

CÓDIGO DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA

Fernando Velásquez Velásquez

Honorables Magistrados
Corte Constitucional
Dr. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ
Magistrado Ponente
Ciudad
E. S. D.

REFERENCIA: Oficio No. 2072 de dieciséis de julio 2009, atinente al expediente D-7807, Ley 1098 de 2006, artículos 129, 150, 158, 197 y 199, todos ellos demandados en forma parcial.

Muy distinguidos, Señores Magistrados:

Cordial y respetuoso saludo. En relación con la solicitud contenida en el Oficio de la referencia, al tenor de lo señalado en el artículo 13 del Decreto 2067 de 1991, gustosamente, procedo a emitir el concepto que se me solicita.

I. EL ASUNTO PLANTEADO

Mediante un largo escrito sin fecha, pero presentado el día cuatro de junio 2009, se radicó ante la H. Corte Constitucional una acción pública de inconstitucionalidad entablada por un Profesional del Derecho contra diversos apartes de los artículos 129, 150, 158, 197 y 199 del Código de la Infancia y de la Adolescencia (Ley 1098 de 08.11.2006), atinentes a distintas materias, así:

A. Artículo 129. Se cuestiona el texto que reza: “...***En todo caso se presumirá que devenga al menos el salario mínimo legal***” (inciso final).

B. Artículo 150. Se demandan las locuciones: “...Sus declaraciones solo las podrá tomar el Defensor de Familia con cuestionario enviado previamente por el fiscal o el juez. El defensor sólo formulará las preguntas que no sean contrarias a su interés superior” (inciso 2º), “...Dicho interrogatorio se llevará a cabo fuera del recinto de la audiencia” (inciso 4º) y “...El mismo procedimiento se adoptará para las declaraciones y entrevistas que deban ser rendidas ante la Policía Judicial y la Fiscalía durante las etapas de indagación o investigación” (inciso 5º).

C. Artículo 158. Así mismo, se cuestionan la siguiente construcción idiomática: “...El proceso se suspenderá mientras se logra la comparecencia del procesado. En estos eventos la prescripción de la acción penal se aumentará en una tercera parte” (inciso 2º).

D. Artículo 197. En relación con este texto se critican dos apartes: “...de oficio sí” y “...no la hubieran solicitado” (inciso 1º).

E. Artículo 199. Se objetan los siguientes segmentos: “...1... esta consistirá siempre en detención en establecimiento de reclusión. No serán aplicables en estos delitos las medidas no privativas de la libertad previstas en los artículos 307, literal b), y 315 de la Ley 906 de 2004”. “2. No se otorgará el beneficio de sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario por la de detención en el lugar de residencia, previsto en los numerales 1 y 2 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004”. “...4. No procederá el subrogado penal de Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena, contemplado en el artículo 63 del Código Penal. 5. No procederá el subrogado penal de Libertad Condicional, previsto en el artículo 64 del Código Penal. 6. En ningún caso el juez de ejecución de penas concederá el beneficio de sustitución de la ejecución de la pena, previsto en el artículo 461 de la Ley 906 de 2004”. “7. No...”; “8. Tampoco... ningún otro...salvo”. Y, del párrafo transitorio, las expresiones: “...no”, “...ni”, “...tampoco”, “...ni”, “ningún otro”, “salvo” (párrafo).

II. PRECISIÓN METODOLÓGICA

A efectos de ordenar los contenidos de este escrito y poder emitir el concepto solicitado, se procede a reunir en dos grupos las normas que son objeto de cuestionamiento por parte del peticionario: en el primero, se abordan los artículos 129, 158 y 197; y, en el segundo, los artículos 150 y 199.

III. CONSIDERACIONES SOBRE LOS ARTÍCULOS 129, 158 Y 197 DE LA LEY 1098 DE 2006

Examinadas en forma detenida las diversas razones esgrimidas por el solicitante, en relación con los textos de los artículos 129, 150, 158 y 197, se tiene lo siguiente.

A. Sobre el artículo 129. Como ya se ha dicho, el petente cuestiona el aparte que reza: “*En todo caso se presumirá que devenga al menos el salario mínimo legal*”, en torno a lo cual se debe decir lo siguiente.

Si bien, un análisis realizado *prima facie* puede llevar a la convicción de que resulta cuestionable el establecimiento de una presunción como esta, en un país donde poco más de la mitad de la Población vive en condiciones infrahumanas y el desempleo ha llegado a los niveles señalados por el demandante –sin descartar los acertados cuestionamientos socio-económicos que se plasman en el escrito–, también es lo cierto que la presunción allí consignada no es de derecho (*juris et de jure*) sino legal (*juris tantum*), esto es, **admite prueba en contrario**, por lo cual no se ve cómo pueda pugnar con la norma superior.

Es más, debe decirse que aparte similar contenido en el texto del artículo 155 del Código del Menor ya derogado, fue declarado exequible mediante sentencia C-388 de cinco de abril de 2000, Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz –ante demanda instaurada por el Dr. DARÍO GARZÓN GARZÓN–, oportunidad en la cual se debatieron las mismas tesis. En efecto, entonces se dijo:

En primer lugar, *no es cierto que una presunción legal comprometa el debido proceso*:

“Como lo ha aceptado esta Corporación, la existencia de las presunciones legales no compromete, en principio, el derecho al debido proceso. Nada obsta para que el legislador, con el fin de dar seguridad a ciertos estados, situaciones o hechos jurídicamente relevantes y de proteger bienes jurídicos particularmente valiosos, respetando las reglas de la lógica y de la experiencia, establezca presunciones legales. En estos casos, la ley reconoce la existencia empírica de situaciones reiteradas y recurrentes, comúnmente aceptadas, para elevarlas, por razones de equidad, al nivel de presunciones”.

