disparidad en la fecha de la posesión que informó la Secretaría de Educación del Tolima, en las dos (2) fechas reportadas se encontraba vigente la inhabilidad indicada. Al respecto, la Secretaría de Educación y Cultura del Tolima en una primera respuesta argumentó que el señor Cano “tomó posesión del cargo el 13 de julio de 2015”, fecha en la que coincide con lo señalado por el accionante, como consta en su escrito de tutela (Hecho 1.1). Sin embargo, cuando el Magistrado Sustanciador le preguntó a la Secretaría de Educación del Tolima expresamente por la fecha de posesión del señor Luis Alfonso Cano Bolaño, su respuesta fue: “el día 8 de julio del año 2015, se llevó a cabo una convocatoria masiva para nombrar en periodo de prueba y posesionar a más de 700 docentes y Directivos docentes (...) Referente al señor Luis Alfonso Cano Bolaños, el mismo día 8 de julio de 2015, se le comunicó personalmente la Resolución No. 1006 del día 23 de junio de 2015, por medio del cual, se efectuó nombramiento en periodo de prueba, para desempeñarse el cargo como Rector de la Institución Educativa Técnica Industrial Antonio Herrán Zaldúa, quien tomara posesión el mismo 8 de julio de 2015, para ejercer el respectivo cargo” (énfasis fuera de texto).

Pese a que la Secretaría de Educación y Cultura informó al Magistrado Sustanciador dos

fechas distintas de la posesión del señor Cano, el 8 y 13 de julio de 2015, lo cierto es que en ambas fechas el aspirante, Luis Alfonso Cano Bolaño se encontraba inhabilitado, dado que la inhabilidad del artículo 38 del C.D.U. se extendió hasta el 18 de julio de 2015.

25. De lo hasta aquí expuesto la Sala de Revisión concluye: i) la Secretaría de Educación y Cultura del Tolima tenía a su cargo la verificación de los antecedentes penales y disciplinarios de los aspirantes incluidos en la lista de elegibles para ser nombrados en periodo de prueba, como lo establece el artículo 15 del Acuerdo 0255 de 2012 antes citado; ii) el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Barranquilla extinguió la pena accesoria de interdicción de derechos para el ejercicio de cargos y funciones públicas por la cual fue condenado el señor Luis Alfonso Cano Bolaño. No obstante, este hecho no lo habilitaba inmediatamente para poder ocupar el cargo de Directivo Docente de la Institución Educativa. Al respecto, se debe distinguir la inhabilidad producto de la sanción penal por las conductas cometidas por el señor Luis Alfonso Cano Bolaño, de la inhabilidad que objetivamente dispone el C.D.U. para garantizar la idoneidad para ocupar cargos públicos. Por lo tanto, la Secretaría de Educación y Cultura del Tolima no podía limitarse a verificar la extinción de la sanción penal que inhabilitó al señor Cano Bolaño por espacio de ocho (8) años, sino que a su vez, debió estudiar las inhabilidades adicionales, consignadas en el artículo 38 del C.D.U., para ejercer cargos públicos; iii) la Secretaría de Educación y Cultura del Tolima adjuntó la consulta del Certificado de Antecedentes, Certificado Ordinario No. 73439806 del 4 de julio de 2015 emitido por la Procuraduría General de la Nación, la cual certificó que el señor Luis Alfonso Cano Bolaño no registra sanciones ni inhabilidades vigentes. No obstante, la verificación de los antecedentes penales debió darse a través del certificado especial[62] y no el ordinario[63], ya que este último no registra las inhabilidades que demanda el cargo de Directivo Docente, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 38 del C.D.U.[64].

En consecuencia, ante la constatación de que el señor Luis Alfonso Cano Bolaño se encontraba incurso en la inhabilidad de que trata el artículo 38 numeral 1º del C.D.U. al momento del nombramiento en periodo de prueba como Directivo Docente, se le ordenará a la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Tolima que proceda a la revocatoria del acto particular y concreto, en los términos que establece el artículo 97 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (C.P.A.C.A.), para lo cual deberá obtener el consentimiento previo, expreso y por escrito del señor Luis

Alfonso Cano Bolaño. Si el titular del derecho, el señor Cano Bolaño se negara a dar su consentimiento, la Secretaría de Educación y Cultura del Tolima deberá proceder inmediatamente a demandar el acto administrativo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, ejerciendo la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, artículo 138 del C.P.A.C.A.

Segundo problema jurídico: exhorto al Legislador para consagrar una inhabilidad para personas condenadas por violencia sexual para desempeñar labores que impliquen una relación continua y permanente con menores de edad

26. Finalmente, y en estrecha relación con el segundo problema jurídico aquí planteado, la Sala de Revisión se pregunta si en este caso concreto, puede considerarse que el simple paso del tiempo, ante el periodo de escasos días en que seguía vigente la inhabilidad, habría permitido dotar al señor Luis Alfonso Cano Bolaño de la idoneidad requerida para desempeñar labores docentes y pedagógicas en la Institución Educativa. Para despejar esta duda, es preciso referir a las funciones a cargo del Directivo Docente, como lo estipuló el acuerdo 0255 del 2012 del Consejo Nacional del Servicio Civil. Al respecto, el artículo 10 definió las funciones del cargo en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 10º. –FUNCIONES DE LOS DIRECTIVOS DOCENTES. Los directivos docentes son las personas que desempeñan las actividades de dirección, planeación, coordinación, administración, orientación y programación en las instituciones educativas y son responsables del funcionamiento de la organización escolar.

