



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL**

**MAGISTRADO PONENTE
AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN
APROBADO ACTA N.º 200**

Bogotá, D.C., diez (10) de octubre de dos mil siete (2007).

ASUNTO

La Sala resuelve la impugnación formulada por XXXXX contra la sentencia del 1º de agosto de 2007, mediante la cual la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá le negó la tutela promovida contra el Congreso de la República y el Concejo Municipal de esta ciudad.

El asunto fue inicialmente decidido en providencia del 1º de junio de 2007, pero esta Corporación, al conocer la



impugnación propuesta por el accionante, declaró la nulidad de lo actuado por indebida conformación del contradictorio.

En consecuencia, el Tribunal vinculó a la actuación al Alcalde Mayor y al Secretario de Gobierno de Bogotá.

ANTECEDENTES

1. Hechos y fundamentos de la acción

El peticionario se encuentra privado de su libertad purgando una condena de 80 meses de prisión por los delitos de acto sexual con menor de 14 años agravado y acto sexual violento agravado, ambos en concurso homogéneo, e incesto, según sentencia anticipada dictada el 21 de noviembre de 2005 por el Juzgado 25 Penal del Circuito de Bogotá, que fue confirmada el 9 de marzo de 2006 por el Tribunal Superior de la misma ciudad¹.

Su defensor interpuso recurso de casación, pero por auto del 7 de febrero de 2007² esta Sala de Casación Penal inadmitió la demanda por falta de interés.

¹ Esa información consta en el auto por el cual la Corte inadmitió la demanda de casación formulada por su defensor.

² Radicado 26.351.



Acude a la tutela en procura de obtener protección para sus derechos a la igualdad, petición, debido proceso, familia, no ser sometido a tortura y tratos inhumanos o degradantes, vida, intimidad personal y familiar y trabajo.

Considera que con lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley de la Infancia y la Adolescencia y en el Acuerdo 280 del Concejo de Bogotá, denominado “muros de la infamia”, se afectan sus derechos y los de su familia, toda vez que por su conducto se pretende llevar al escarnio público, mediante fotos, a quienes fueron condenados por delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales de menores de edad.

Es conciente que su conducta debe ser sancionada penalmente, como en efecto ocurrió. No obstante, sostiene que aparecer en esas fotografías y pancartas implica condenarlo a muerte, porque una vez salga de prisión los grupos de limpieza social pueden atentar contra su vida. Además, las disposiciones objeto de cuestionamiento agravan más su situación y le causan daño psicológico, social, cultural y económico.

Expresa que con la publicación de su foto en distintos medios de comunicación se le discriminaría aún más, y sus padres, hermanos, esposa e hijos, quienes no tienen nada



que ver con el asunto, resultarían afectados por el escarnio público al que se les somete. Sus hijos van a ser estigmatizados en el colegio y en el trabajo por culpa de una conducta no atribuible a ellos.

Solicita se ordene la derogación del Acuerdo y del artículo 48 de la Ley referenciada, o, en su defecto, se congelen dichas vulneraciones hasta que se decida sobre su constitucionalidad. Así mismo, se disponga, como medida provisional, la no inclusión de su nombre y su foto, y, además, se mantenga su nombre en secreto.

2. La respuesta de los demandados

2.1. Jefe de la División Jurídica del Senado, atendiendo instrucciones de la Presidenta del Congreso de la República.

Colombia ratificó la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, que genera la obligación de incorporar sus contenidos al ordenamiento interno.

En cumplimiento de sus funciones, el Congreso expidió la Ley 1098 de 2006.



Si el actor se encuentra en desacuerdo con una ley, debe demandarla ante la Corte Constitucional, pues la acción de tutela no es el medio idóneo para cuestionarla.

2.2. Concejo de Bogotá.

Varios concejales, de manera separada, enviaron escritos en los que exponen los fundamentos que sirvieron de base para el proyecto de acuerdo que se sancionó el 8 de mayo de 2007, bajo el número 280.

Destacan que, conforme a la Constitución y a instrumentos internacionales, los derechos de los niños prevalecen sobre los de los demás. La Ley de infancia (1098 de 2006) constituye una respuesta del Estado a la preocupación por el incremento de delitos sexuales contra niños, niñas y adolescentes, y el Acuerdo desarrolla esa política pública para la protección de ese grupo poblacional.