Es más, en segundo lugar, al abordar el tema atinente a *la justificación de redistribución de cargas procesales*, también se señaló:

“La razonable correspondencia entre la experiencia -reiterada y aceptada-, y la disposición jurídica, así como la defensa de bienes jurídicos particularmente importantes, justifican la creación de la presunción legal y la consecuente redistribución de las cargas procesales. Si bien, en principio, los sujetos procesales están obligados a demostrar los hechos que alegan como fundamento de su pretensión, lo cierto es que, en las circunstancias descritas y con el fin de promover relaciones procesales más equitativas o garantizar bienes jurídicos particularmente importantes, el legislador puede invertir o desplazar el objeto de la prueba. Es por lo anterior que *un segmento importante de las presunciones legales tiende a corregir la desigualdad material que existe entre las partes respecto del acceso a la prueba y a proteger la parte que se encuentra en situación de indefensión o de debilidad manifiesta*”.

Incluso, en tercer lugar, se señalaron los *requisitos para que una presunción legal sea constitucional*:

“Para que una presunción legal resulte constitucional es necesario *que la misma aparezca como razonable*, es decir, que responda a las leyes de la lógica y de la experiencia-, que persiga un fin constitucionalmente valioso, y que sea útil, necesaria y estrictamente proporcionada para alcanzar el mencionado fin”.

De igual forma, en cuarto lugar, la Corte demostró que *se superaba el juicio de razonabilidad de la presunción legal* en cuestión:

“El juicio de razonabilidad de una norma que consagra una presunción legal se supera, simplemente, al verificar que, según las reglas de la experiencia, es altamente probable que, de ocurrir el hecho base o antecedente, se presente el hecho presumido. La probabilidad se define, principalmente, a partir de datos empíricos. No obstante, en algunas circunstancias, el legislador puede encontrar probable la conducta que, según el ordenamiento jurídico, debe seguir un sujeto razonable (o lo que en derecho civil aún hoy se denomina un buen padre de familia). En consecuencia, *para consagrar una determinada presunción, la ley puede tener en cuenta expectativas sociales adecuadamente fundadas, siempre que tales expectativas puedan ser razonablemente satisfechas. No obstante, tratándose de una presunción legal, la persona afectada tendrá siempre la oportunidad de demostrar la inexistencia del hecho presumido*”.

Por ello, en quinto lugar, *concluyó*:

“En suma, nada en las disposiciones legales estudiadas permite aseverar que el deudor será condenado a pagar una suma que le resultaría imposible sufragar y que el correspondiente incumplimiento va a culminar con una sanción penal en su contra. Por el contrario, la imposibilidad de pagar por insuficiencia de recursos debidamente documentada constituye justa causa para disminución o suspensión temporal de la obligación alimentaria y sirve para desvirtuar la responsabilidad penal por el delito de inasistencia alimentaria. /Dado que la presunción legal bajo estudio resulta razonable y proporcionada, la Corte procederá a declarar su exequibilidad” (cursivas añadidas).

Por ende, Honorables Magistrados, como el demandante no sólo no ha podido probar las vulneraciones a los mandatos superiores contenidos en los artículos 2, 6, 25, 28 inciso final, 54, y 229 de la Ley de Leyes —en los que se apoya— y éstas tampoco existen, sino que ya la Corte se ocupó en forma extensa y pródiga sobre el asunto, el único pronunciamiento que aquí cabe es el de **estarse a lo resuelto en la sentencia C-388 de cinco de abril de 2000, Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.**

B. Sobre el artículo 158. También, cuestiona el peticionario el texto de esta disposición en el aparte ya transcrito [cfr. *Supra* II, C] en cuanto no posibilita el juzgamiento en ausencia del menor, en lo que ve una notoria desigualdad cuando compara esta norma con las disposiciones pertinentes de la legislación procesal ordinaria, para el caso la Ley 906 de 2004, que sí lo permiten como parte del diseño procesal de tendencia acusatoria —¡no acusatorio, como afirma de forma insistente el discurso oficial!— que prevé la Carta en el texto del artículo 250, entre otros.

Incluso, debe añadirse, la propia Corte Constitucional ha avalado este diverso tratamiento al ausente cuando señala que ese mecanismo es ajustado a la Carta Fundamental: “...**esta Corporación, en diversos pronunciamientos de constitucionalidad, ha encontrado que esta figura se ajusta a los principios constitucionales y al respeto por los derechos fundamentales, siempre y cuando se cumpla con ciertos requisitos, tanto de carácter procesal como sustancial...**” (cfr. sentencia T-737 de 20 de septiembre de 2007, Magistrado Ponente: Jaime Córdova Triviño y sentencias allí citadas, en especial las mencionadas en el pie de página 43. Cursivas, subrayas y negrillas añadidas).

También, de manera amplia, la sentencia C-591 de nueve de junio 2005, enseña:

“En materia de juicios en ausencia, se tiene que los mismos no se oponen a la Constitución por cuanto permiten darle continuidad de la administración de justicia como servicio público esencial, pese a la rebeldía o la ausencia real del procesado, e igualmente, facilitan el cumplimiento del principio de celeridad procesal. No obstante lo anterior, la vinculación del imputado mediante su declaración de reo ausente sólo es conforme con la Carta Política si (i) el Estado agotó todos los medios idóneos necesarios para informe a la persona sobre el inicio de un proceso penal en su contra; (ii) existe una identificación plena o suficiente del imputado, dado que por estar ausente por lo general no basta con la constatación de su identidad física; y (iii) la evidencia de su renuencia” (cursivas añadidas).

Ello, evidentemente, muestra que existe un régimen desigual que –en principio– no tiene razón de ser; es más, debe decirse que si el querer del legislador ordinario era introducir un rito procesal de tendencia acusatoria acorde con los lineamientos señalados en la Carta [cfr. artículos 29, 250 y concordantes] –cosa que, por supuesto, no se logró a plenitud porque todavía subsisten criticables y notorios rezagos inquisitivos–, era imperativo prohibir el juzgamiento de los mayores en ausencia, para equiparar los dos esquemas de juzgamiento –el del adulto y el del menor–.