El Rector y el Director Rural tienen la responsabilidad de dirigir técnica, pedagógica y administrativamente la labor de un establecimiento educativo. Es una función de carácter profesional que, sobre la base de una formación y experiencia específica, se ocupa de lo atinente a la planeación, dirección, orientación, programación, administración y supervisión de la educación dentro de una institución, de sus relaciones con el entorno y los padres de familia, y que conlleva responsabilidad directa sobre el personal docente, directivo docente a su cargo, administrativo y respecto de los alumnos. Además cumple las funciones señaladas en el artículo 10 de la Ley 715 de 2001 y en las demás disposiciones legales sobre la materia.

27. A partir del marco de protección constitucional sobre los derechos de los niños que

hacen parte del bloque de constitucionalidad, el Estado, la sociedad y la familia deben procurar las mejores condiciones para el desarrollo de los niños, aún más dentro del ámbito escolar, en donde se llevan a cabo los procesos de educación no sólo desde una perspectiva académica, sino también formativa de ciudadano en principios éticos y respeto por los derechos fundamentales. Un cargo como el de Directivo Docente tiene importantes responsabilidades y funciones, en tanto máxima autoridad al interior de la Institución Educativa, que tiene un relacionamiento directo con todos los estamentos escolares, entre ellos a los docentes, acudientes y principalmente, los estudiantes. Estos últimos tienen en la figura del Rector a la máxima autoridad dentro del Colegio, de quién se espera los más altos estándares éticos ante la responsabilidad que asume en el ejercicio de su cargo. En consecuencia, se espera que el proceso de selección del personal docente y directivo en las Instituciones Escolares, ya sean públicas o privadas, respondan a los estándares más altos de idoneidad, no sólo en sus capacidades profesionales y directamente relacionados con los asuntos académicos, sino también éticos, y especialmente humanos para lo cual los empleadores o las entidades nominadoras deberán contar con las suficientes herramientas jurídicas que les permita realizar un proceso de selección en donde las consideraciones sobre la idoneidad del cargo puedan ser evaluadas a profundidad.

28. No obstante, la Sala de Revisión a partir del estudio del caso concreto logró constatar que existe un vacío legal en materia disciplinaria, en tanto no existe actualmente una norma legal que disponga un régimen de inhabilidades aplicable a los docentes. Por lo tanto, y como en ocasiones anteriores ha ordenado la Corte Constitucional[65], invocando el principio de colaboración armónica entre los distintos órganos constitucionales, consagrado en el artículo 113 de la Constitución, y ante la necesidad de un marco de protección vigoroso de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, que refleje su interés superior y la prevalencia de sus derechos fundamentales, es imperioso adoptar un régimen de inhabilidades para aspirantes a la carrera docente que tengan antecedentes penales por violencia sexual e intrafamiliar. En este orden de ideas, la Corte Constitucional exhortará al Ministerio de Educación, a la Defensoría del Pueblo, a la Procuraduría General de la Nación, y al Congreso de la República para que, dentro del marco de sus competencias, preparen y den curso a un proyecto de ley en donde se desarrolle el marco de protección de los derechos de los niños y estudien la posibilidad de imponer una inhabilidad para acceder a la carrera docente, si el aspirante tiene antecedentes penales por violencia sexual.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- LEVANTAR la suspensión de términos ordenada en el proceso de la referencia.

Segundo.- REVOCAR la sentencia del 15 de diciembre de 2015, proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Honda, dentro del expediente T-5.474.128, y en su lugar, CONCEDER la tutela de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, en los términos de esta providencia.

Tercero.- ORDENAR a la Secretaría de Educación y Cultura del Tolima que dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de esta sentencia, proceda a la revocatoria del acto particular y concreto, en los términos que establece el artículo 97 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo C.P.A.C.A., para lo cual deberá obtener el consentimiento previo, expreso y por escrito del señor Luis Alfonso Cano Bolaño. Si el titular del derecho, el señor Cano Bolaño se negara a dar su consentimiento, la Secretaría de Educación y Cultura del Tolima deberá proceder inmediatamente a demandar el acto administrativo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, ejerciendo la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, artículo 138 del C.P.A.C.A.

Cuarto.-EXHORTAR al Ministerio de Educación Nacional para que en cumplimiento de sus deberes constitucionales, promueva la presentación y trámite de un proyecto de ley que se ocupe de llenar el vacío normativo que existe en el Estatuto Docente en relación al régimen de inhabilidades aplicables a los docentes, y en especial, se examine la falta de idoneidad para ingresar a la carrera docente el aspirante que haya sido condenado por delitos sexuales.