2.3. Subdirector de Gestión Judicial de la Secretaría General de la Alcaldía Mayor y Jefe de la Oficina Asesora de la Secretaría de Gobierno de Bogotá.

El Acuerdo 280 adopta medidas para la protección de los derechos de los niños y niñas del Distrito Capital. Se expidió conforme a lo dispuesto en el Decreto 1421 de 1993 y la Ley



1098 de 2006, reglamentada por el Decreto 2200 de 2007, por lo que se encuentra conforme a preceptos constitucionales y legales y no vulnera los derechos del accionante.

No se viola el derecho al buen nombre porque no es posible acreditarlo, ya que el actor se encuentra detenido como consecuencia de las investigaciones penales adelantadas en su contra por el comportamiento inadecuado.

Lo relacionado con la aplicación de la Ley y el Acuerdo es un asunto que corresponde a la jurisdicción competente.

Es legítimo que el Estado divulgue informaciones sobre la comisión de hechos punibles, tal como lo afirmó la Corte Constitucional en la sentencia T-561 de 1993.

La tutela es improcedente porque se dirige contra actos generales.

El Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Secretaría de Gobierno expuso, además, que dentro de los listados enviados por la Fiscalía General de la Nación el 17 de julio de 2007, que contiene los nombres y fotografías de los condenados por delitos contra la libertad integridad y



formación sexuales, no se encuentra el del actor, por lo que no hay afectación ni amenaza de sus derechos.

Remitió copia.

EL FALLO IMPUGNADO

A juicio de la Sala de Decisión Penal, conforme al numeral 5° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 la tutela no es el medio idóneo para controvertir actos de carácter general, impersonal y abstracto.

Para esos efectos se previeron otros mecanismos, tales como el control de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional o del Consejo de Estado, a través de las demandas de inexecutable o de nulidad por inconstitucionalidad, respectivamente.

Citó las sentencias T-725 de 2003 y T-321 de 1993 de la primera de las corporaciones.

Aclaró que, por ahora, ni la foto ni el nombre del accionante han sido publicados en los denominados “muros de la infamia”.

LA IMPUGNACIÓN



En el acta de notificación personal el interesado manifestó su deseo de impugnar la decisión, sin expresar razón adicional.

CONSIDERACIONES

1. Problema jurídico

Con fundamento en la reseña fáctica expuesta la Sala debe resolver lo siguiente: si a través del mecanismo de la tutela es viable cuestionar actos de carácter general y abstracto; si es procedente el amparo frente a una amenaza cierta de derechos fundamentales y si las medidas dispuestas en el artículo 48 de la Ley 1098 de 2006 y en el Acuerdo 280 de 2007 lesionan o ponen en peligro derechos fundamentales del accionante. En caso afirmativo, debe establecer si la acción constitucional es el medio idóneo para protegerlos.

2. La acción de tutela contra actos generales, impersonales y abstractos

2.1. El Decreto 2591 de 1991 -norma que constituye el desarrollo legislativo de la acción de tutela- dispone no sólo



los casos en los que ella procede (artículo 5)³, sino también los eventos en los cuales es improcedente (artículo 6).

Uno de los supuestos de improcedencia es precisamente cuando la materia objeto de cuestionamiento sea un acto de carácter general, impersonal y abstracto.

2.2. Es evidente que para impugnar o controvertir la constitucionalidad de una ley en sentido lato el Constituyente previó la acción pública de inconstitucionalidad (artículo 242 de la Constitución), y las acciones de nulidad por inconstitucionalidad (artículo 237 *ibidem*), a fin de proteger la intangibilidad, no sólo de los derechos fundamentales en ella previstos, sino de todos sus preceptos superiores.

Así las cosas, es inviable la acción para atacar las leyes, y los actos reformativos de la Constitución.

Tampoco por este medio es factible pretender la declaratoria de nulidad de un acto administrativo y menos de una norma jurídica, toda vez que ello sería desconocer la autonomía de los jueces competentes para tal fin y desconocería el principio de seguridad jurídica. Para atacar

³ “La acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2 de esta ley. También procede contra acciones u omisiones de particulares, de conformidad con lo establecido en el capítulo III de este decreto. La procedencia de la tutela en ningún caso está sujeta a que la acción de la autoridad o del particular se haya manifestado en un acto jurídico escrito”.



un acto administrativo o un decreto reglamentario, la Constitución previó otros mecanismos de defensa, como son las acciones que se pueden intentar ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

2.3. No obstante la improcedencia descrita, es importante destacar que si la acción se interpone como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, a pesar de existir otro medio de defensa, aquella podrá ejercerse conjuntamente con la acción de nulidad y las demás procedentes ante la jurisdicción contenciosa, y el juez, en este caso, si lo estima procedente, podrá ordenar que se inaplique el acto particular respecto de la situación jurídica concreta cuya protección se solicita mientras dure el proceso.