Lo anterior no significa, sin embargo, que la prohibición del juzgamiento en ausencia que a título de garantía fundamental prevé el Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006) sea inconstitucional por vulnerar el principio de igualdad, previsto en el artículo 13 constitucional –que, ni siquiera, se tomó el trabajo de citar el demandante–; por el contrario: antes que formularle reproches a este legislador especial por haber introducido esta garantía adicional, debe alabársele por haber desarrollado a cabalidad el debido proceso en este ámbito e introducir un instituto propio de un verdadero sistema acusatorio, máxime si se tiene en cuenta la forma como esta legislación –en desarrollo de la norma superior contenida en el artículo 29 y concordantes– regula y desarrolla el Derecho al debido proceso en su artículo 26: “Los niños, las niñas y los adolescentes tienen **derecho a que se les apliquen las garantías del debido proceso en todas las actuaciones** administrativas y **judiciales** en que se encuentren involucrados. /**En toda actuación** administrativa, **judicial** o de cualquier otra naturaleza en que estén involucrados, los niños, las niñas y los adolescentes, **tendrán derecho a ser escuchados** y sus opiniones deberán ser tenidas en cuenta”.

Es más, si bien el artículo 250 inc. 1º de la Carta no hace excepciones –salvo las derivadas de la aplicación del principio de oportunidad o institutos asimilados– a la hora de señalar que es potestad de la Fiscalía General de la Nación “...desarrollar las investigaciones de los hechos que puedan constituir delitos y acusar ante los jueces de la República, cuando fuere el caso, a los presuntos infractores de la ley penal”, también es lo cierto que en dicho texto no se prohíbe que se evite el juzgamiento de menores en ausencia.

Incluso, ni siquiera la afirmación que hace el demandante –cuyos argumentos en este ámbito son bastante pobres–, en el sentido de que con ello “...el proceso queda en pausa hasta tanto el adolescente sea aprehendido y presentado al proceso” (pág. 11. Cursivas, subrayas y negrillas añadidas), puede hacer pensar en la contrariedad a la Carta de la disposición porque no se puede confundir la ausencia de persecución penal que pueda presentarse en situaciones concretas con los vicios de constitucionalidad que pueda revestir una determinada disposición.

En síntesis: en nuestro criterio, la prohibición del Juzgamiento en ausencia es, pues, una de las garantías que se deben observar en “**todas**” las actuaciones judiciales que involucren a los menores. No hay, pues, razones, como para pensar en la inconstitucionalidad de los apartes demandados y se debe declarar que el segmento pertinente es ajustado a la Carta no sólo porque no se contraviene ningún precepto suyo, sino porque el demandante no logró probar la vulneración a ningún precepto fundamental.

C. Sobre el artículo 197. También, es motivo de inconformidad para el solicitante que el texto de este artículo –en tratándose de procesos penales contra adultos cuando la víctima fuese un adolescente o un niño o niña– posibilite la iniciación de oficio del incidente de reparación cuando, en el lapso de treinta días contados a partir de la ejecutoria de la sentencia, los legitimados para hacerlo no lo lleven a cabo. A tal efecto, acude al artículo 29 de la Carta y se escuda –a título de antecedente jurisprudencial que no obliga a la Corte Constitucional–, en lo expresado por la Honorable Sala de Casación Penal en su sentencia de 27 de octubre 2008, radicado 29979.

Por supuesto, sin desconocer los alcances de lo afirmado por esta última corporación –que en la decisión señalada trata de caracterizar el sistema procesal penal vigente con base en la indiscutible autoridad del Profesor JUAN MONTERO AROCA–, cuando afirma que el proceso penal introducido por la Ley 906 de 2004 es de partes, lo que conlleva una innegable separación entre las funciones de juicio y acusación amén de que asegura la preeminencia del principio de la imparcialidad, también es verdad que la norma cuestionada

para nada afecta estos presupuestos, en la medida en que ella toca con aspectos meramente civiles, propios de la problemática de la responsabilidad civil derivada del delito, que –atendido el sistema acogido por el legislador en esta materia– es lo que quiere preservar a toda costa el legislador.

En otras palabras: el margen de discrecionalidad legislativa que tiene el codificador –siempre circunscrito al programa penal de la Constitución– no le impide prever en la ley, para el caso una legislación penal especial que busca proteger a los menores, que el juez pueda –de oficio– velar por la reparación de las víctimas cuando los encargados de hacerlo no procedan en los términos señalados en la misma. Ello, pues, para nada toca con el esquema de juzgamiento adoptado por el legislador procesal como, de forma equivocada, parece entenderlo el demandante cuando se leen sus consideraciones (cfr. página 14). Dicho de otra forma: el contenido del artículo 197 no toca las bases estructurales del esquema de juzgamiento que el legislador ordinario plasma en desarrollo de la Constitución Política. No hay, entonces, razones para pensar en la inconstitucionalidad del segmento demandado y así debe declararlo la Corte, máxime que el peticionario no ha demostrado una sola vulneración de la Carta Fundamental en este caso.

IV. CONSIDERACIONES SOBRE LOS ARTÍCULOS 150 Y 199 DE LA LEY 1098 DE 2006

Lo que hay de común entre estas dos disposiciones, Honorables Magistrados, es que ellas vulneran de manera franca y abierta la Carta Fundamental –como lo dice el demandante– motivo por el cual, según ya se advirtió, se destina un capítulo de este escrito para ocuparse de cada una de ellas. No obstante, antes de adentrarse en el examen que corresponde, es pertinente hacer algunas consideraciones previas que, a manera de marco general, sirvan para la reflexión posterior.

A tal efecto, se muestra cómo de la Carta Fundamental de 1991 emerge todo un programa penal de la Constitución orientado, sin duda, hacia un derecho penal mínimo, de garantías; así mismo, se

señala cuál es el alcance de los principios que integran ese programa, elevados por el legislador al rango de normas rectoras. Y, por supuesto, como la demanda en examen cuestiona no sólo el art. 150 por ser violatorio del debido proceso legal acusatorio sino, también, el texto del artículo 199 que –en su integridad y no sólo en los apartes demandados– echa por la borda todo el diseño constitucional en materia de la teoría de los fines de la pena, se examina la concepción que en esta materia asumen la Constitución y la Ley penal.

