

**CAPACITACIÓN IN SITU EN**

**LA CORTE CONSTITUCIONAL DE**

**COLOMBIA, CON SEDE EN BOGOTÁ.**

**Rosalba      Rodríguez      Mireles.**

## CAPACITACIÓN IN SITU<sup>1</sup>

La capacitación in situ en la Corte Constitucional de Colombia, con sede en Bogotá, que se llevó a cabo del veintiuno al veinticinco de abril del presente año, se centró, principalmente, en investigar el tema de proporcionalidad de la pena.

Es decir, qué es lo que la Corte Constitucional de dicho país ha sustentado respecto a esta figura jurídica, en cuanto a la pena señalada por el legislador por la conducta ilícita que establece, no así respecto a la impuesta por el juez.

La institución a la que asistí se ha pronunciado en un número muy alto de sus sentencias sobre el principio de proporcionalidad, lo que ha contribuido a que se generen diversos TEST del mismo no sólo para la materia penal sino también para la civil y administrativa.

No obstante ello, se advirtió que la proporcionalidad de la pena es manejada bajo el supuesto de límites al legislador de su potestad punitiva o de configuración legislativa en materia punitiva; refiriendo que dichos límites son el de razonabilidad, proporcionalidad y estricta legalidad, los cuales condicionan tanto la definición del tipo penal, como la determinación de la sanción imponible.

Del análisis de algunas sentencias se desprende que la Corte Constitucional ha hecho ver que la proporcionalidad es un criterio de interpretación constitucional que pretende impedir los excesos o defectos en el ejercicio del poder público, como una forma

---

<sup>1</sup> Trabajo elaborado en cumplimiento al artículo 27, fracción X, del Acuerdo General de Administración V/2006 del Comité de Publicaciones y Promoción Educativa de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

específica de protección o de realización de los derechos y libertades individuales.

Sustenta que para determinar la proporcionalidad de una medida legislativa, el juez constitucional debe ponderar los intereses y valores constitucionales implicados en la norma, a fin de determinar si la relación que se da entre ellos es de equilibrio.

Su jurisprudencia señala que cuando se trata de analizar medidas que pretenden realizar la fuerza coactiva del orden jurídico, como algún delito establecido en la Ley Penal, la ponderación deberá hacerse entre los fines perseguidos por la norma represiva y el sacrificio de derechos que supone el conseguir tales fines por los medios escogidos por el legislador, estudiando si la medida adoptada resulta ser adecuada para los fines perseguidos y si la limitación de derechos que conlleva es necesaria dadas las circunstancias de hecho reguladas.

De la plática que se tuvo con algunos Magistrados Auxiliares (homólogos de los secretarios de estudio y cuenta de la Suprema Corte Mexicana) coincidieron en el que en el asunto Tutela 1073/2007, resuelto el 12 de diciembre de 2007, se estableció el test puntual de proporcionalidad de la pena.

Este asunto conocido como el de ~~mauros~~ y vallas+se refiere a la demanda de varios sentenciados por delitos contra la libertad, la integridad y la formación sexual, cuyas víctimas hayan sido menores de edad (en Bogotá), así como de una víctima.

Se interpuso contra el Acuerdo 280 de 2007 del Concejo de Bogotá por medio del cual se adoptan medidas (presentación de nombres y fotos de las personas condenadas por delitos sexuales) para la protección, garantía y reestablecimiento de los derechos de las niñas y niños en el Distrito Capital.

Aquí se **CONCEDIÓ LA TUTELA** revocando las resoluciones emitidas, toda vez que el Acuerdo no pasó el juicio de proporcionalidad.

Previa la consideración de los casos concretos, la Corte Constitucional de Colombia, realiza el juicio de proporcionalidad del Acuerdo impugnado, en los siguientes términos y bajo sus propios argumentos:

### **CONSIDERACIÓN GENERAL DE LOS CASOS CONCRETOS**

Como condición para adelantar el juicio de proporcionalidad en el presente caso, es preciso establecer con precisión cual es el aspecto de la medida que puede dar lugar a tensiones con derechos constitucionales.

Es claro, en primer lugar, que la mera divulgación del hecho cierto de la condena de una persona por delitos contra la libertad, la integridad o la formación sexuales de menores de edad, es el resultado natural de un juicio penal que es público, se inscribe dentro del derecho que tienen las personas a recibir información veraz e imparcial y no es contraria a derechos fundamentales. La afectación que el sentenciado, su familiares y allegados, o incluso las víctimas, puedan sufrir con esa divulgación, no es atribuible a la misma, sino al hecho cierto que es objeto de ella.