Quinto.- ADVERTIR al Procurador General de la Nación sobre las dificultades encontradas con la administración de los antecedentes penales y el registro de inhabilidades especiales, de conformidad con la consideración 25, para que se adopten los correctivos que considere pertinentes.

Sexto.- EXHORTAR al Procurador General de la Nación para que en cumplimiento de sus deberes constitucionales, consagrados en los artículos 277 numeral 2º, y 278 numeral 3º de la Constitución, promueva la presentación y trámite de un proyecto de ley que se ocupe de llenar el vacío normativo que existe en el Estatuto Docente en relación al régimen de inhabilidades aplicables a los docentes, y en especial, se examine la falta de idoneidad para ingresar a la carrera docente el aspirante que haya sido condenado por delitos sexuales.

Sexto.- EXHORTAR al Defensor del Pueblo para que en cumplimiento de sus deberes constitucionales consagrados en el artículo 282 numeral 6º de la Constitución, promueva la presentación y trámite de un proyecto de ley que se ocupe de llenar el vacío normativo que existe en el Estatuto Docente en relación al régimen de inhabilidades aplicables a los docentes, y en especial, se examine la falta de idoneidad para ingresar a la carrera docente el aspirante que haya sido condenado por delitos sexuales.

Séptimo.- EXHORTAR al Congreso de la República para que en la medida de sus posibilidades tramite y apruebe un proyecto de ley que se ocupe de llenar el vacío normativo que existe en el Estatuto Docente en relación al régimen de inhabilidades aplicables a los docentes, y en especial, se examine la falta de idoneidad para ingresar a la carrera docente el aspirante que haya sido condenado por delitos sexuales.

Octavo.- Por conducto de la Secretaría de la Corte Constitucional, REMITIR al Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Barranquilla el expediente 08001-31-04-001-2000-000282-00 número CUE: 3285.

Noveno.- Por Secretaría LIBRAR las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] La Comisión Nacional del Servicio Civil anexó en medio físico los siguientes documentos: Resolución 0003 del 5 de enero de 2015 “Por la cual se delega la representación judicial y extrajudicial de la CNSC, en un funcionario del nivel asesor”. Acuerdo No. 255 del 12 de octubre de 2012. Resultados de las pruebas de Luis Alfonso Cano Bolaño. Resolución No. 1363 del 09 de abril de 2015 “Por la cual se conforma la Lista de Elegibles para proveer CUARENTA Y UN (41) vacantes de Directivo Docente RECTOR de las instituciones educativas oficiales, población mayoritaria, de la Entidad Territorial certificada en educación DEPARTAMENTO DEL TOLIMA con NIT 800.113.672-7, en el marco de la Convocatoria No. 211 de 2012”. Citación a audiencia pública presencial. Acta General de Audiencia Pública para proveer cargos de docentes de aula en las instituciones educativas de la entidad territorial Tolima – Resoluciones 1363 y 1376 del 09 de abril de 2015.

[2] En sus dos informes, la Secretaría de Educación y Cultura del Tolima, solicita que se adjunten como pruebas al expediente los siguientes: Decreto No. 2006 del día 23 de junio de 2015, mediante el cual fue nombrado en periodo de prueba al señor Luis Alfonso Cano Bolaño. Certificación expedida por la profesional de la Oficina de Planta y Personal de la Secretaría de Educación del Tolima. Anexo en 3 folios, antecedentes Disciplinarios, Fiscales, y judiciales del señor Luis Alfonso Cano Bolaños, consultados todos el 4 de julio de 2015. Resolución 1363 del 09 de abril de 2015 CNSC, por la cual se conforma la Lista de Elegibles. Anexo copia de la resolución 0207 del 23 de Febrero de 2010 CNSC por la cual se reglamenta las audiencias públicas para selección de plaza en Institución Educativa. Decreto de Encargo 1427 del 28 de junio de 2016. Las aportadas por el accionante en su tutela. Copia de la comunicación y copia de la posesión del mismo día 8 de julio de 2015, del señor Rector Luis Alfonso Cano Bolaño en la Institución Educativa Antonio Herrán Zaldúa, del Municipio de Honda Tolima. Certificación del día 14 de julio de 2016, mediante

el cual, el coordinador de dicha área informa las actividades realizadas por el señor Rector desde el día 1 de junio de 2016 en dicha área. Copia del acta de la reunión celebrada el día 17 de mayo de 2016, celebrada en las instalaciones de la Comisaría de Honda Tolima. Copia de la Resolución No. 2820 del día 31 de mayo de 2016, por medio de la cual, se le asignó unas funciones sin comisión a un Rector dentro de la planta Global de cargos de la Secretaría de Educación y Cultura del Tolima. Copia del decreto, mediante el cual fue nombrado en propiedad el señor rector Luis Alfonso Cano Bolaño.