A. Reflexiones preliminares. Por supuesto, antes de adentrarse en las consideraciones por medio de las cuales este escrito quiere avalar las pretensiones de la demanda en examen, es pertinente plasmar algunos postulados generales que sirvan de partida para la reflexión final.

1. El Programa penal de la Constitución. El Derecho penal –como forma jurídica de ejercer el poder punitivo del Estado–, desde la época de la Ilustración, ha sido concebido como un puro poder material represivo y expansivo, que requiere ser limitado, a través de una serie de postulados capaces de demarcar el qué y el cómo castigar para garantizar derechos individuales. Esos axiomas se extraían entonces de órdenes externos al propio Derecho penal (el derecho natural).

Hoy, por el contrario, ha dicho la doctrina, “... existe amplio consenso en estimar que un poder del Estado como es el punitivo tiene que tener definidos sus fines y, por tanto, los postulados o principios de su sistema de argumentación y de aplicación –tanto en fase legislativa como judicial–, a partir de la definición y configuración que de ese poder del Estado hace la Constitución. Y esto es así porque ese poder del Estado se realiza mediante normas y decisiones jurídicas, y tanto el Legislador que las elabora, como el Juez que las aplica están vinculados por las prescripciones de la Constitución. Esta vinculación, además, está garantizada por la atribución de un control sobre el legislativo y los jueces a un órgano supremo que es el Tribunal Constitucional, con poder para corregir a uno y a otros” (Cfr. IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y OTROS: *Curso de Derecho Penal, Parte General*, 1ª ed., Barcelona, Ediciones Experiencia, S. L., 2004, págs. 43-44).

Por ello, pues, se puede concluir de la mano de los expositores acabados de citar, que “...*los principios rectores del sistema penal no deben considerarse hoy como...meros “límites” del ius puniendi sino como principios constituyentes del derecho de castigar o, dicho de otro modo, el Derecho penal debe ser considerado como **derecho penal constitucional**, pues, ...es consustancial al mismo la función de garantía de los valores y los derechos que en el texto constitucional se recogen”* (*idem*, pág. 44. Cursivas, subrayas y negrillas añadidas). Es más, por tal razón es válido afirmar que la Constitución de 1991 rompe con la concepción abstracta del hombre y de la sociedad, entendida como un conjunto de sujetos libres e iguales y, en su lugar, sustenta una noción realista de los seres humanos, como sujetos sometidos a la desigualdad y a la falta de libertad material, para –a partir de ello– reclamar una acción política y jurídica destinada a superar esa desigualdad y las carencias de libertad. Todo ello, por supuesto, ha de plasmarse también en el Derecho penal. La Constitución, pues, contiene preceptos que –unos directa, otros indirectamente– afectan y conforman el sistema punitivo. Se trata, en realidad, de un sistema complejo de relaciones (Cfr. Ob. cit., *ibidem*, pág. 44).

De allí, Honorables Magistrados, que es del examen detenido de la Carta Fundamental (de su tenor literal, de los principios generales que consagra y de su espíritu) de donde surge el **PROGRAMA PENAL DE LA CONSTITUCIÓN**, entendido como “...**el conjunto de postulados político-jurídicos y político-criminales que constituye el marco normativo en el seno del cual el legislador penal puede y debe tomar sus decisiones, y en el que el juez ha de inspirarse para interpretar las leyes que le corresponda aplicar**” (*ibidem*, pág. 45. Cursivas, negrillas y subrayas añadidas). De forma más precisa, se alude a: “...*un conjunto de postulados político-criminales genéricos y no...soluciones concretas para todos y cada uno de los problemas que son propios del sistema punitivo*” (*ibidem*).

Por ello, pues, conforman ese derecho penal constitucional los Principios generales de la Constitución y determinados preceptos de la misma que prevén mandatos, prohibiciones y preceptos atinentes a los derechos fundamentales, que encuentran pródiga

consagración en el Preámbulo y en los Títulos I y II de la Carta Política de 1991, que se erigen en **límites al ejercicio de la potestad punitiva del Estado**, cuyo fundamento no puede ser otro que el propio de un “*Estado social de Derecho*, organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, *democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana...*” (cfr. artículo 1º). De ello se infiere, sin duda, que **no tienen cabida aquellas corrientes que pretenden fundamentar el ius puniendi del Estado a partir de posturas maximalistas autoritarias**.

Con razón, pues, ha dicho la Corte Constitucional que “en suma, al igual que ocurre con el resto de competencias estatales, *el ejercicio del poder punitivo está sujeto a restricciones constitucionales, tanto en lo que respecta a la tipificación como a la sanción. No podrán tipificarse conductas que desconozcan los derechos fundamentales, que no resulten idóneas para proteger bienes constitucionales o que resulten desproporcionadas o irrazonables. Lo mismo puede predicarse de las sanciones. Estas restricciones, como se indicó antes, operan frente a toda decisión estatal en materia punitiva*” (Cfr. sentencias C-939 de 31 octubre 2002, C-420 de 18 mayo 2002 y C-355 de diez mayo 2006).

Ahora bien, si se quieren clasificar los distintos postulados consagrados por el legislador como límites al ejercicio de la potestad punitiva del Estado, puede afirmarse que son controles derivados del fundamento material de la misma, puesto que miran con el contenido mismo del *ius puniendi*, los *principios de humanidad, igualdad ante la ley, proporcionalidad* entendido en sentido amplio, *teleología de las sanciones penales, acto, lesividad, y culpabilidad*. Así mismo, son límites derivados del fundamento formal, dado que atienden a los presupuestos y a las condiciones para el ejercicio de la potestad punitiva, los axiomas de *legalidad, taxatividad, prohibición de extraactividad de la ley penal, prohibición de la analogía, debido proceso legal, juez natural y prohibición de la doble incriminación*, apotegmas plasmados en los Títulos I del C. P. y del C. de P. P. (cfr. FERNANDO VELÁSQUEZ V.: *Derecho Penal, Parte General*, 4ª ed., Medellín, Librería Jurídica Comlibros, 2009, págs. 57 y 58).