Sin embargo, **los cuestionamientos surgen por la manera como esa divulgación se ha previsto en el Acuerdo cuya aplicación quieren prevenir los accionantes.**

En ese escenario es preciso establecer, en primer lugar, cual es la afectación de derechos fundamentales que se produce por la particular manera como está prevista la divulgación de la identidad de quienes hayan sido condenados por delitos sexuales.

Si bien, como se ha expresado, la manera que se ha dispuesto para la divulgación de la información sobre los condenados por

delitos sexuales puede tener sentido desde la perspectiva de lograr la efectividad del propósito preventivo que tiene la medida, no puede pasarse por alto que la misma genera una afectación de esferas constitucionalmente protegidas de quienes han sido condenados, de sus familias y de las propias víctimas y sus familias.

En cuanto hace a quien ha sido condenado, es preciso tener en cuenta que ya ha sido sometido a un proceso penal, como consecuencia del cual se le impuso la sanción que el ordenamiento jurídico considera adecuada. La afectación que le produzca la medida, no puede tenerse, en consecuencia, como una retribución o sanción adicional. Del hecho cierto del delito se deriva, por otra parte una afectación del buen nombre y de la intimidad, atribuibles también a la conducta trasgresora del orden y no a la divulgación de la misma. Sin embargo, la permanencia indefinida en el tiempo de los medios de divulgación, o su carácter recurrente, así como las modalidades visuales empleadas implican afectación de la intimidad personal y familiar del sentenciado y pueden tener un connotación de escarnio público o estigmatizante.

Por otra parte, como se ha señalado, en general, los derechos fundamentales no son absolutos y son susceptibles de limitación legal, sin afectar su núcleo esencial. Sin embargo, determinados derechos están previstos en la Constitución de un modo absoluto, alcance que tiene la previsión del artículo 12 Superior conforme al cual *“nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.”*

**Así, en este caso, mientras que la intimidad personal y familiar, que se pretende afectada por la medida que se cuestiona, es susceptible de limitación por el legislador, siempre y cuando se respete su contenido esencial, caso en el cual procede realizar un ejercicio de ponderación, no cabe bajo ninguna circunstancia, a la luz de la Constitución, que una persona sea sometida a tratos degradantes, que es otra de las hipótesis de afectación de derechos que se ha planteado.**

**En criterio de los accionantes, la manera como está prevista la divulgación de sus identidades y la de las circunstancias de su**

**delito, los somete al escarnio público y constituye un trato degradante. Para las autoridades distritales, por el contrario, esa medida de divulgación, y sus particulares características, buscan establecer un mecanismo real y efectivo de primacía de los derechos de los niños sobre los de los demás, mediante la prevención de conductas que atenten contra su libertad, integridad y formación sexuales.**

Es evidente que cierto tipo de delitos acarrearán indignidad y un mayor grado de rechazo social hacia sus autores. La divulgación pública de tales delitos, sus autores, las circunstancias del acto y la pena impuesta, generan humillación para el delincuente, la cual es, sin embargo atribuible a su propia conducta punible.

El problema, sin embargo, consiste en establecer si más allá de la divulgación ordinaria, las modalidades previstas en el Acuerdo 280 implican un trato degradante, en cuanto significan humillación que se origina en la medida en si misma y no ya en la conducta delictiva. El asunto, necesariamente se reconduce al ámbito de la ponderación, por las razones que pasan a exponerse:

Ya se ha puntualizado que no es contraria a la Constitución la divulgación de un hecho delictivo cierto. Por otra parte, quien pretenda difundir una información puede adoptar las medidas necesarias para que la comunicación sea efectiva. Se plantea, entonces, un problema de grado:

En qué momento el medio empleado deja de ser un canal efectivo de comunicación, para convertirse en instrumento de degradación, bien sea por su inadecuación al fin propuesto, o por la desproporción entre la humillación a la que da lugar y el grado de efectividad en la obtención de dicho fin.

Con todo, la ponderación en este caso sería de distinta naturaleza a la del juicio de proporcionalidad, puesto que no se estaría sopesando una limitación admisible de un derecho en función tanto de los fines de la medida como de los derechos que afecta, sino de establecer a partir de qué momento, una determinada conducta debe tenerse como un trato degradante, caso en el cual enfrenta una exclusión absoluta.