[3] Esta misma declaración aparece de forma reiterada en las demás actas de las reuniones realizadas, como se puede constatar a folio 27 del cuaderno principal, en el acta de reunión ordinaria de docentes del 23 de noviembre de 2015.

[4] En la sentencia de primera instancia, el juez constató: “(...) el propio procesado afirma que hacía año y medio venía teniendo relaciones sexuales con menores (...)” Folio 20 Cuaderno de Copias N°. 1. Expediente 080013104001-2000-282-00

[5] Sobre el principio de informalidad en sede de tutela la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente: “De acuerdo con el principio de informalidad, la acción de tutela no se encuentra sujeta a fórmulas sacramentales ni a requisitos especiales, que puedan desnaturalizar el sentido material de protección que la propia Constitución quiere brindar a los derechos fundamentales de las personas por conducto de los jueces. Con la implementación de la acción de tutela quiso el constituyente del 91 satisfacer las necesidades de justicia material mediante el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre las formas procesales, motivo éste que explica por qué en el caso del amparo constitucional prevalece la informalidad. En aplicación de este principio, la presentación de la acción sólo requiere de una narración de los hechos que la originan, el señalamiento del derecho que se considera amenazado o violado, sin que sea necesario citar de manera expresa la norma constitucional infringida, y la identificación de ser posible de la persona autora de la amenaza o agravio. Adicionalmente, la presentación de la acción no requiere de apoderado judicial, y en caso de urgencia, o cuando el solicitante no sepa escribir, o sea menor de edad, podrá ser ejercida de manera verbal” Sentencia C-483 de 2008.

[6] Artículo 86 de la Constitución Política que fija los requerimientos mínimos en términos de titularidad, procedencia e improcedencia, contra quién se dirige, las órdenes, entre otros

aspectos.

[7] Decreto 2591 de 1991. Artículo 14 – Contenido de la solicitud. Informalidad. En la solicitud de tutela se expresará, con la mayor claridad posible, la acción o la omisión que la motiva, el derecho que se considera violado o amenazado, el nombre de la autoridad pública, si fuere posible, o del órgano autor de la amenaza o del agravio, y la descripción de las demás circunstancias relevantes para decidir la solicitud. También contendrá el nombre y el lugar de residencia del solicitante.

No será indispensable citar la norma constitucional infringida, siempre que se determine claramente el derecho violado o amenazado. La acción podrá ser ejercida, sin ninguna formalidad o autenticación, por memorial, telegrama u otro medio de comunicación que se manifieste por escrito, para lo cual se gozará de franquicia. No será necesario actuar por medio de apoderado.

En caso de urgencia o cuando el solicitante no sepa escribir o sea menor de edad, la acción podrá ser ejercida verbalmente. El juez deberá atender inmediatamente al solicitante, pero, sin poner en peligro el goce efectivo del derecho, podrá exigir su posterior presentación personal para recoger una declaración que facilite proceder con el trámite de la solicitud, u ordenar al secretario levantar el acta correspondiente sin formalismo alguno.

[8] En la sentencia T-899 de 2001 esta Corporación afirmó que: “La exigencia de la legitimidad activa en la acción de tutela, no corresponde a un simple capricho del legislador, sino que obedece al verdadero significado que la Constitución de 1991 le ha dado al reconocimiento de la dignidad humana, en el sentido de que, no obstante las buenas intenciones de terceros, quien decide si pone en marcha los mecanismos para la defensa de sus propios intereses, es sólo la persona capaz para hacerlo”. En este mismo sentido, las sentencias T-978 de 2006, T-912 de 2006, T-542 de 2006, T-451 de 2006, T-451 de 2006, T-356 de 2006 y T-809 de 2003.

[9] Al respecto la Corte Constitucional señaló: “4. La Corte Constitucional ha manifestado que la acción de tutela es una herramienta procesal preferente, informal, sumaria y expedita que pretende la protección de los derechos fundamentales de una persona que se ven vulnerados o amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública o particular. No obstante, estas características no relevan al demandante de cumplir ciertos requisitos

mínimos de procedibilidad, entre ellos demostrar la legitimación en la causa en el asunto respectivo” Sentencia T-619 de 2014. De igual forma, consultar las sentencias T-724 de 2004 y T-623 de 2005 entre muchas otras.

[10] El amplio precedente sobre la no aplicación de los requisitos de la agencia oficiosa cuando se busca la protección de los derechos de los niños está consignado en las sentencias: T-569 de 2005, T-197 de 2006, T-540 de 2006, T-551 de 2006, T-439 de 2007, T-647 de 2008 la cual recoge la amplia casuística en materia de agencia oficiosa a favor de los derechos de los niños, T-816 de 2007, T-120 de 2009, T-084 de 2011, T-197 de 2011, T-306 de 2011, T-844 de 2011, T-094 de 2013, T-546 de 2013, T-562 de 2013, T-598 de 2013, T-636 de 2013, T-767 de 2013, T-955 de 2013, T-397 de 2014, T-551 de 2014, T-619 de 2014.