2. *El alcance de las normas rectoras de la ley penal colombiana.* Naturalmente, todos y cada uno de esos postulados irradian el sistema jurídico penal y se constituyen en verdaderos faros hermenéuticos llamados a interpretar, sistematizar y criticar toda la construcción dogmática del Derecho penal, entendida la expresión en un sentido amplio.

Por supuesto, se deben distinguir los *principios generales* del Derecho penal de las *Normas rectoras* del mismo. Por los primeros, téngase en cuenta, se entienden todos aquellos axiomas fundamentales forjados por el hombre desde tiempo inmemorial que –convertidos en patrimonio común de los pueblos civilizados– permiten orientar y encauzar el derecho represivo por senderos de justicia y seguridad jurídica; y que posibilitan, además, a un nutrido cuerpo de doctrina llevar este sistema de conocimientos. A su turno, por *Normas rectoras* se entienden las disposiciones jurídicas que incorporan al derecho positivo, los postulados básicos del conocimiento jurídico; son, pues, los mismos principios inspiradores de esta parcela del saber vertidos en los textos legales respectivos, lo que los dota de obligatoria e imperativa observancia para el intérprete o administrador de justicia, tanto en su labor doctrinaria como judicial (*idem*, pág. 60).

Por ello, el legislador al señalar los alcances de estas *normas rectoras* –que el C. de P. P. llama *principios rectores*– ha dicho en el artículo 13 del Código Penal que se intitula como “*Normas rectoras y fuerza normativa*, lo siguiente: “**Las normas rectoras contenidas en este Código constituyen la esencia y orientación del sistema penal. Prevalcen sobre las demás e informan su interpretación**”. Es más, el artículo 26 del Código de Procedimiento Penal, ubicado en el Título Preliminar denominado “*principios rectores y garantías procesales*”, dispone: “**Prevalencia. Las normas rectoras son obligatorias y prevalecen sobre cualquier otra disposición de este código. Serán utilizadas como fundamento de interpretación**”.

Así las cosas, los principios erigidos en “normas rectoras” de la ley penal colombiana contenidos en el Título I del Código Penal y en el Título Preliminar del Código de Procedimiento Penal, que reproducen los axiomas de índole penal contenidos básicamente

en los dos primeros títulos de la Carta Fundamental, *constituyen el programa penal de la Constitución que orienta no sólo la tarea del propio legislador sino la del intérprete y la del aplicador de la Ley Penal, de cara a desentrañar la esencia y el alcance de todas y cada una de las disposiciones que conforman el plexo jurídico penal*, incluidas normas como las contenidas en los artículos 150 y 199 de la Ley 1098 de 2006 aquí objeto de análisis de cara a precisar si se compadecen o no con la Carta Fundamental.

3. *La “función” de la pena en la Constitución y en la ley penal.* Para precisar los alcances del artículo 199 del Código de la Infancia y la Adolescencia es, además, indispensable auscultar cuál es el fin o el cometido que cumple la pena en nuestro ordenamiento para, a partir de allí, determinar si esa disposición se corresponde o no con la misión constitucional y legal otorgada a la sanción.

a). *La Naturaleza de la pena.* Por supuesto, cuando en esta sede se aborda la pena se parte del presupuesto de que ella –desde la perspectiva de su naturaleza jurídica– es una manifestación del Estado, es expresión del poder estatal traducida en una injerencia directa sobre el condenado, a quien se priva de determinados bienes jurídicos (la libertad, el patrimonio, el honor, etc.), con miras a asegurar la protección eficaz de los intereses tutelados por la ley. Históricamente, pues, la pena ha envuelto siempre despliegue de poder, coacción, lo cual posibilita la supervivencia del derecho penal como suprema herramienta de control social.

b). *La teleología de las sanciones penales.* Ahora bien, para la Constitución y la Ley Penal la pena cumple un fin o una misión determinada, por lo cual dentro del programa penal de la Constitución se incluye el *principio de la teleología de las sanciones penales*. Acorde con esta directriz –que es una consecuencia del postulado de proporcionalidad en sentido amplio–, de un lado, cuando el Estado representado en la persona del juez atribuye al trasgresor de la Ley una sanción criminal (pena o medida de seguridad) lo hace con un objetivo, animado por una finalidad vinculada con el programa político criminal que la organización estatal se propone llevar a la realidad. Pero, de otro lado, el Estado no puede contentarse con la mera tarea

de perseguir las conductas punibles, sino que está compelido a velar por la realización de la justicia material a través de la imposición y ejecución de sanciones equitativas, adecuadas al hecho cometido, y de una adecuada ejecución penal.

En otras palabras: *un Estado de derecho no debe causar un mal al infractor; sino velar por su readaptación, su resocialización, su reeducación –obvio es decirlo, sin afectar los derechos humanos fundamentales de la persona y sin que ella se torne en una enmienda moral–, de tal manera que pueda llevar en el futuro una vida sin cometer delitos y reincorporarse al seno de la sociedad;* se trata, pues, no solo de prevenir la comisión de nuevos hechos criminales, sino también de proteger a la sociedad de las conductas que infringen el orden jurídico buscando su desquiciamiento. Por supuesto, la teleología que se le asigne a la represión penal dependerá del punto de partida que se asuma en relación con el sentido y el fin de la sanción penal, sea que se opte por las teorías absolutas o retributivas, las concepciones relativas o preventivas, o las posturas mixtas en sus diversas variantes, todo ello enmarcado dentro del modelo de organización social y política vigente en una comunidad determinada, en un momento histórico preciso.

