

## Acción de tutela contra actos generales, impersonales y abstractos: muros de la infamia

La Corte Constitucional, en la Sentencia T-111 del 18 de febrero de 2008 (M. P.: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO)<sup>1</sup>, decide acumular cuatro acciones de tutela<sup>2</sup> interpuestas por condenados por delitos contra la libertad, integridad y formación sexual cometidos contra menores de edad. Esta decisión de la Corte obedece a que las acciones de tutela acumuladas tenían unidad de materia, esto es, todas pretendían la inaplicación del Acuerdo 280 de 2007 expedido por el Concejo de Bogotá mediante el cual “se dispuso la difusión, bajo determinadas condiciones de tiempo, modo y lugar, de información concerniente a las personas que hubieren sido condenadas por delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, cuando las víctimas fueren menores de edad”<sup>3</sup>.

Los accionantes pretenden evitar que se les aplique el acuerdo referido “por estimar que tal acto, en cuanto dispone la amplia difusión de los nombres y las fotografías de las personas condenadas por delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales de los menores de edad, afecta sus derechos fundamentales y los de sus familias a la vida, a la prohibición de los tratos crueles inhumanos y degradantes, a la igualdad, a la intimidad personal y familiar y al buen nombre, y a tener una familia”<sup>4</sup>.

Bajo la óptica anterior se observan dos grandes tópicos importantes que aborda la Corte: el primero es el relacionado con la procedencia de la acción de tutela frente a actos administrativos generales, impersonales y abstractos;

\* Estudiante de quinto año de derecho y monitor del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia.

1. Es importante resaltar que la Corte entra a analizar las tutelas presentadas por los actores en el presente proceso a pesar de que la misma Corte (Sentencia C-061 de 2008) declaró inexecutable el artículo 48 inc. 2 de la Ley 1098, sustento de los “muros de la infamia” que desarrolló el Acuerdo 280.

2. Referencia de las acciones de tutela acumuladas: expedientes T-1735416, T-1721484, T-1715158 y T-1672558.

3. Corte Constitucional. Sentencia T-111 de 2008 (M. P.: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO).

4. *Ibidem*.

el segundo gran tema es el de la constitucionalidad de los llamados “muros de la infamia” y los riesgos frente a los derechos fundamentales de ceñir este análisis de constitucionalidad al ámbito de la acción tutela donde no se logra más que una inaplicación particular y concreta de la norma (excepción de inconstitucionalidad).

Como en el presente caso se interpone una acción de tutela contra el acuerdo 280 de 2007, acto administrativo de carácter general, impersonal y abstracto y en vista de que esto generó polémica en los juzgados de primera y segunda instancia, la Corte se encarga de aclarar el tema. En primer lugar, reitera la doctrina de los jueces *a quo* diciendo que por regla general contra los actos administrativos generales no procede la acción de tutela, pues así lo dispone el Decreto 2591 de 1991 y además existe un mecanismo judicial idóneo cual es la acción de nulidad<sup>5</sup> ante la jurisdicción contencioso administrativa.

No obstante lo anterior, excepcionalmente la Corte considera procedente la acción de tutela contra actos administrativos generales<sup>6</sup>, en cuyo caso la tutela no se dirige a cuestionar la legalidad o constitucionalidad del referido acto sino a impedir que eventualmente se ejecute para evitar un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales amenazados<sup>7</sup>. De ese modo la Corte concluye que para determinar la procedencia de la tutela contra un acto administrativo es necesario establecer: “(i) Que se está ante una amenaza cierta, consistente en que de la aplicación de un acto de carácter general, impersonal y abstracto, se derive una afectación de los derechos fundamentales de una persona y, (ii) Que, en tal eventualidad, el acudir a las vías ordinarias podría comportar la ocurrencia de un perjuicio irremediable”.