No se trata en manera alguna de sustituir al funcionario ordinario en el estudio de la legalidad o constitucionalidad del acto impugnado por vía de tutela y que en sentir del peticionario vulnera o atenta contra sus derechos, en tanto que el juez constitucional no puede arrogarse competencias que le son ajenas, pues de ser así incurriría en arbitrariedad y desconocimiento de los cánones constitucionales; tampoco de aplicar la figura de la suspensión provisional propia del derecho contencioso administrativo. Lo que se procura es adoptar una medida excepcional que en el momento es



absolutamente necesaria, destinada a proteger un derecho fundamental frente a una situación, creada por el acto de que se trata, que le vulnera o amenaza un derecho.

Es, sin lugar a dudas, una medida temporal que no recae propiamente sobre la materialidad del acto. De tal manera que el juez constitucional no declara su nulidad, dado que el mismo permanece intacto hasta tanto no sea suspendido provisionalmente por la jurisdicción de lo contencioso administrativo o declarado nulo por ella, sólo lo inaplica para el caso concreto y en aras de evitar un daño irreparable para el titular del derecho fundamental⁴.

Ahora bien, para inaplicar una ley, el asunto toma un matiz diferente, pues no puede tener éxito una tutela a través de la cual se pretenda que una autoridad pública deje de aplicar una ley en el caso concreto de una persona, excepto y sólo excepcionalmente si se demuestra que la norma es incompatible con la Constitución.

Si se comprueba que la disposición legal desconoce abiertamente la Carta fundamental y vulnera un derecho constitucional, procede la acción y el juez de tutela puede acudir al artículo 4º de la Constitución e inaplicarla para el caso concreto.

⁴ Al respecto se puede consultar la Sentencia T-203 del 26 de mayo de 1993.



No de otra forma, si no es acudiendo a la excepción de inconstitucionalidad, podría inaplicarse una norma con fuerza de ley⁵.

3. La amenaza cierta de un derecho fundamental

De acuerdo con el artículo 86 de la Carta Política, el amparo constitucional procede para reclamar ante los jueces, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales de toda persona, cuando quiera que estos resulten vulnerados *o amenazados* por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

El artículo 5º del Decreto 2591 de 1991 señala que la acción procede cuando (i) el derecho se haya vulnerado, (ii) cuando se esté violando, o (iii) cuando se amenace su violación

Una cosa es la vulneración del derecho y otra su amenaza, pues mientras en el primero de los casos la persona afectada ya ha sido víctima de la realización de un daño, en el segundo, aquella está sujeta a la inmediata probabilidad del mismo. Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado:

⁵ Puede consultarse la Sentencia T-001 del 16 de enero de 1996.



La **vulneración** lleva implícito el concepto de daño o perjuicio. Se vulnera un derecho cuando el bien jurídico que constituye su objeto es lesionado.

Se **amenaza** el derecho cuando ése mismo bien jurídico, sin ser destruido, es puesto en trance de sufrir mengua.

(...)

La amenaza se asemeja a la figura que en materia penal se denomina "tentativa", que es la no consumación del delito o que el tipo del delito no ha sido realizado en su totalidad, pero el fracasado intento pone en peligro al bien jurídico tutelado, la vida en común y la paz jurídica, de modo tal que se ha de reaccionar frente a ello con una pena por razones de prevención general y especial. Pero por otra parte, se llegaría demasiado lejos si se castigara como tentativa, cualquier conducta que manifieste al exterior que se pretende realizar un delito; tal modo de operar sacrificaría por completo la seguridad jurídica. Acto ejecutivo no es entonces solamente el que supone la violación de una norma penal que protege el bien jurídico atacado, sino aquél que lo coloca en un inmediato peligro por invadir su órbita de protección⁶.

La efectividad de la acción reside, entonces, en la posibilidad de que el juez, si encuentra que en realidad existe la vulneración o la amenaza alegada por quien pide protección, imparta una orden para que aquel contra quien se dirige la tutela o el verdadero infractor actúe o se abstenga de hacerlo.