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

Finalmente, en relación con las víctimas pueden plantearse, al menos, dos situaciones que implican una sensible afectación de sus derechos: Por un lado, se ha señalado el problema que enfrentan las víctimas al tener que confrontarse cotidianamente con la imagen magnificada de su agresor, y, por otro, cuando víctima y victimario pertenecen a la misma familia, la divulgación de la identidad de éste último y la de las circunstancias del delito, afecta necesariamente a la víctima y la pone en trance de sufrir una muy dolorosa presión social.

**De este modo se tiene que, en tanto que la medida que se cuestiona comporta una afectación de los derechos fundamentales de distintos sujetos, se impone el juicio de proporcionalidad, como ejercicio de ponderación entre los derechos en tensión.**

## **JUICIO DE PROPORCIONALIDAD**

La jurisprudencia constitucional ha señalado que los derechos fundamentales, en tanto que fijan estándares de actuación susceptibles de desarrollo legal<sup>2</sup>, están sujetos a ciertas condiciones de ejercicio y disfrute. Por otra parte, si bien es cierto que tales derechos no son absolutos y que, como tal, son susceptibles de limitaciones, no es menos cierto que el legislador

---

<sup>2</sup> Sentencia C-475 de 1997

no puede desconocer su núcleo esencial, que, como lo ha señalado esta Corporación, *es resguardado indirectamente por el principio constitucional de ponderación del fin legítimo a alcanzar frente a la limitación del derecho fundamental, mediante la prohibición de limitaciones desproporcionadas a su libre ejercicio*<sup>3</sup>. Quiere ello decir que cuando surja una tensión como producto de la necesidad de limitar un derecho en orden a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo, es necesario aplicar el juicio de proporcionalidad, *en el cual, por su carácter estricto, en principio se ha reservado para el estudio de las restricciones impuestas a los derechos fundamentales*<sup>4</sup>.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional<sup>5</sup>, el juicio de proporcionalidad supone establecer:

**A) En primer lugar, si la finalidad de una medida que implica un trato desigual o que impone restricciones a los derechos constitucionales es legítima<sup>6</sup>;**

**B) En segundo lugar si los medios empleados son adecuados para lograr el fin perseguido;**

**C) En tercer lugar, si son necesarios, en el sentido de que no exista otro medio menos oneroso en términos de sacrificio de otros principios constitucionales para alcanzar el fin perseguido y,**

**D) finalmente, si son proporcionados *stricto sensu*, esto es, que no se sacrifiquen valores y principios que tengan un mayor peso que el principio que se pretende satisfacer<sup>7</sup>.**

---

<sup>3</sup> Sentencia T-426 de 1992 (Asuntos de la Corte Constitucional de Colombia)

<sup>4</sup> Sentencia C-584 de 1997 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Respecto del test intermedio y el débil, ver sentencias C-445 de 1995 M.P. Alejandro Martínez Caballero y C-183 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>5</sup> Ver Sentencia C-142 de 2001

<sup>6</sup> Sentencia C-584 de 1997

<sup>7</sup> Sentencia C-309 de 1997. Sobre el juicio de proporcionalidad *stricto sensu*, en la sentencia C-584 de 1997 se precisa que " Este paso del juicio de proporcionalidad se endereza a evaluar si, desde una perspectiva constitucional, la restricción de los derechos afectados es equivalente a los beneficios que la disposición genera. Si el daño que se produce sobre el patrimonio jurídico de los ciudadanos es superior al beneficio

En el asunto en concreto se aplicó el anterior test, en palabras de la propia Corte Constitucional Colombiana, de la siguiente forma:

## **APLICACIÓN DEL TEST**

### **A) FINALIDAD**

El primer paso en el juicio de proporcionalidad es establecer si **la finalidad** que se persigue con la medida es legítima a la luz de la Constitución. (LEGITIMIDAD CONSTITUCIONAL)

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

### **B) IDONEIDAD**

Una vez constatada la legitimidad constitucional del fin que

---

constitucional que la norma está en capacidad de lograr, entonces es desproporcionada y, en consecuencia, debe ser declarada inconstitucional.”

persigue la medida, es necesario evaluar la **adecuación de los medios empleados para obtenerlo.**

A ese efecto, cabe hacer una distinción, para señalar que, por un lado, de manera general, **la autoridad que expidió la medida no aporta ninguna evidencia que soporte una conclusión sobre la adecuación de la misma para la realización del fin propuesto, y, por otro lado, que en relación con un buen número de supuestos,** que de conformidad con los datos de la exposición de motivos del proyecto de acuerdo constituyen un porcentaje considerable de los casos de violencia y abuso sexual de menores, y que son aquellos en los cuales la víctima y su agresor pertenecen a una misma familia, los elementos disponibles parecerían inclinarse **en contra** de la efectiva correspondencia entre medio y fin.