Hasta aquí se puede observar cómo la Corte asume competencias que en principio y desde la Constitución se han atribuido a la jurisdicción contencioso administrativa. La Corte intenta salir al paso a la anterior acusación diciendo que en últimas no va a revisar la constitucionalidad o legalidad del acto, sino que se va a restringir a revisar si de su eventual aplicación se deriva un perjuicio irremediable para un derecho fundamental. Con esto, entonces, surge la pregunta: ¿y esto no implica, en últimas, una revisión de constitucionalidad del acto administrativo, que acentúa el “choque de trenes” entre las altas cortes?

En relación con el primer requisito para que proceda la tutela, amenaza cierta, la Corte dice que en el presente caso se reúnen los requisitos<sup>8</sup> que

5. Artículo 84 del Código Contencioso Administrativo.

6. Al mismo respecto se refieren las siguientes tutelas: T-1142 de 2003, T-257 de 2006, T-105 de 2007, T-649 de 2007, T-921 de 2006, T-435 de 2006 y T-407 de 2005, entre otras.

7. El fundamento jurídico para suspender u ordenar que no se aplique el acto administrativo está en los artículos 7.º y 9.º del Decreto 2591 de 1991.

8. Sentencia T-111 de 2008: (i) Se “vulnera un derecho cuando el bien jurídico que constituye su objeto es lesionado y se amenaza un derecho cuando ese mismo bien sin ser destruido, es puesto en trance de sufrir mengua.

”(ii) Para que se configure la hipótesis jurídica de una amenaza a los derechos fundamentales

hacen inminente un daño a los derechos fundamentales en riesgo. Es decir, que para la Corte existe la íntima convicción y además se dan las condiciones objetivas necesarias para creer razonablemente que los accionantes pueden ser destinatarios del Acuerdo 280 de 2007 en un “futuro inmediato”.

Ahora bien, cuando la Corte ordena la no aplicación del acto administrativo vía tutela mientras se declara la nulidad en la jurisdicción administrativa, la tutela no cumple su cometido que es ser mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, puesto que existe otro mecanismo, este sí ordinario, la suspensión provisional dentro de la jurisdicción contenciosa, que cumple los mismos objetivos que la Corte pretende atribuir a la tutela en el presente caso, luego la tutela pierde justificación al menos hasta tanto se pida suspensión provisional y esta se niegue. Es más: tratándose de la acción de nulidad no se requiere probar vulneración o amenaza al derecho del actor para pedir la suspensión provisional<sup>9</sup>. A pesar de ser una vía jurisdiccional ordinaria la suspensión provisional y no excepcional como la tutela, la Corte ni siquiera la menciona al menos para exigirla como requisito previo a la interposición de la respectiva tutela.

En cuanto al segundo requisito para la procedencia de la tutela contra actos administrativos, referente al perjuicio irremediable<sup>10</sup> la Corte considera que en el presente caso existe un perjuicio inminente para los derechos de los actores, por tanto procede la tutela. Volviendo sobre el punto, ¿es que acaso el perjuicio irremediable no se puede evitar con la suspensión provisional del acto del cual se pide la nulidad? Además, si la contradicción del Acuerdo

“[...] se requiere la confluencia de elementos subjetivos - convicción íntima de la existencia de un riesgo o peligro -como objetivos- condiciones fácticas que razonablemente permitan inferir la existencia de un riesgo o peligro”.

9. Art. 152 numerales 1 y 2 del Código Contencioso Administrativo. Es claro que este planteamiento genera la inquietud de la eficacia del mecanismo de la suspensión provisional. En el presente caso no me centraré en analizar este punto; lo que se pretende es resaltar que había un mecanismo que ameritaba pronunciamiento de la Corte al menos para decir que por su ineficacia no lo tendrá en cuenta ni siquiera como requisito previo para la procedencia de la tutela.

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

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

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

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

(iv) La inminencia de la afectación de derechos y la posibilidad de prevenirla por la vía de la tutela, habilitan este medio extraordinario como mecanismo transitorio, mientras la jurisdicción de lo contencioso administrativo se pronuncia sobre la validez constitucional del acto administrativo”. Sentencia T-111 de 2008.