4. La dignidad humana y los derechos de los condenados

⁶ Sentencia T-412 del 17 de junio de 1992.



4.1. Quienes se encuentran sindicados o condenados por la comisión de hechos punibles no gozan a plenitud de los derechos consagrados en la Carta Política. Por consiguiente, derechos tales como la libertad, la libre circulación, la intimidad, la libertad de escoger profesión u oficio y los políticos resultan limitados, sin que esa restricción, *per se*, desconozca preceptos superiores.

El sentenciado tiene, en consecuencia, derechos que deben ser respetados y garantizados por el Estado y por la sociedad, pues aun a pesar de su restricción, el núcleo esencial de aquellos permanece inalterable.

Así mismo, es claro que con el pago de su condena queda en condiciones de normalidad para reinsertarse a la sociedad.

4.2. Uno de los derechos que permanece invariable es el de la dignidad humana. La Constitución de 1991 se inspira en un radical humanismo, tanto así que en sus aspectos dogmáticos y prescriptivos se afirma la primacía de la persona humana. El artículo 1º establece que Colombia se halla fundada en el respeto de la dignidad humana, y el artículo 5º dispone que el Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona. La dignidad es reconocida como atributo, condición o esencia del ser humano.



En ese orden, la persona es portadora de su dignidad humana y, con independencia de sus equivocaciones o de actuaciones contrarias a los intereses de otros, no pierde esa condición, por lo que merece un trato digno.

Quien ha sido hallado culpable de la comisión de un hecho punible no puede ser objeto de tratos crueles, inhumanos o degradantes, de torturas ni humillaciones, en cuanto ello ultraja su dignidad.

5. La inaplicación de una disposición por contener una pena infamante y el caso concreto

El actor pretende que el juez de tutela ordene la “derogación” del Acuerdo 280 de 2007 y del artículo 48 de la Ley 1098 de 2006.

De lo afirmado en precedencia es evidente que ello es inadmisibile en cuanto escapa a la competencia otorgada por el Constituyente al funcionario que conoce de la acción de amparo. Para atacar la Ley se estableció la acción de inconstitucionalidad, ante la Corte Constitucional⁷, y para cuestionar el Acuerdo se consagró la acción de nulidad por

⁷ Según consta en la página Web de la Corte Constitucional, se encuentra en curso una demanda contra el inciso 2º del artículo 48 (Expediente D-6821).



inconstitucionalidad ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

No obstante, como de la demanda surge que esas disposiciones podrían estar afectando o amenazando sus derechos, la Sala, como juez de tutela garante de derechos fundamentales, tiene el deber constitucional de determinar si ello tiene o no lugar.

5.1. El artículo 48 de la Ley 1098 de 2006⁸ dispone:

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

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

No parece, por lo menos de manera palmaria, que esa norma lesione o amenace los derechos invocados, en cuanto el deber de informar o comunicar a la comunidad sobre las

⁸ Reglamentada por el Decreto 2200 del 14 de junio de 2007.



condenas impuestas no se muestra, *per se*, contrario a ningún postulado constitucional. La sociedad tiene derecho a conocer esos datos, que se encuentran contenidos en una providencia que hizo tránsito a cosa juzgada, aún más cuando se relacionan con la comisión de conductas punibles contra menores de edad.

En consecuencia, la posibilidad de publicación del nombre de los sentenciados por delitos contra la libertad, la integridad y la formación sexuales, cuyas víctimas hayan sido menores de edad, y la divulgación de su foto, a manera de información, no parece lesionar ningún derecho del actor, máxime cuando, en criterio de la Corte, esa normativa no es aplicable a su caso porque los hechos por los cuales se le condenó fueron anteriores a la expedición de la Ley y la sentencia condenatoria proferida adquirió firmeza antes de que ella entrara en vigencia (el auto inadmisorio de la demanda de casación es del 7 de febrero de 2007 y la norma entró en vigencia 6 meses después de su promulgación, esto es, el 8 de mayo de 2007⁹).

Proceder de otra forma conduciría a desconocer principios tales como el de legalidad, *non bis in idem* y favorabilidad.

⁹ Artículo 216 de la Ley 1098 de 2006.