Así, una aproximación general a la medida muestra que, no obstante que, como se ha señalado, la divulgación prevista en ella puede tener un claro efecto preventivo, las especiales características que para ese propósito se han previsto en el Acuerdo 280 del Concejo de Bogotá, plantean una serie de interrogantes que la ponen en entredicho desde la perspectiva de su adecuación al fin propuesto.

Así, por ejemplo, **no se señala en la norma, en relación con los muros y vallas, el momento en el que debe hacerse la divulgación, ni la duración de la misma. Una interpretación sistemática del Acuerdo 280 de 2007, en el contexto normativo que le sirve de fundamento, mostraría una cierta incongruencia entre el efecto preventivo que se busca y el momento en el que se realiza la divulgación, puesto que ésta tiene lugar cuando se produce la condena, pero el riesgo que se quiere prevenir se materializaría a partir del momento en que el sentenciado, después de purgar la pena, se reinserta a la sociedad.**

El Acuerdo no tiene una regulación sobre este particular, ni las

autoridades aportan información que soporte el efecto preventivo que se le atribuye a la norma. ¿Cuánto tiempo deben permanecer los muros y las vallas para que se genere ese efecto preventivo? Si el riesgo de reincidencia es permanente, ¿qué pasa en el momento en el que se decida retirar la identidad de los agresores de los muros y de las vallas? ¿Durante cuanto tiempo se mantiene la memoria de la información que fue divulgada, de manera que tenga en el futuro el efecto preventivo que se pretende?

**Por otra parte, de conformidad con la información contenida en la exposición de motivos del proyecto que culminó con la expedición del Acuerdo 280 de 2007 del Concejo de Bogotá, en un alto porcentaje de los abusos sexuales a menores, los abusadores son los propios padres o familiares y los hechos tienen lugar en el hogar de los menores. No hay en la exposición de motivos, ni se han aportado al expediente, estudios que muestren cuál puede ser el efecto preventivo de una divulgación general sobre la identidad de este tipo de agresores sexuales. No se aporta evidencia que muestre que quienes cometen este tipo de abusos constituyan un riesgo general, más allá del ámbito familiar, ni que la divulgación al público de su identidad tenga en ese ámbito familiar un efecto útil mayor que el que se tiene por el conocimiento de primera mano de los hechos. Por el contrario, y este es un asunto que habrá de examinarse en un subsiguiente paso del juicio de proporcionalidad, sí parecería claro que esa divulgación, con las características previstas en la norma, significa un gravamen emocional injustificado para la víctima y su familia, por la exposición pública de su caso, que no puede desligarse de la divulgación de la identidad del agresor.**

Observa la Sala que no obstante que la falta de claridad en relación con la adecuación de la medida al fin propuesto apunta hacia que en este caso la misma deba inaplicarse por no satisfacer el segundo de los criterios del juicio de

proporcionalidad, teniendo en cuenta que, como se ha señalado, puede admitirse que una divulgación efectiva de la identidad de los agresores sexuales tiene un cierto efecto preventivo, la Sala prosigue con el siguiente paso del juicio de proporcionalidad, que tiene que ver con la necesidad de la medida.

### **C) NECESIDAD**

Es claro que la medida busca un efecto preventivo que va más allá de la divulgación ordinaria de la identidad de los agresores sexuales de menores en Bogotá. **Sin embargo, en este caso se advierte, no sólo la falta de un estudio serio sobre la adecuación de la medida al fin propuesto, sino la ausencia, también, de un estudio sobre alternativas menos gravosas en términos de derechos fundamentales y que puedan tener la misma o incluso mayor eficacia en función del fin propuesto.**

Sin que le corresponda a la Sala formular alternativas de política pública, ni evaluar la constitucionalidad o la eficacia de las que puedan plantearse, distintas de las que son objeto de escrutinio constitucional en la presente oportunidad, si puede a título ilustrativo, hacer una referencia de derecho comparado para mostrar la existencia de alternativas, en el mismo ámbito de la prevención mediante la divulgación de la identidad de quien ha sido condenado, susceptibles de ser evaluadas por las autoridades, tanto desde la perspectiva de su efectividad para el logro del fin propuesto, como de su grado de afectación de derechos fundamentales.