[11] Sentencia T-647 de 2008.

[12] Sentencia T-851 de 2014.

[13] Ver, entre otras, las sentencias T-572 de 2009; T-090 de 2010; T-671 de 2010; T-502 de 2011; T-844 de 2011; y T-214 de 2014.

[14] Corte Constitucional. Sentencia SU-961 de 1999. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

[15] M.P. Luis Guillermo Guerrero

[16] Corte Constitucional. Sentencia SU-961 de 1999. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

[17] Al respecto, ver sentencias C-1003 de 2007, C-240 de 2009, C-055 de 2010, T-669 de 2012.

[18] Sentencia C-092 de 2002. M.P. Jaime Araújo Rentería

[19] Sentencia C-092 de 2002. M.P. Jaime Araújo Rentería

[21] Para el caso de los adolescentes, el artículo 45 superior reconoce su derecho a la protección y a una formación integral. Ahora bien, la distinción entre niño y adolescente

consagrada en la Carta, no excluye a los adolescentes de la protección especial otorgada a la niñez, sino que pretende hacerlos más participativos respecto de las decisiones que le conciernen, como lo manifestó en sentencia C-092 de 2002.

[22] Ver también sentencias T-415 y T-727 de 1998 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[23] Sobre el principio del interés superior del menor dijo la Corte: “cumple una importante función hermenéutica en la medida en que permite interpretar sistemáticamente las disposiciones de orden internacional, constitucional o legal que reconocen el carácter integral de los derechos del niño” Sentencia C- 273 de 2003.

[24] Especialmente, el marco de protección consagrado en los artículos 34, 35 y 36, los cuales disponen que: Artículo 34.

Los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los Estados Partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir:

- a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal;
- b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales;
- c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos.

Artículo 35

Los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma.

Artículo 36

Los Estados Partes protegerán al niño contra todas las demás formas de explotación que sean perjudiciales para cualquier aspecto de su bienestar.

[25] Artículo 44.

[26] Ver Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 13 “Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia”, Doc. CRC/C/GC/13 del 18 de abril de 2011. Parr. 14. Agrega el Comité: “(...) la aplicación del artículo 19 es una estrategia fundamental para reducir y prevenir todas las formas de violencia en las sociedades, “promover el progreso social y elevar el nivel de vida”, y fomentar “la libertad, la justicia y la paz en el mundo” para una “familia humana” en la que los niños tengan un lugar y un valor igual al de los adultos (preámbulo de la Convención)”. En esta observación también se explican las razones por las cuales la violencia pone en grave peligro la supervivencia de los niños y su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

[27] Se rescata el pie de página incluido en la sentencia T-388 de 2013 donde explica algunas decisiones de la justicia estadounidense y su condena a la pornografía infantil, al respecto señaló: “la pornografía infantil también ha sido objeto de una condena unánime y creciente. En los Estados Unidos, por ejemplo, en el caso de *New York v. Ferber*, 458 US 747, la Corte Suprema rechazó por unanimidad un cargo de primera enmienda contra una ley de Nueva York contra la pornografía infantil, que prohibía la distribución de materiales que mostraran niños involucrados en conductas sexuales. Ferber había sido condenado bajo tal ley, por vender, en su librería especializada en temas sexuales, dos películas de contenido sexual con niños jóvenes involucrados. La Corte Suprema declaró que su condena había sido constitucional, y declaró constitucional la ley; clasificó la pornografía infantil como una categoría de materiales completamente excluida de la protección de la primera enmienda, y explicó que los estados tienen mayor libertad para prohibir materiales que incluyen pornografía infantil, que la que tienen para regular la obscenidad. Afirmó que, independientemente de que los materiales sean o no obscenos, la categoría de pornografía infantil como un todo está excluida de la protección, por el interés estatal imperativo en proteger a los niños de la explotación y el abuso sexual, y asegurar su bienestar. Es irrelevante, para estos efectos, que el material tenga cualquier tipo de valor. Posteriormente, en *Osborne v. Ohio* (495 US 103, 1990), la Corte Suprema afirmó que la doctrina según la cual el derecho a la intimidad ampara la posesión de pornografía por adultos para su consumo en privado (caso *Stanley v. Georgia*) no es aplicable a la pornografía infantil, cuya mera posesión se puede criminalizar; los mismos intereses que justifican la eliminación de toda la cadena de distribución hacen posible criminalizar su

posesión”.

[28] Código Penal. Ley 599 de 2000. Artículos 4 y 5.

[29] Ver al respecto: Foucault, Michele (1975) Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión [Surveiller et punir. Naissance de la prison]. Siglo XXI. México, 2009. Melossi, Dario & Pavarini, Massimo (1977) Cárcel y Fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario [Carcere e fabbrica. Alle origini del sistema penitenziario]. Siglo XXI. México, 2010.