5.2. El Acuerdo 280 de 2007 prevé que, con el fin de contribuir “a la protección, garantía y restablecimiento de los derechos de los menores de edad relacionados con su libertad, integridad y formación sexuales”¹⁰ se instalaran en la ciudad de Bogotá *muros* ubicados en zonas destacadas, relevantes, de alto flujo vehicular y/o peatonal, uno en cada localidad, y *vallas* localizadas en las vías principales de alto flujo vehicular, dos como mínimo en cada localidad.

La información que se divulgará en esos espacios es la siguiente:

“...nombres y foto reciente de los condenados por los delitos contra la libertad, la integridad y la formación sexuales, cuyas víctimas han sido menores de edad en Bogotá, los delitos cometidos, la condena impuesta y la edad de las víctimas. Las fotografías de los condenados serán de tamaño de pliego como mínimo”¹¹.

Adicionalmente, esos datos se difundirán mediante volantes que se repartirán trimestralmente y en forma adjunta a las facturas de los servicios públicos. La Secretaría de Gobierno es la encargada de ejecutar lo allí dispuesto, en coordinación con las entidades distritales.

Podría afirmarse, en principio, que esas medidas no lesionan ni ponen en peligro los derechos del accionante porque

¹⁰ Artículo primero (folios 137 y 138 del cuaderno del Tribunal Superior).

¹¹ Artículo tercero.



tampoco le son aplicables, dado que el acto que las contiene se dictó con posterioridad a la comisión del hecho punible y después de que la sentencia condenatoria hiciera tránsito a cosa juzgada. Sin embargo, según consta en el expediente, ya se envió al Secretario de Gobierno de Bogotá un listado con el nombre y la fotografía de “quienes *han sido condenados* por delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales”¹².

Lo expuesto constituye, indiscutiblemente, una amenaza cierta a sus derechos fundamentales a la dignidad humana, a la honra, al debido proceso y a la prohibición de penas inhumanas o degradantes¹³, que demanda una protección inmediata por parte del juez de tutela. Por consiguiente, para brindar una efectiva salvaguarda de sus derechos, la Sala inaplicará el Acuerdo por considerar que desconoce preceptos constitucionales, tal como a continuación se explica:

Del contenido del acto surge que la finalidad de las medidas allí plasmadas es proteger, garantizar y restablecer los derechos de los niños y niñas.

Ese fin no resulta contrario a preceptos *superiores* toda vez que la protección especial de los menores de edad es un

¹² Folio 264 del cuaderno del Tribunal Superior.

¹³ Artículos 1º, 12, 21, 29 y 85.



aspecto de gran relevancia constitucional. En el artículo 44 de la Carta Política se destaca el carácter especial y prevalente de sus derechos y se precisa su naturaleza fundamental.

El Constituyente reconoció no sólo la índole fundamental de los derechos de los niños y niñas y su prevalencia sobre los derechos de los demás, sino también la protección de la cual deben ser objeto, y el compromiso de la familia, de la sociedad y del Estado de asistir y protegerlos a efectos de garantizarles su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos.

La preocupación internacional por la implementación de medidas de protección y salvaguarda de los derechos de los menores de edad se manifiesta en diferentes instrumentos, como la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y aprobada en Colombia mediante Ley 12 de 1991.

No obstante, para la Sala el medio utilizado para alcanzar ese fin resulta desde todo punto de vista inadecuado y abiertamente desproporcionado, porque publicar la foto del delincuente no garantiza ni protege los derechos de la niñez. Podría afirmarse que esa publicidad permite que los menores



identifiquen a aquellas personas como posibles agresores y en esa medida eviten tener el más mínimo contacto o comunicación con ellas, pero se olvida el impacto negativo que el retrato del victimario puede ocasionar en la propia víctima.

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

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

Por manera que mientras la medida intenta brindar protección a un sector de la población infantil (víctimas), podría terminar desamparando a otro (los descendientes del condenado), y lesionando sus derechos fundamentales como la tranquilidad, la intimidad o la recreación. Así, a estos últimos se les impondría una carga que no les corresponde y resultarían rotulados, relegados, burlados y hasta discriminados por situaciones que no son suyas, sino de otro.



Es claro que una pena debe imponerse a quien la ha merecido por sus hechos, pero en ningún caso puede trascender a su familia, menos a los niños, en cuanto se les victimiza.

Si una disposición causa lesión a un derecho constitucional fundamental de un menor de edad, debe analizarse de manera meticulosa, y el juicio de constitucionalidad debe, por tanto, ser estricto.