Así las cosas, parece evidente que en un Estado de Derecho social y democrático, sólo se podrá pensar en una represión penal humanitaria, democrática, proporcionada, razonable, con lo cual son rechazables de plano las sanciones crueles, inhumanas, degradantes, trasunto de concepciones autoritarias que sólo buscan cosificar al hombre y desconocerle su investidura de ser racional.

Este principio ha sido, por lo demás, acogido de forma vehemente por el legislador colombiano. En efecto, en primer lugar, emerge de diversas previsiones constitucionales: Cfr. artículos 11 –que prohíbe la pena de muerte–, 12 –que proscribe las torturas, la desaparición forzada, “los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”–, 28 inc. 3° –que no tolera penas y medidas de seguridad imprescriptibles– y 34 inc. 1° –que veda “la prisión perpetua”–.

También, en segundo lugar, dimana del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en sus artículos 7 –que proscribe las

torturas y las “penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”—y 10.3 —el cual preconiza como finalidad del tratamiento penitenciario “la reforma y readaptación de los penados”—. Igualmente, de los artículos 5.2 y 5.6 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, que prohíben las torturas y las “penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”, amén de postular que las penas privativas de la libertad persiguen como “finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”. Y, por supuesto, de los artículos 4º y 5º del Código Penal cuyos textos, respectivamente, son los siguientes: “Funciones de la pena. La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado. / La prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión”; y “Funciones de la medida de seguridad. En el momento de la ejecución de la medida de seguridad operan las funciones de protección, curación, tutela y rehabilitación”.

Igualmente, en tercer lugar, brota de los artículos 9º y 10º del Código Penitenciario, el primero de los cuales dispone: “funciones y finalidad de la pena y de las medidas de seguridad. La pena tiene función protectora y preventiva, pero su fin fundamental es la resocialización. Las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación”; y el segundo: “Finalidad del tratamiento penitenciario. El tratamiento penitenciario tiene la finalidad de alcanzar la resocialización del infractor de la ley penal, mediante el examen de su personalidad y a través de la disciplina, el trabajo, el estudio, la formación espiritual, la cultura, el deporte y la recreación, bajo un espíritu humano y solidario”. También, el artículo 17 del Código Penal Militar todavía vigente, expresa: “Función de la pena y de las medidas de seguridad. La pena en el derecho penal militar tiene función ejemplarizante, retributiva, preventiva, protectora y resocializadora. Las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación”; y, el Código de la Infancia y la Adolescencia señala en sus artículos 19, 140 inc. 1º y 178, respectivamente, lo siguiente: “En materia de responsabilidad penal para adolescentes tanto el proceso como las medidas que se tomen son de carácter pedagógico, específico y diferenciado respecto del sistema de adultos, conforme a la protección integral”

y “Finalidad de las sanciones. Las sanciones señaladas en el artículo anterior tienen una finalidad protectora, educativa y restaurativa, y se aplicarán con el apoyo de la familia y de especialistas”.

Así las cosas, no se necesitan muchas consideraciones para concluir que el derecho penal colombiano hace énfasis en la finalidad de prevención especial positiva, al lado de la retribución y de la prevención general positiva (sobre ello, VELÁSQUEZ V.: *Derecho penal*, 4ª ed., págs. 96 y ss.).

c). *Los fines de la pena en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.* Por ello, al realizar un recorrido por la jurisprudencia emanada de la Corte Constitucional se puede confirmar que la “función” primordial de la pena, sobre todo en la etapa de la ejecución de la misma –justo es decirlo, momento en el cual con manifiesta vulneración de la Constitución el artículo 199 da rienda suelta a la prevención general negativa y a la prevención especial negativa–, es la prevención especial positiva. En efecto:

(1). Sentencia C-565 de de siete de diciembre de 1993, Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara. En ella, con toda claridad, se señala al respecto:

“...**De la Función de la Pena.** En el modelo de Estado social y democrático de derecho del cual parte nuestro sistema político, según el artículo 1o. de la Constitución Nacional y, por tanto, jurídico, la pena ha de cumplir una misión política de regulación activa de la vida social que asegure su funcionamiento satisfactorio, mediante la protección de los bienes jurídicos de los ciudadanos. Ello supone la necesidad de conferir a la pena la función de prevención de los hechos y delitos que atenten contra estos bienes.

El ejercicio del *ius puniendi* en un Estado democrático no puede desconocer las garantías propias del Estado de Derecho, esto es, las que giran en torno al principio de la legalidad. Pero al mismo tiempo, debe añadir nuevos cometidos que vayan más allá del ámbito de las garantías puramente formales y aseguren un servicio real a los ciudadanos. El Derecho penal en un Estado social y democrático no puede,

pues, renunciar a la misión de incidencia activa en la lucha contra la delincuencia, sino que debe conducirla para la verdadera defensa de los ciudadanos y de todas las personas residentes en el territorio nacional. Debe, por tanto, asegurar la protección efectiva de todos los miembros de la sociedad, por lo que ha de tender a la prevención de delitos (Estado Social), entendidos como aquellos comportamientos que el orden jurídico califica como dañinos para sus bienes jurídicos fundamentales, en la medida en que los considera graves. Así, pues, *un adecuado sistema de política criminal, debe orientar la función preventiva de la pena con arreglo a los principios de protección de bienes jurídicos, de proporcionalidad y de culpabilidad. Síguese de ello, que la Constitución conduce a un derecho penal llamado a desempeñar, dados unos presupuestos de garantía de los derechos del procesado y del sindicado, una función de prevención general, sin perjuicio de la función de prevención especial.*

La función de la pena debe examinarse en el momento estático de su descripción legislativa y en el dinámico de su efectiva aplicación. En el primero, la pena cumple una función preventiva (para que los asociados se abstengan de realizar el comportamiento delictivo so pena de incurrir en la imposición de sanciones), mientras en la segunda, la potestad punitiva del Estado se hace presente mediante la imposición de la pena en concreto, con la represión que implica castigar efectivamente, con el rigor requerido, aquellos delitos abominables” (cursivas añadidas).