[30] Melossi y Pavarini dicen al respecto: “[...] en presencia de un sistema socioeconómico –como el feudal– donde no existía aún [...] la idea de ‘trabajo humano medido por el tiempo’ (léase: trabajo asalariado), la pena-retribución, como intercambio medido por valor, no estaba en condiciones de encontrar en la privación del tiempo un equivalente del delito. Al contrario, el equivalente del daño producido por el delito se encontraba en la privación de los bienes socialmente considerados como valores: la vida, la integridad física, el dinero, la pérdida de estatus.” Melossi, Dario & Pavarini, Massimo (1977) Cárcel y Fábrica. (p. 20). En este aspecto los autores siguen la teoría general del derecho de Evgueni B. Pasukanis.

[31] Melossi y Pavarini dicen al respecto: “En este sentido, el juicio sobre el crimen y el criminal no se hacía tanto para defender los intereses concretos amenazados por el acto ilícito cometido sino para evitar posibles [...] efectos negativos que pudieran estimular el crimen cometido. Por eso era necesario castigar al transgresor, porque sólo así se podía evitar una calamidad futura que podía poner en peligro la organización social. Es debido a ese temor del peligro futuro que el castigo debía ser espectacular y cruel, y provocar así en los espectadores una inhibición total de imitarlo. Si además la justicia divina era el modelo con el que se medían las sanciones, si el sufrimiento se consideraba socialmente como medio eficaz de expiación y de catarsis espiritual como enseña la religión, no existía ningún límite para la ejecución de la pena; de hecho, ésta se expresaba en la imposición de sufrimientos tales que pudieran de algún modo anticipar el horror de la pena eterna. La cárcel, en esta perspectiva, no resulta medio idóneo para tal objeto.” Melossi, Dario & Pavarini, Massimo (1977) Cárcel y Fábrica. (p. 20).

[32] Aunque estas instituciones surgen especialmente en el ámbito protestante, serán recibidas también en el mundo católico. Dice Darío Melossi al respecto: “[...] entre el siglo XVII y el siglo XVIII, una gran sensibilidad invade el mundo católico respecto de los

problemas del concreto objeto de la pena. En un escrito de finales del siglo XVII, publicado en forma póstuma en 1724, el benedictino francés Dom Jean Mabillon, reconsiderando la experiencia punitiva de tipo carcelario que había sido propia del derecho penal canónico, formula una serie de consideraciones que anticipan algunas de las afirmaciones típicas del iluminismo sobre el problema de la pena al crimen cometido y a la fuerza física y espiritual del reo, y el problema de la reintegración de éste en la comunidad, encuentran en Mabillon uno de sus primeros defensores.” Cárcel y trabajo en Europa y en Italia en el período de la formación del modo de producción capitalista en Melossi, Dario & Pavarini, Massimo (1977) Cárcel y Fábrica. (p. 54). De los delitos y las penas, la famosa obra de Cesare Beccaria sería publicado en 1764, años después de la obra de Mabillon.

[33] Dicen Melossi y Pavarini al respecto: “Existe, además, una hipótesis –en cierto sentido alternativa del sistema punitivo penal feudal– en la que está claramente presente la experiencia penitenciaria: el derecho canónico penal. || [...] El régimen canónico penitenciario conoció varias formas. Además de diferenciarse porque la pena se debía cumplir en la reclusión de un monasterio, en una celda o en la cárcel episcopal, tuvo distintas maneras de ejecutarse: a la privación de la libertad se añadieron sufrimientos de orden físico, aislamiento en calabozo (cella, carcer, ergastulum) y sobre todo la obligación del silencio. Estos atributos [...] tienen su origen en la organización de la vida conventual, muy en especial en sus formas de más acendrado misticismo. El influjo que la organización religiosa de tipo conventual tuvo sobre la realidad carcelaria, fue de tipo particular; la proyección sobre el ámbito público-institucional del original rito sacramental de la penitencia encontró su real inspiración en la alternativa religioso-monacal de tipo oriental, contemplativa y ascética. Pero hay que tener presente, como un elemento necesario para el análisis, que el régimen penitenciario canónico ignoró completamente el trabajo carcelario como forma posible de ejecución de la pena.” Cárcel y trabajo en Europa y en Italia en el período de la formación del modo de producción capitalista en Melossi, Dario & Pavarini, Massimo (1977) Cárcel y Fábrica. (p. 54).

[34] Massimo Pavarini, refiriéndose a los orígenes del Sistema estadounidense, dijo: “La estructura de esta forma de purgar la pena se fundaba en el aislamiento celular de los internados, en la obligación al silencio, en la meditación y en la oración. Por medio de este sistema se reducían drásticamente los gastos de vigilancia, y este rígido estado de segregación individual negaba a priori la posibilidad de introducir una organización de tipo

industrial en las prisiones. || Este proyecto [...] no era completamente original: ya ‘la Maison de Force’ belga y el modelo del ‘Panopticon’ de Bentham –que se aplicó parcialmente en Inglaterra– preanunciaban claramente la introducción de la cárcel de tipo celular. [...] esta estructura edilicia satisface las exigencias de cualquier institución en la que se necesite tener personas bajo vigilancia’ y por lo tanto no sólo cárceles sino también casas de trabajo, fábricas, hospitales, lazaretos y escuelas.” La intervención penitenciaria: la experiencia de los Estados Unidos de América en la primera mitad del Siglo XIX en Melossi, Dario & Pavarini, Massimo (1977) Cárcel y Fábrica. (p. 166).