Bajo esa perspectiva, el Acuerdo va en contravía con los artículos 1, 12, 21, 29, 44 y 85 de la Carta.

Adicionalmente, la Sala considera que los mecanismos dispuestos en el Acuerdo municipal contravienen el artículo 29 de la Constitución por los siguientes motivos:

a) Inobservancia del principio de legalidad *preexistente*, pilar fundamental del debido proceso, que garantiza a las personas que van a ser objeto de una sanción penal el derecho a conocer con anticipación las conductas que son reprochables y las sanciones que habrán de imponerse.

Dicho postulado exige que la pena sea señalada por el *legislador* y, además, que se encuentre prevista de manera



anticipada al momento de la comisión de la conducta punible.

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

b) Atenta contra el principio del juez natural, según el cual ninguna persona puede ser juzgada sino por el funcionario competente establecido con anticipación por el legislador. Además, implica la determinación previa del procedimiento interno con que se juzga.

De modo que si ese juez *natural*, preconstituido, no ha impuesto las sanciones contenidas en el Acuerdo porque no se habían siquiera concebido, es totalmente inaceptable que sea una autoridad administrativa la que lo haga.

c) Afectación del principio de *non bis in idem*, que impide a las autoridades investigar, juzgar o condenar a una persona más de una vez por la misma conducta respecto de la cual ya cursó un proceso y se obtuvo decisión.



Así, someter a una persona que ya fue condenada a las penas descritas previamente en la ley penal, a la aplicación de una sanción sorpresiva y adicional, es castigarla dos veces por la misma conducta.

c) Desconocimiento del principio de favorabilidad y del derecho de defensa, en la medida en que se estaría aplicando una disposición penal posterior, que, lejos de resultarle más benévola al sentenciado y respecto de la cual no pudo defenderse, le agrava notablemente su situación.

d) La publicación en muros y vallas es una sanción infamante que choca contra el honor y desconoce por completo la dignidad humana del condenado.

En efecto, la divulgación de la fotografía de la persona sentenciada en diferentes sitios de alto flujo vehicular y peatonal de esta ciudad, sin indicación de tiempo de permanencia, es exponerla a la vergüenza y al escarnio público. Se asemeja a la pena de exhibición en la picota, prevista en el siglo XIII en las Partidas de Alfonso X El Sabio, que era considerada deshonor y castigo.

Según narra *Hans Von Hentig*¹⁴, la picota era la pena infamante más frecuente en la Edad Media y se ejecutaba

¹⁴ La Pena. Volumen I. Formas primitivas y conexiones histórico - culturales, Madrid, Espasa-Calpe, S.A., 1967, p. 458 y *sigs.*



públicamente, en tanto que “se provocaba la cooperación de las masas eligiendo días de mercado, asistencia de músicos y con el placer de un espectáculo chocarrero. El efecto punitivo que se busca radica en una contraposición del pecador con la comunidad. El delincuente está indefenso y se le impide la huída. Así que no tienen nada de extraño las noticias, que en gran numero existen, de casos en los que el pueblo ha atacado y muerto o gravemente herido al pobre pecador en la picota o cuando le llevaban a ella”.

Presuponía, entonces, la participación del pueblo en la acción punitiva y con ello se abría tanto la posibilidad de la intervención legal de las masas, como la posibilidad de que tomaran partido a favor del condenado. Cuenta, además, que con la Revolución francesa se derribaron del suelo alemán todas las picotas y los estados alemanes la abolieron sus restos en 1848. Inglaterra la eliminó en 1815.

Las vallas y muros, tal como han sido concebidas en el Acuerdo 280, implican, sin vacilación, la participación de todos los que habitan o visitan la ciudad en la acción punitiva propia del Estado y parecería, así, que se intenta nuevamente la instauración de la pena infamante de la picota pública.

Una sanción de esa índole contraría la filosofía de rehabilitación del delincuente y de su reinserción social, así como la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, que en su artículo 5º establece que



nadie será sometido a penas crueles inhumanas o degradantes; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que en su artículo XXV señala que todo individuo tiene derecho a un tratamiento humano durante la privación de su libertad, y en el artículo XXVI dispone que toda persona acusada de un delito tiene derecho a que no se le impongan penas crueles, infamantes o inusitadas; la Convención Americana de Derechos Humanos, que en su artículo 5.2. dice que nadie debe ser sometido a penas crueles, inhumanas o degradantes y que toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en su artículo 7 prohíbe someter a las personas a torturas y a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes¹⁵.