Así, por ejemplo, en la legislación estatal de un buen número de Estados de los Estados Unidos, se ha adoptado la que se conoce como Ley Megan y que es una medida por virtud de la cual las personas condenadas por delitos de violencia sexual

tienen que inscribirse en un registro público que deben mantener actualizado con el fin de que los interesados puedan establecer qué personas con esos antecedentes residen en su vecindario.<sup>8</sup> En otro contexto, en España, en su momento, se dio una controversia en torno a la elaboración de listados de delincuentes, a propósito de la expedición de la Ley 5 de 2001 sobre «Prevención de Malos Tratos y Protección a Mujeres Maltratadas», aprobada por las Cortes de Castilla-La Mancha.

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

#### **D) PROPORCIONADOS STRICTO SENSU**

Concluye de este modo la Sala que, puesto que se ha establecido que la medida cuestionada comporta afectación de derechos fundamentales del agresor, de su familia y de las víctimas; que no hay evidencia que muestre que la medida resulta adecuada para la obtención del fin propuesto, y que, por el contrario se han planteado circunstancias en que ello parecería no ser así y que tampoco se ha mostrado que para la adopción de la misma se hayan evaluado medidas de carácter similar pero que tengan menor impacto sobre los derechos fundamentales, habrá de disponerse su inaplicación en los

---

<sup>8</sup> La Corte Suprema de los Estados Unidos se ha pronunciado sobre esta ley en algunos de los Estados de la unión americana. En el caso *SMITH et al. v. DOE et al.*, por ejemplo, a propósito de la norma del Estado de Alaska que establecía la obligación del registro de los agresores sexuales, cuyos datos estarían disponibles a través de Internet, señaló que puesto que la ley de registro de infractores sexuales de Alaska no tenía carácter sancionatorio, su aplicación retroactiva no resultaba contraria a la cláusula constitucional sobre exclusión de las penas establecidas ex post facto. Expresó la Corte Suprema en esa decisión que la imposición de medidas restrictivas sobre los infractores sexuales que puedan ser considerados peligrosos responde a un objetivo gubernamental legítimo. A diferencia de la medida que ahora se estudia, el registro previsto en las leyes de los Estados Unidos, aunque accesible a quien tenga interés en ello, no comporta una exposición pública de alto impacto y larga duración de quienes hayan sido condenados por delitos sexuales.

casos objeto de estudio, como medida transitoria mientras la jurisdicción de lo contencioso administrativo se pronuncia sobre la constitucionalidad del Acuerdo 280 de 2007, o la Corte Constitucional en sede de control abstracto de normas, emite un pronunciamiento en torno a la constitucionalidad del artículo 48 de la Ley 1098 de 2006 que le sirve de base.+

Como se puede advertir de lo anterior, y no obstante que lo analizado por el Tribunal Constitucional no se calificó como una sanción penal, se realiza y aplica un test que muy bien puede utilizarse para el análisis de un argumento en donde se plantee la inconstitucionalidad de una pena -establecida en un tipo penal- por desproporcional.

Deriva del asunto referido de la Corte Constitucional Colombiana, que esta Institución, para resolver en la forma que lo hizo, toma en consideración diversas cuestiones que giran en torno a la creación de la medida establecida en el Acuerdo 280/2007 del Concejo de Bogotá, entre las mismas se encuentra la exposición de motivos para la creación de dicho Acuerdo, los argumentos de las partes y de las personas interesadas en externar su opinión sobre el tema, estadísticas, impacto social, consecuencias sociales, y hasta invoca ejemplos de cómo en otros países se trata el problema planteado en el asunto.

Cuestiones éstas que en nuestro derecho positivo mexicano, sobre todo respecto de los asuntos que se llevan en la Suprema Corte Mexicana, no son del todo consideradas para la emisión de sus resoluciones, pues si bien, se hace referencia a la exposición de motivos de la norma que se va a analizar, lo cierto es que aun no se permite -del todo- que otras personas o instituciones interesadas en el tema expresen lo que deseen, tampoco se invocan ejemplos de cómo otros países (que han tenido el mismo problema) han tomado medidas para resolver lo planteado.

La historia de Colombia y la de México son muy distintas, de ahí que el primer país mencionado haya tenido que avanzar en el

pronunciamiento de temas sobre derechos fundamentales y encontrar fórmulas -como los test- para resolver los conflictos planteados, lo que en la justicia mexicana se tiene que considerar para que las determinaciones que emite jurídicamente se enriquezcan aún más.