[35] Sentencia C-026 de 2016.

[36] Sentencia T-111 de 2015.

[37] Sentencia C-026 de 2016.

[38] Código Penal. Ley 599 de 2000. Artículos 4 y 5.

[39] Comisión Asesora de Política Criminal. Informe final: Diagnóstico y Propuesta de Lineamientos de Política Criminal para el Estado Colombiano. Junio de 2012. Párr. 27. Pág. 22.

[40] Sentencias T- 815 de 2013, T- 474 de 2012, T- 566 de 2007, T- 274 de 2008, T- 515 de 2008 y T-388 de 2013.

[41] Sentencias T- 566 de 2007, T- 274 de 2008, T-515 de 2008.

[42] Sentencia T-1190 de 2003.

[43] Ver entre otras las sentencias C-087 de 2000, T-632 de 2010, T-648 de 2012, T-995 de 2012, T-020 de 2014. El precedente sobre la materia se unificó en la sentencia SU-458 de 2012, del cual se toman la mayoría de citas que conforman este apartado.

[44] Sentencia SU-458 de 2012.

[45] Sentencia T-020 de 2014.

[46] Sentencia SU-458 de 2012.

[47] Sentencia SU-458 de 2012.

[48] Sentencia SU-458 de 2012.

[49] Sentencia SU-458 de 2012.

[50] Sentencia SU-458 de 2012.

[51] Sentencia C-788 de 2009.

[52] Sentencias C-483 de 1998 y C-1212 de 2011.

[53] Sentencia C-489 de 1996.

[54] Sentencia C-630 de 2012.

[55] La sentencia C-209 de 2000 puntualizó sobre este aspecto lo siguiente: “Tampoco podría calificarse de inconstitucional el carácter intemporal que la norma le reconoce a la prohibición allí prevista, pues, tal como lo ha venido afirmando esta Corporación y ahora se reitera, las causales de inelegibilidad “sin límite de tiempo”, estructuradas a partir de la existencia previa de antecedentes penales, esto es, de sentencias condenatorias por delitos no políticos ni culposos, no conllevan un desconocimiento del Estatuto Superior - particularmente del principio de imprescriptibilidad de las penas- toda vez que el fundamento de su consagración no reposa en la salvaguarda de derechos individuales, sino en la manifiesta necesidad de garantizar y hacer prevalecer el interés general. Es así como la propia Constitución Política le reconoce efectos intemporales a esta causal de inhabilidad -la referida a la existencia de sentencia judicial condenatoria -, cuando directamente la regula para los congresistas (art. 179-1), el Presidente de la República (art. 197) y el Contralor General (art.267).

[56] Al respecto la sentencia C-1212 de 2001 indicó: “En primer lugar, debe la Corte aclarar al actor que si bien la Constitución consagra determinadas inhabilidades a perpetuidad, como aquella que se origina en una condena por la comisión de un delito contra el erario público (art. 122), o las que se aplican para determinados cargos, como es el caso de los congresistas (art. 179-1), el Presidente de la República (art. 197), los magistrados de la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado y Consejo Nacional

Electoral (arts. 232 y 264), el Fiscal General de la Nación (art. 249) o el Contralor General de la República (art. 267), no significa que el legislador carezca de facultades para establecer otras inhabilidades de carácter intemporal. La consagración de inhabilidades con una vigencia indefinida no viola la Constitución, siempre y cuando la medida adoptada se adecue a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad y con ellas no se restrinjan ilegítimamente los derechos fundamentales de quienes aspiran a acceder a la función pública. Como se vio anteriormente, la disposición parcialmente acusada es respetuosa de estos límites impuestos al legislador”.

