



Sentencia C-061/08

Referencia: expediente D-6821

Demandante: Luz Ximena España Amador

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

Magistrado Ponente: Dr. NILSON PINILLA
PINILLA

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

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

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

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

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

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



de Colombia, para que, si lo consideraban pertinente, se pronunciaran sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del segmento demandado.

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

II. LA NORMA DEMANDADA

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

*“Ley 1098 de 2006
(noviembre 8)
Diario Oficial No 46.446 de 8 de noviembre de 2006*

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

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

(...)

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

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

III. LA DEMANDA

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



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

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

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

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

Finalizado su análisis, llama la atención sobre el hecho de que meses después de la aprobación de este precepto, el Concejo de Bogotá D. C. estudió y aprobó una medida semejante, cuya legalidad se entendería soportada en la existencia de



normas como la aquí acusada, así como sobre la posibilidad de que en otros municipios se aprueben medidas semejantes.

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

IV. INTERVENCIONES

4.1. Del Centro de Estudios Sociales de la Universidad Nacional

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

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

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

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

4.2. De la Defensoría del Pueblo

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

En primer lugar, menciona que si bien el legislador no le dio expresamente a esta medida un carácter sancionatorio, es innegable que la publicación cuestionada tendría esa implicación, por lo que su constitucionalidad debe ser mirada a la luz de las reglas y principios que gobiernan el *ius puniendi*, teniendo



en cuenta los efectos que genera para la persona del sentenciado, así como para su familia.

Plantea reflexiones sobre los efectos, “*no precisamente positivos*”, que la publicación tendría en los menores víctimas de los delitos sancionados, en cuanto podría implicarles la reminiscencia de su experiencia traumática y contribuir a retardar el proceso de recuperación emocional. A este respecto refiere la existencia de instrumentos internacionales, recogidos por esta Corte en varios de sus pronunciamientos, conforme a los cuales los Estados tienen el deber de velar por el bienestar y recuperación de las víctimas, y a partir de ello, evitar toda situación derivada del proceso de investigación y sanción de estas conductas, que pudiere conducir a mayores molestias o experiencias traumáticas para ellas.

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

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

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

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

Concluye anotando que medidas de este tipo conducen a un mayor marginamiento y estigmatización del victimario, lo que hace imposible su



resocialización, que es claramente uno de los fines esenciales de la pena dentro del marco del Estado social de derecho.

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

4.3. Del Ministerio de la Protección Social

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

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

Finalmente señala que el supuesto de hecho de la publicación ordenada por esta norma es la existencia de una condena, lo que supone que la persona ha sido previamente procesada, con el lleno de las garantías constitucionales, circunstancia que debe brindar tranquilidad en el sentido de que no soportará la limitación de sus derechos sin la debida y suficiente reflexión del juez competente en torno a su responsabilidad penal.

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

4.4. Del Ministerio del Interior y de Justicia

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



Previamente a la exposición de las razones que soportan su solicitud, esta interviniente reflexiona en torno a la distinta naturaleza de los valores, los principios y las reglas constitucionales, a partir de lo cual sostiene que la dignidad humana es un principio que informa los distintos derechos y reglas constitucionales. Sobre estas bases, examina si la publicación ordenada por la norma demandada afecta el principio de la dignidad humana en relación con la persona sentenciada.

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

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

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

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

4.5. Intervenciones extemporáneas

Se desprende de lo informado por la Secretaría General de esta corporación, que con posterioridad al vencimiento del término de fijación en lista se recibieron cuatro intervenciones más, presentadas por los representantes del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, la Veeduría Distrital, el Consultorio Jurídico de la Universidad Santo Tomás y la Fundación Antonio Restrepo Barco, la



primera y la última abogando porque el precepto acusado sea declarado **exequible**, mientras las restantes alegan su **inconstitucionalidad**.

V. CONCEPTO DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

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

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

A efectos de resolver el primer interrogante, el concepto fiscal analiza de manera detallada el mandato contenido en la norma demandada. Llama la atención sobre el hecho de que la publicación ordenada sólo debe incluir el nombre y la fotografía reciente del condenado, debiendo omitir muchos otros datos (número de identificación, localización geográfica, fecha y circunstancias de los hechos o identificación de la víctima), cuyo conocimiento sería necesario para lograr la identificación y/o localización de la persona condenada, del menor agredido o de las familias de uno y otro, presupuesto necesario para la posible ocurrencia de todas las situaciones que podrían afectarlos y que han sido ampliamente ilustradas tanto por la demandante como por otros de los intervinientes.