Adicionalmente, conlleva el desconocimiento del compromiso adquirido por Colombia en la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes¹⁶, que en su artículo 16 prevé:

“Todo Estado Parte se comprometerá a prohibir en cualquier territorio bajo su jurisdicción otros actos que constituyan tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y que no lleguen a ser tortura tal como se

¹⁵ En relación con el punto, existe una decisión adoptada en 1998 por el Comité de Derechos Humanos que calificó como atentatorio de la dignidad humana la presentación en prensa del señor Polay Campos en una jaula durante su traslado al Callao. Esa situación, a juicio del Comité, constituyó un trato degradante, en contravención del artículo 7, así como un tratamiento incompatible con el párrafo 1 del artículo 10, ya que no se respetó su dignidad humana en tanto y en cuanto persona. (Perú. Párrafo 8.5).

¹⁶ Entró en vigor el 8 de enero de 1988 en virtud de la Ley 70 de 1986.



define en el artículo 1, cuando esos actos sean cometidos por un funcionario público u otra persona que actúe en el ejercicio de funciones oficiales, o por instigación o con el consentimiento o la aquiescencia de tal funcionario o persona. Se aplicarán, en particular, las obligaciones enunciadas en los artículos 10, 11, 12 y 13, sustituyendo las referencias a la tortura por referencias a otras formas de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.”

Conviene recordar lo que ha sostenido la doctrina en relación con el principio de la pena mínima necesaria y el respeto a la persona:

“Argumento decisivo contra la inhumanidad de las penas es por el contrario el principio moral del respeto a la persona humana, enunciado por Beccaria y por Kant con la máxima de que cada hombre, y por consiguiente también el condenado, no debe ser tratado nunca como un <medio> o <cosa>, sino siempre como un <fin> o <persona>. No es sólo, y sobre todo, no es tanto por razones económicas, sino por razones morales ligadas a aquel principio, cualesquiera que sean las ventajas o desventajas que de él puedan derivar, por lo que la pena no debe ser cruel e inhumana; los principios son tales precisamente porque no se pliegan a lo que en cada caso convenga. Esto quiere decir que más allá de cualquier argumento utilitario el valor de la persona humana impone una limitación fundamental a la calidad y la cantidad de la pena. Es éste el valor sobre el que se funda, irreductiblemente, el rechazo de la pena de muerte, de las penas corporales, de las penas infamantes y por otro lado de la cadena perpetua y de las penas privativas de la libertad excesivamente largas. Debo añadir que este argumento tiene un carácter político, además de moral: sirve para fundar la legitimidad del estado únicamente en las funciones de tutela de la vida y los restantes derechos fundamentales; de suerte que, conforme a ello, un estado que mata, que tortura, que humilla a un



ciudadano no sólo pierde cualquier legitimidad, sino que contradice su razón de ser, poniéndose al nivel de los mismos delincuentes”¹⁷.

Por las razones anotadas, se revocará la sentencia objetada y, en su lugar, se ampararán, como mecanismo transitorio, los derechos a la dignidad humana, a la honra, al debido proceso y a la prohibición de penas inhumanas y degradantes del accionante. En consecuencia, se ordenará al Secretario de Gobierno y demás autoridades del Distrito Capital que se abstengan de publicar en los muros y vallas, dispuestos en el Acuerdo 280 de 2007, la fotografía, el nombre y demás datos del peticionario, mientras la jurisdicción competente se pronuncia respecto a su constitucionalidad.

La transitoriedad del amparo implica que la medida de protección sólo estará vigente mientras el juez natural (jurisdicción de lo contencioso administrativo) resuelve en forma definitiva el asunto.

Por ese motivo, la acción contenciosa deberá instaurarse dentro de los cuatro (4) meses siguientes a este fallo, so pena de que cesen sus efectos. Empero, en atención a que el actor se encuentra privado de su libertad, se oficiará a la Defensoría del Pueblo para que en forma inmediata designe un defensor público a efectos de que presente, en su

¹⁷ *FERRAJOLI Luigi*. Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, Madrid, Trotta, 1997, p 395 y 396.



nombre, la demanda correspondiente, en caso de que aquél no pueda hacerlo directamente.