280 con los derechos fundamentales es tan clara como lo expresa la Corte, no se tendría que probar el perjuicio inminente e irremediable para que procediere la suspensión del acto administrativo, puesto que bastaría que en la demanda ante la jurisdicción contencioso-administrativa se hiciera ver esta ostensible inconstitucionalidad para que procediera de manera inmediata la suspensión provisional del acto. Ya si el anterior recurso ordinario no produjere efectos y siguiere en pie la amenaza a un perjuicio irremediable de un derecho fundamental, se podría entonces sí con justificación interponer la acción de tutela.

Por otro lado, el segundo gran tema que toca la Corte Constitucional en la presente sentencia es el de los “muros de la infamia”.

El Acuerdo 280 de 2007<sup>11</sup> en aras de lograr una función preventiva crea las siguientes medidas: (i) La ubicación de muros y vallas en sitios de alta afluencia de público, en los que, de manera destacada, se divulguen la siguiente información: los nombres y una foto reciente de los condenados por los delitos contra la libertad, la integridad y la formación sexuales, cuyas víctimas han sido menores de edad en Bogotá; los delitos cometidos, la condena impuesta y la edad de las víctimas. (ii) La divulgación de esa misma información a través de volantes que serán repartidos durante la primera semana de cada trimestre del año, en sitios de alta afluencia de público. Estos volantes serán adicionalmente distribuidos dos veces al año, adjuntos a las facturas de los servicios públicos domiciliarios. (iii) Finalmente, una vez al año el gobierno distrital presentará la misma información en los diferentes medios de comunicación de amplia circulación, escritos, televisivos y radiales<sup>12</sup>.

Para analizar la constitucionalidad del acuerdo, o como se dice en la sentencia “la desproporcionalidad de la medida”, la Corte utiliza el test de proporcionalidad, con sus elementos tradicionales: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Con respecto al primer elemento, la Corte dice que la medida de divulgación de información del delincuente y la víctima por los medios referidos en el acuerdo, a pesar de no ser una pena adicional impuesta al delincuente y ser meramente una medida administrativa y que busca proteger a los niños y prevenir ofensas sexuales contra estos, constitucionalmente no es idónea<sup>13</sup>.

11. El Acuerdo 280 de 2007 se fundamenta en el inciso segundo del artículo 48 de La ley 1098 de 2006, Nuevo Código de la Infancia y de la Adolescencia, ley reglamentada por el Decreto 2200 de 2007. Valga anotar que el inciso 2 del artículo 48 fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en la Sentencia C-061 del 30 de enero de 2008 (M. P.: NILSON PINILLA PINILLA), donde la Corte, haciendo el análisis de constitucionalidad con fundamento en el principio de proporcionalidad, determinó que la medida permitida por el inciso 2 del artículo 48 de la ley 1098 resultaba desproporcional y por tanto inexecutable.

12. *Ibidem*.

13. Sentencia T-111 de 2008: “Destacó la Corte que no obstante, la divulgación prevista en la medida puede tener un claro efecto preventivo, las especiales características que para ello se han dispuesto en el Acuerdo 280 del Concejo de Bogotá, plantean una serie de dificultades que demeritan su *adecuación* al fin propuesto. Ellas son:

Estima la Corte en principio, en relación con el delincuente, que la medida responde al derecho de todas las personas a recibir una información veraz e imparcial, por lo que obedece a un fin constitucionalmente legítimo. Además, la afectación al buen nombre y a la intimidad es consecuencia de la transgresión del delincuente, mas no de la divulgación misma.

Sin embargo, la cuestión surge no de la medida en sí misma sino de la forma como el acuerdo dispone que se haga la divulgación. Así, “la permanencia indefinida en el tiempo de los medios de divulgación, o su carácter recurrente, así como las modalidades visuales empleadas implican afectación de la intimidad personal y familiar del sentenciado y pueden tener una connotación de escarnio público o estigmatizante”.