[57] Sobre este aspecto, la Corte Constitucional ha indicado que al no constituir la inhabilidad una sanción, sino que por el contrario se dirige hacia la idoneidad de la persona para desempeñar un determinado cargo, se considera que no existe una vulneración del principio constitucional del non bis in ídem, aun cuando las sanciones penales y disciplinarias se desprendan de idénticas situaciones de hecho, modo y lugar. Para la Corte Constitucional, a pesar de la identidad entre las circunstancias que dan origen a la sanción, tanto penal como disciplinaria, la misma no se hace extensible a la finalidad, dado que en cada proceso es distinta, los bienes jurídicamente tutelados también son diferentes, así como tampoco se protege el mismo interés jurídico. Sobre este punto, la Sentencia C-1122 de 2008 puntualizó: “Sobre el particular cabe señalar que ya de manera reiterada la jurisprudencia constitucional ha señalado que es distinta la naturaleza de la sanción penal y la disciplinaria y que, por consiguiente, es posible que concurren sin violar el non bis in ídem. Así, ha dicho la Corte, “[l]a posibilidad de que un servidor público o un particular, en los casos previstos en la ley, sean procesados penal y disciplinariamente por una misma conducta no implica violación al principio non bis in ídem, pues, como lo ha explicado la Corte, se trata de dos juicios diferentes que buscan proteger bienes jurídicos diversos y que están encaminados, según exista mérito para ello, a imponer sanciones que se caracterizan por ser de naturaleza jurídica distinta.” Agregó la Corte que “... mientras en el proceso penal el legislador prevé distintos bienes jurídicos objeto de protección, en el disciplinario el único bien jurídico protegido está representado por la buena marcha de la administración, su eficiencia, su buen nombre, la moralidad pública, como también la eficacia y la honradez de la administración pública; además, mientras en el proceso penal la pena tiene una función de prevención general y especial, de retribución justa, de reinserción social y de protección al condenado, en el proceso disciplinario la sanción tiene una función preventiva y correctiva.” De este modo, en atención a la protección del bien jurídico y la

consideración sobre las conductas merecedoras de mayor reproche penal, pueden configurarse los tipos especiales de servidor público, sin perjuicio de las medidas que resulten aplicables, en razón de la misma conducta, desde la perspectiva disciplinaria”. Adicionalmente, sobre este mismo punto las sentencias C-728 de 2000, C-554 de 2001, C-181 de 2002, C-391 de 2002, C-728 de 2006, y C-721 de 2015 entre otras.

[58] En esta decisión la Corte Constitucional resolvió la acción pública de inconstitucionalidad interpuesta por un ciudadano contra el Decreto-Ley 1278 de 2002 “Por el cual se expide el Estatuto de Profesionalización Docente”. El artículo 44 de dicho decreto contenía las inhabilidades para el ejercicio docente. Sin embargo, la Corte Constitucional constató que las facultades conferidas al presidente para expedir el Estatuto Docente no hicieron referencia expresa a los asuntos disciplinarios. A pesar de guardar una estrecha relación el régimen docente con el régimen de inhabilidades, éste último “nada tienen que ver con el acceso al servicio público, la capacitación, la estabilidad en los empleos y la posibilidad del ascenso”. Ante la imposibilidad de asimilar el régimen de carrera docente al régimen disciplinario, y al carecer el presidente de la República de las facultades necesarias para establecer un marco de carácter sancionatorio aplicable a los docentes, la Corte Constitucional declaró la inexequibilidad de la norma demandada.

[59] Sentencias, C-386 de 1996, C-211 de 2000, C-564 de 2000, C-739 de 2000, C-1161 de 2000, T-181 de 2002, C-506 de 2002; C-948 de 2002, C-1076 de 2002, C-125 de 2003, C-252 de 200, C-383 de 2003, T-1093 de 2004, entre muchas otras.

[60] Wursten, Federico: Acerca de los registros de condenados por delitos sexuales. Obtenido de: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2013/08/doctrina36885.pdf>

[61] Sentencia SU-458 de 2012.

[62] Según la Procuraduría General de la Nación, el certificado especial de antecedentes penales: “refleja todas las anotaciones que figuren en la base de datos, y se expide para acreditar requisitos de cuya elección, designación o nombramiento y posesión exige ausencia total o parcial de antecedentes”.

[63] Según la Procuraduría General de la Nación, el certificado ordinario de antecedentes

penales: “refleja las anotaciones de las sanciones impuestas en los últimos cinco (5) años, al cabo de los cuales, el sistema inactiva automáticamente el registro salvo que la sanción supere dicho término, caso en el cual el antecedente se reflejará hasta que dicho término expire”.

[64] No obstante, la Sala de Revisión advierte que existen problemas con el sistema de consulta de antecedentes de la Procuraduría General de la Nación. En primer lugar, las categorías de consulta de antecedentes especiales es limitada a un grupo específico de funcionarios públicos, sin que sea posible consultar otras categorías que también son funcionarios públicos, pero no se encuadran en la tipología de selección, quedando excluidos del sistema de información. Por otra parte, no se consignan todos los antecedentes, dado que no se registran las inhabilidades permanentes que establece el artículo 179 numeral 1 de la Constitución. Según la información reportada en el certificado especial, el señor Luis Alfonso Cano Bolaño no presenta inhabilidades especiales aplicadas al cargo, cuando en realidad si las presenta, al haber sido condenado a 8 años de prisión por los delitos ya reseñados. Ante la constatación de estas dificultades, la Corte Constitucional exhortará a la Procuraduría General de la Nación para que tome los correctivos que considere pertinentes.

[65] La Corte Constitucional en ocasiones anteriores ha exhortado al Legislador y al Gobierno para que adopte las medidas que considere pertinentes, ante la constatación de un vacío legislativo o un déficit de regulación. Al respecto ver las sentencias SU-458 de 2012, T-129 de 2011, C-577 de 2011 y C-728 de 2009 entre otras.