(2). Sentencia C-261 de trece de junio 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero, en ella se afirma:

“...Como se ha dicho, el sistema penal moderno no abandona la idea de resocialización, al contrario, para operar como sistema legítimo debe, dentro de su complejo universo de fines, promoverla y, más allá aún, buscar la no desocialización de la persona. De esta manera, como garantía material del individuo, la función resocializadora promovida por el Estado, encuentra su límite en la autonomía de la persona. Esta función no puede operar a costa de ella. El aspecto negativo de la misma, se convierte entonces en el aspecto decisivo: la idea de resocialización se opone, ante todo, a

penas y condiciones de cumplimiento que sean en esencia, por su duración o por sus consecuencias, desocializadoras. El Estado debe brindar los medios y las condiciones para no acentuar la desocialización del penado y posibilitar sus opciones de socialización. El aspecto positivo encuentra así un límite concreto en la autonomía de la persona: el fin de la socialización, el sentido que a ella se le dé, debe conservarse dentro de la órbita de la autonomía individual, no le corresponde al Estado hacerlo; la socialización no posee contenidos prefijados, fijarlos, hace parte del libre desarrollo de la personalidad humana (CP art. 16).

En razón a lo anterior, la función resocializadora del sistema penal adquiere relevancia constitucional, no sólo desde el punto de vista fundamental de la dignidad (CP art. 1º), sino también como expresión del libre desarrollo de la personalidad humana (CP art. 16). La función de reeducación y reinserción social del condenado, debe entenderse como obligación institucional de ofrecerle todos los medios razonables para el desarrollo de su personalidad, y como prohibición de entorpecer este desarrollo. Adquiere así pleno sentido la imbricación existente entre la dignidad, la humanidad en el cumplimiento de la pena y la autonomía de la persona, en relación todas con la función resocializadora como fin del sistema penal” (cursivas añadidas).

(3). C-430 de doce de septiembre de 1996, Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz allí se indica:

*“...La pena tiene en nuestro sistema jurídico un fin preventivo, que se cumple básicamente en el momento del establecimiento legislativo de la sanción, la cual se presenta como la amenaza de un mal ante la violación de las prohibiciones; un fin retributivo, que se manifiesta en el momento de la imposición judicial de la pena, y **un fin resocializador que orienta la ejecución de la misma**, de conformidad con los principios humanistas y las normas de derecho internacional adoptadas.*

En efecto, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por nuestro ordenamiento interno mediante la Ley 74 de 1968, en su artículo 10.3 establece:

“El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y readaptación social de los penados”.

En consonancia con la disposición anterior, el artículo 10 de la Ley 63 de 1995 define la finalidad del tratamiento penitenciario en los siguientes términos: *“Alcanzar la resocialización del infractor de la ley penal, mediante el examen de su personalidad...”*.

Para lograr dicho propósito, se ha adoptado un modelo de tratamiento penitenciario progresivo (Título XIII Código Penitenciario y Carcelario), del cual hacen parte los beneficios administrativos (permisos hasta de 72 horas, libertad y franquicia preparatoria, trabajo extramuros y penitenciaría abierta), y los subrogados penales, que son: la condena de ejecución condicional (art. 68 del C.P.), que podrá ser concedida por el juez cuando la sanción sea de arresto o no exceda de 3 años de prisión, y la libertad condicional (art. 72 del C.P.), que se concede cuando la pena de arresto sea mayor de 3 años o la de prisión exceda de 2, siempre que se cumplan la condiciones de orden subjetivo exigidas por las normas” (cursivas,, negrillas y subrayas añadidas).

(4). Sentencia C- 656 de 28 noviembre 1996, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero, en la que se sostiene:

“...La resocialización, concebida como garantía y centrada en la órbita de la autonomía del individuo, no consiste en la imposición estatal de un esquema prefijado de valores, sino en la creación de las bases de un autodesarrollo libre y, en todo caso, como disposición de los medios y de las condiciones que impidan que la persona vea empeorado, a consecuencia de la intervención penal, su estado general y sus opciones reales de socialización. De esta manera, como garantía material del individuo, la función resocializadora promovida por el Estado, encuentra su límite en la autonomía de la persona. Esta función no puede operar a costa de ella. El aspecto negativo de la misma, se convierte entonces en el aspecto decisivo: la idea de resocialización se opone, ante todo, a penas y condiciones de cumplimiento que sean en esencia, por su duración o por sus consecuencias, desocializadoras.

La dignidad humana, la autonomía y el libre desarrollo de la personalidad humana son entonces los marcos para la interpretación de todas las medidas con vocación resocializadora”.

(5). Sentencia C- 144 de 19 de marzo 1997, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero, en la que se expresa:

“...De allí la importancia de humanizar las penas para humanizar la sociedad en su conjunto, por lo cual se considera que la pena no puede constituirse en una represalia estatal, sino que debe responder a los principios de racionalidad y humanidad, en donde el tipo penal y la sanción son entes heterogéneos que se ubican en escenarios diferentes, y por ende no son susceptibles de igualación. En ese orden de ideas, *si bien se conserva la idea retributiva, como criterio orientador de la imposición judicial de sanciones, pues debe haber una cierta proporcionalidad entre la pena, el delito y el grado de culpabilidad, lo cierto es que el derecho humanista abandona el retribucionismo como fundamento esencial de la pena, pues no es tarea del orden jurídico impartir una justicia absoluta, más propia de dioses que de seres humanos. La función del derecho penal en una sociedad secularizada y en el Estado de derecho es más modesta, pues únicamente pretende proteger, con un control social coactivo, ciertos bienes jurídicos fundamentales y determinadas condiciones básicas de funcionamiento de lo social.* Por ello se concluye que, tal y como esta Corte lo ha señalado en diversas ocasiones [Ver, entre otras, las sentencias C-565/93 y C-262/96 (sic)], la definición legislativa de las penas en un Estado de derecho no está orientada por fines retributivos rígidos sino por objetivos de prevención general, esto es, debe tener efectos disuasivos, ya que la ley penal pretende “que los asociados se abstengan de realizar el comportamiento delictivo so pena de incurrir en la imposición de sanciones” [Corte Constitucional. Sentencia C-565/93. MP Hernando Herrera Vergara]” (cursivas añadidas).