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



efectuar el juicio de proporcionalidad que determine la constitucionalidad del precepto demandado.

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

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

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

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

En lo referente a la eventual violación del derecho a la igualdad de los condenados sometidos a la publicación, vuelve sobre el propósito de la medida y del Código del cual ella hace parte, cual es la protección integral de los menores. Desde esta perspectiva, señala que la justificación del trato presuntamente desigual reside precisamente en el interés superior de los niños, para cuya protección integral se creó esta medida administrativa (resaltando que la ley no

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



le da el carácter de pena accesoria), a efectos de contribuir a la prevención de este delito, que tan gravemente afecta a la población infantil.

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

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1) Competencia

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

2) El contenido de la norma acusada

Previamente a adentrarse en el estudio de los aspectos de los cuales depende la exequibilidad del precepto demandado, es conveniente precisar su contenido y el contexto dentro del cual debe analizarse.

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

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

Establecida de manera general esta atribución en cabeza del mencionado instituto, el inciso segundo contempla un caso especial que, en consecuencia, limita parcialmente la autonomía de dicha entidad para determinar el contenido de tales mensajes. Se trata de la presentación “*por lo menos una vez a la semana*”, “*con nombres completos y foto reciente*”, de “*las personas que hayan*



sido condenadas en el último mes por cualquiera de los delitos contemplados en el Título IV ‘Delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales’² cuando la víctima haya sido un menor de edad’’. Esta parte de la norma es la que ha sido objeto de la presente demanda.

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

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

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

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

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

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

³ Si bien el primer inciso de la norma (aparte no demandado) se refiere a los servicios de radiodifusión, televisión y espacios electromagnéticos (en muchos de los cuales no existe programación propiamente tal, ni hay lugar al manejo de espacios o contenidos por parte del licenciatario), por la naturaleza del mensaje ordenado, que incluye la fotografía de la persona condenada, se entendería que la aplicabilidad de esta norma está contraída principalmente al servicio de televisión.

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

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



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

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

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

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

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

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

Verificado este análisis, y sólo en la medida en que se concluya que el mecanismo estudiado resulta proporcionado y legítimo, se haría necesario que la Corte aborde de manera directa los demás asuntos planteados por la demandante

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



y comentados por algunos intervinientes como posibles generadores de su inexecutable, a saber:

- iii) si la aplicación de esta medida implica un trato inhumano o degradante, situación proscrita por el artículo 12 constitucional;
- iv) si el hecho de aplicarse únicamente al caso de los delitos sexuales contra menores de edad y no a todos los demás tipos penales previstos en el correspondiente código, resulta violatorio del derecho a la igualdad;
- v) si la presentación de esta información a través de la televisión afecta el derecho al buen nombre, protegido por el artículo 15 constitucional;

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

Finalmente, en caso de haberse superado todas las anteriores objeciones de constitucionalidad, de tal modo que se descarte la posible inexecutable de este precepto, la Corte entraría a analizar otras situaciones que, llegado el caso, podrían dar lugar a la declaratoria de exequibilidad condicionada. Entre esos asuntos cabe mencionar los relativos a la firmeza de la condena como requisito *sine qua non* de esta publicación, la necesaria temporalidad de la medida y el tema de si aquélla podría aplicarse en el caso de personas responsables por hechos ocurridos con anterioridad a la vigencia de la Ley 1098 de 2006.

4) El alcance del artículo 44 de la Constitución Política

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

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



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

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

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

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

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

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

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



contenido en el artículo 44, como un mecanismo encaminado a la garantía y restablecimiento de los derechos de los niños que hayan sido víctimas de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, situaciones que de suyo afectan gravemente los derechos fundamentales que esta misma norma reconoce y protege.

5) El juicio de proporcionalidad sobre la medida estudiada

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

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

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

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

Sin embargo, otro de los objetivos de la disposición, o al menos una de las formas de lograr la protección de los menores, es atemorizar a los posibles futuros infractores a partir de la publicidad a que se somete el caso de las personas ya condenadas, finalidad que la demandante encuentra incompatible con los valores constitucionales.