En relación con los familiares del victimario, la Corte considera que la divulgación hace que se transmitan la humillación y la vergüenza hacia ellos. Además se afectan también los derechos de las víctimas, pues tienen que confrontar cotidianamente la imagen “magnificada” de su agresor, y cuando el victimario es familiar de la víctima, la medida de divulgación afecta a esta última y la pone en trance “de sufrir una dolorosa presión social”. Por todo lo anterior, la Corte concluye que la medida de divulgación regulada en el Acuerdo 280 de 2007 no es idónea ni adecuada a los fines constitucionales.

Con respecto al análisis de la necesidad, la Corte no encuentra que para la adopción de la medida se hayan evaluado medidas de carácter similar pero que tengan menor impacto sobre los derechos fundamentales, luego esta medida no es necesaria, por tanto es desproporcionada. En razón de lo anterior, la Corte concede las tutelas y ordena al Alcalde Mayor de Bogotá y a las demás autoridades distritales que se abstengan de aplicar el Acuerdo 280 de 2008 con respecto a los actores.

La decisión de la Corte deja una enorme preocupación constitucional, puesto que si según el análisis profundo de constitucionalidad que hizo la Corte la medida sería inexecutable no sólo para los actores de la sentencia de tutela referida sino para todos los condenados por delitos contra menores, porque es desproporcional o mejor amenaza gravemente los derechos fundamentales del victimario, de la víctima y de los familiares de estos, ¿dónde queda el derecho a la igualdad, si en el presente caso solo se falló respecto de unas personas? ¿O en estos casos sería posible plantear que como se trata de una excepción de inconstitucionalidad aplicada por una alta corte, esta

---

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

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

decisión sería vinculante para los demás jueces de menor jerarquía?, y si así fuere, ¿qué pasaría en sede de las demás altas cortes?

Se supone que la anterior medida impuesta por el juez de tutela es transitoria mientras se declara la nulidad del acto administrativo, pero la Constitución consagra el principio de independencia judicial y en el presente caso no existe prejudicialidad, luego el juez contencioso podría fallar en sentido opuesto a la Corte Constitucional y concluir que el Acuerdo 280 de 2008 es legal y constitucional, en cuyo caso, ¿qué pasaría con la decisión de la Corte Constitucional? Conforme a los anteriores interrogantes, se pone en tela de juicio la conveniencia jurídica de que la Corte inaplique actos administrativos vía tutela, ya que en lugar de proteger derechos fundamentales lo que hace es generar inseguridad jurídica y vulneración al derecho a la igualdad.

Asimismo se pone de presente que la revisión de constitucionalidad de los actos administrativos se atribuye por nuestra Carta Política a la jurisdicción contencioso - administrativa (num. 2, art. 237 de la Constitución Política), y como la vía adecuada para evitar inseguridad jurídica y abogar por la igualdad sería la acción de constitucionalidad y no la excepción de inconstitucionalidad, conforme el principio de competencia la Corte Constitucional no podría conocer de tales cuestiones. Por eso, en mi concepto, en el presente caso la Corte Constitucional utilizando la teoría del perjuicio irremediable está conociendo temas que no son de su competencia y que en últimas generan efectos desfavorables para los derechos fundamentales.

Estos efectos negativos se concretan en que la acción de tutela en estos casos beneficia a cierto grupo de personas, quienes interponen la acción, y a pesar de que existen los fundamentos constitucionales para una inaplicación general de la norma examinada, quienes no interpusieron la referida tutela se verían afectados en su derecho fundamental a la igualdad por ser destinatarios de una norma inconstitucional. Además, podría suceder que el Consejo de Estado se pronunciara declarando la validez legal y constitucional de la norma examinada e inaplicada por la Corte, en cuyo caso se afecta también la seguridad jurídica.