Finalmente, de acuerdo con la solicitud elevada por el peticionario, consistente en que no sea publicado su nombre, en aras de no afectar su derecho a la intimidad, se ordenará suprimir de la publicación de esta providencia su nombre.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. Revocar el fallo impugnado.

Segundo. Conceder el amparo *transitorio* de los derechos a la dignidad humana, a la honra, al debido proceso y a la prohibición de penas inhumanas y degradantes de XXXXX.

En consecuencia, ordenar al Secretario de Gobierno y demás autoridades del Distrito Capital que se abstengan de publicar en los muros y vallas dispuestos en el Acuerdo 280 de 2007 la fotografía, el nombre y demás datos del peticionario,



mientras la jurisdicción competente se pronuncia respecto a su constitucionalidad.

Tercero. La transitoriedad del amparo implica que la medida de protección sólo estará vigente mientras la jurisdicción de lo contencioso administrativo resuelve en forma definitiva el asunto. Por ese motivo, la acción contenciosa deberá instaurarse dentro de los cuatro (4) meses siguientes a este fallo, so pena de que cesen sus efectos.

Para ese fin, **ofíciase** a la Defensoría del Pueblo para que en forma inmediata designe un defensor público a efectos de que presente la demanda correspondiente.

Cuarto. Para preservar el derecho a la intimidad del actor, se **dispone** la reserva de su nombre para efectos de publicación de esta providencia.

Quinto. Remitir el expediente a la Corte Constitucional para la eventual revisión de esta providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

JORGE LUIS QUINTERNO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ
Secretaria



ACLARACIÓN DE VOTO

A partir del respeto que siempre he guardado por el parecer, el criterio y las ideas de los demás, procedo a exponer los argumentos que me llevan a aclarar el voto respecto del fallo de tutela aprobado según Acta No. 200 de fecha 17 de octubre de 2007, dado que estoy de acuerdo en que se imponía tutelar el derecho al debido proceso del actor, pero no en que resultara viable que la Sala abordara el estudio de temáticas diversas que son ajenas a la órbita de esta acción subsidiaria.

Las razones son básicamente las siguientes:

(i) El numeral 5° del Decreto 2591 de 1991 establece de manera clara la improcedencia de la acción de tutela “*cuando se trate de actos de carácter general, abstracto e impersonal*”, por tanto, si en este caso el actor cuestiona el contenido del artículo 48 de la Ley de la Infancia y la Adolescencia, así como el Acuerdo 280 del 8 de mayo de 2007 emitido por el Concejo de Bogotá, observo sin dificultad que se encuentra precisamente dentro del supuesto de hecho de la norma transcrita y, en consecuencia, considero que por expreso mandato legal el asunto propuesto no puede ser debatido a través de la acción de amparo, dado que se trata de actos de carácter



general, abstracto e impersonal, para los cuales se han regulado las acciones de inexecuibilidad y contencioso administrativas, respectivamente.

(ii) Si lo pretendido por el accionante es la suspensión provisional del Acuerdo 280 del Concejo de Bogotá que trata de los denominados “*muros de la infamia*”, advierto que tal figura se encuentra reglada en el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, motivo por el cual, dado el carácter sucedáneo de esta acción, le corresponde acudir al juez natural establecido para pronunciarse sobre tal planteamiento a través de las acciones y canales ordinarios dispuestos por el legislador, y no mediante este mecanismo residual.

(iii) De acuerdo con lo anterior, no correspondía a la Sala acometer el estudio del contenido material del artículo 48 de la Ley 1098 de 2006 y tanto menos ponderar si el medio utilizado en el Acuerdo 208 de 2007 resulta adecuado o no para alcanzar la finalidad de protección de los menores, pues ello compete con exclusividad a los jueces naturales señalados en la ley.

(iv) Coincido en que en este asunto, la aplicación del mencionado acuerdo municipal comporta la imposición de una pena *ex post facto*, en manifiesto quebranto del principio de legalidad, pues la sanción fue establecida con posterioridad a la comisión del delito por el cual fue



condenado el actor, circunstancia que imponía proteger el derecho al debido proceso de **XXXXXX**, en cuanto se refiere a salvaguardar su derecho a la legalidad de la sanción (*lex previa*), de manera definitiva, no sólo transitoria.

Apoyada en las anteriores razones dejo sentada mi aclaración de voto.

Con toda atención,

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS
Magistrada

Fecha *ut supra*.