La representante de la Defensoría del Pueblo hace algunos comentarios sobre el trámite legislativo cumplido por la disposición hoy demandada, señalando que la finalidad específica de esta norma no consta de manera expresa en tales documentos, debiendo apenas deducirse en forma indirecta de los principios



generales que inspiraron la expedición del Código de la Infancia y la Adolescencia y facilitan su interpretación. No obstante, llama la atención sobre el hecho de que no es claro cómo esta publicación protege a los menores colombianos, lo que crea dudas sobre cuál es la real finalidad de la medida.

A este respecto, la Corte constata la escasez de referencias precisas durante el trámite legislativo relativas a la introducción de esta norma y a sus objetivos específicos. Con todo, entiende, al igual que varios de los intervinientes, que la finalidad de esta publicación es, al menos de manera genérica, la protección de los menores de edad residentes en Colombia y la prevención de nuevas conductas de agresión sexual en contra de ellos. Así puede deducirse, en efecto, del contenido del Capítulo 1° (principios y definiciones)⁸ del Título I del Libro I de esta ley, en particular disposiciones como las que establecen la finalidad de este Código (art. 1°), su objeto (art. 2°), las reglas de interpretación y aplicación (art. 6°), el principio de protección integral (art. 7°), el principio sobre interés superior del menor (art. 8°) y la regla sobre prevalencia de sus derechos (art. 9°).

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

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

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

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

⁸ Artículos 1° a 16.



existencia de una expresa y suficiente sustentación al respecto. El texto quedó incorporado en la versión final, conciliada por comisionados de ambas cámaras el 20 de septiembre del mismo año y posteriormente aprobada por la plenaria de cada una de ellas.

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

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

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

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

Tampoco se analizó, en la misma línea, el índice de reincidencia en este tipo de conductas, que puede ser significativamente alto y daría lugar a pensar que tampoco opera la prevención especial, con lo que aún el hecho de haberse divulgado la información relativa a la propia condena, no parecería razón suficiente para contener a un individuo en trance de cometer una nueva acción delictiva de la misma naturaleza.

En el plano de prevenir a la población sobre la presencia de estos individuos en sus vecindarios y el peligro que representan, debe tenerse en cuenta que por la época en que ha de efectuarse la difusión, *“las personas que hayan sido condenadas en el último mes”*, en la mayoría de los casos el sentenciado estará



aún privado de la libertad, dado el extendido *quantum* punitivo actual, quedando sin fundamento ese objetivo de la publicación en el mes siguiente.

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

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

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

De manera general, es evidente que aquellas personas condenadas cuya identidad se difunda sufrirán por ello una innecesaria afectación adicional; si además de al sentenciado, o en lugar de él, quienes observen la divulgación conocen a su familia, los naturales sentimientos negativos que una noticia de este tipo despierta podrían extenderse contra personas que no sólo no son culpables de la depravación que se informa, sino que seguramente la desapruban o alguno (a) (s) de ellos la han padecido, y vienen a sufrir adicional vergüenza, baldón y otras aflicciones por lo que no han hecho. Aún más, se exponen a eventuales agresiones, verbales o de hecho, por parte de quienes conozcan y sepan dónde encontrar familiares del condenado, probablemente algunos en el rango de minoridad que teóricamente se quiere proteger.

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

5.5. La **desproporción** es todavía más palmaria al advertir, como lo plantea la actora, que con la aplicación de esta medida el delincuente esté siendo utilizado



por el Estado para crear temor, lo cual agrede de modo adicional, innecesario y poco útil, e implica una invasión a la órbita interna, además de utilización del individuo, inadmisibles frente a la persona humana, así se parta de la altísima gravedad de la acción perpetrada.

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

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

6) Conclusión

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

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

VII. DECISION

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



RESUELVE

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

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

RODRIGO ESCOBAR GIL
Presidente

JAIME ARAÚJO RENTERÍA
Magistrado
CON ACLARACIÓN DE VOTO

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA
Magistrado
CON ACLARACIÓN DE VOTO

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO
Magistrado

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO
Magistrado
AUSENTE CON EXCUSA

MARCO GERARDO MONROY CABRA
Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA
Magistrado
CON ACLARACIÓN DE VOTO



HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
Magistrada
AUSENTE EN COMISIÓN

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General