6. Sentencia T- 702 de cinco de julio 2001, Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra, expresa sobre este mismo asunto:

“...El derecho fundamental de las personas condenadas a penas privativas de la libertad a que se les dé un trato que

respete plenamente su dignidad humana, está ligado también con el derecho fundamental a la **vida digna**, que significa para estas personas sometidas a una relación de sujeción especial al Estado, el derecho a que se les ofrezcan las oportunidades y los medios necesarios para el desarrollo de su personalidad humana y así se les garantice el camino de la resocialización.

Tanto el Código de Procedimiento Penal actualmente vigente, como el Código Penitenciario y Carcelario, y los Principios Básicos para el tratamiento de los reclusos -adoptados y proclamados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1990-, contienen diversas normas que obligan al Estado a crear las condiciones que permitan a los reclusos realizar actividades laborales remuneradas y útiles que faciliten su reinserción en el mercado laboral, y aquellas necesarias para permitir su participación en actividades culturales y educativas encaminadas a desarrollar plenamente la personalidad humana:

En este sentido establece el artículo 10 de la Ley 65 de 1993, la finalidad del tratamiento penitenciario: Artículo 10. **Finalidad del tratamiento penitenciario.** El tratamiento penitenciario tiene la finalidad de alcanzar la resocialización del infractor de la ley penal, mediante el examen de su personalidad y a través de la disciplina, el trabajo, el estudio, la formación espiritual, la cultura, el deporte y la recreación, bajo un espíritu humano y solidario.”

7. Para terminar, la Sentencia C- 806 de treinta de octubre 2002, Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas H., indica:

“En un Estado social y democrático de derecho, debe necesariamente atenderse la prevención del delito para asegurar la protección efectiva de todos los miembros de la sociedad. Por lo tanto, el derecho penal debe orientarse a desempeñar, bajo ciertos límites de garantía para el ciudadano, una función de prevención general y otra de carácter especial.

En cuanto a la prevención general, no puede entenderla solo desde el punto de vista intimidatorio, es decir, la amenaza de

la pena para los delincuentes (prevención general negativa), sino que debe mirar también un aspecto estabilizador en cuanto la pena se presente como socialmente necesaria para mantener las estructuras fundamentales de una sociedad (prevención general positiva). Pero igualmente, no solo debe orientarse a defender a la comunidad de quien infrinja la norma, sino que ha de respetar la dignidad de éstos, no imponiendo penas como la tortura o la muerte, e intentar ofrecerles alternativas a su comportamiento desviado, ofreciéndoles posibilidades para su reinserción social.

Así, en el ordenamiento penal deben reflejarse las anteriores finalidades de la pena, no solo en el momento judicial de su determinación, impidiendo su imposición o cumplimiento cuando no resulte necesaria para la protección de la sociedad o contraindicada para la resocialización del condenado, sino también en el momento de su ejecución.

Al respecto de la finalidad de la pena, *ha señalado esta Corte que, ella tiene en nuestro sistema jurídico un fin preventivo, que se cumple básicamente en el momento del establecimiento legislativo de la sanción, la cual se presenta como la amenaza de un mal ante la violación de las prohibiciones; un fin retributivo, que se manifiesta en el momento de la imposición judicial de la pena, y un fin resocializador que orienta la ejecución de la misma, de conformidad con los principios humanistas y las normas de derecho internacional adoptadas*” (cursivas, negrillas y subrayas añadidas).

B. Sobre el artículo 150. En relación con esta disposición, el accionante cuestiona la forma como según el Código de la Infancia y la Adolescencia se debe practicar el testimonio de un menor en un proceso penal seguido contra adultos, por entender que los apartes señalados supra [cfr. II, B] son violatorios del artículo 29 constitucional; estos cuestionamientos, que aparecen en las páginas 6 a 9 del escrito –así se consignen de forma no muy ordenada y técnica– son compatibles en toda su amplitud.

En efecto, si bien en esta materia rige el **principio de la prevalencia de los derechos del menor**, previsto en el artículo 9°, insertado en

el Libro I, Título I, capítulo primero del Código del Menor, en cuya virtud “*En todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona*”, también es lo cierto que este postulado no puede posibilitar el desquiciamiento de todo el modelo de investigación y de juzgamiento previsto en La ley 906 de 2004, como sucede con las previsiones del artículo demandado.

En otras palabras: el codificador –así se trate del que redacta una legislación penal especial como la examinada– al hacer uso de la potestad de configuración legislativa no puede arrasar con los demás principios que inspiran el plexo constitucional, porque esa facultad no es ilimitada ni una frase fuera para legitimar cualquier atropello legislativo dado que su límite es el programa penal de la Constitución que, para el caso, ha diseñado un modelo de proceso penal que no se puede deformar de manera caprichosa para acomodarlo a ciertas figuras delictivas o a hipótesis punibles que tienen como destinatarios a ciertas personas –esto es, los menores víctimas–.

Por ello, entonces, le asiste razón al accionante cuando afirma que el artículo 150 en los apartes que cuestiona desconoce el debido proceso penal acusatorio de que habla el artículo 29 constitucional en armonía con los artículos 250 y normas concordantes; en efecto:

En primer lugar, si el testimonio del menor en un proceso rituado contra un adulto sólo lo puede tomar el Defensor de Familia –¡que, para acabar de ajustar, no conoce la forma de operar del sistema procesal penal de tendencia acusatoria, porque su especialidad es otra muy distinta!– con un cuestionario escrito redactado por el fiscal o el juez con anterioridad, **se resquebrajan diversos componentes esenciales de ese “debido proceso legal”** constitucional: **la intermediación en la práctica de la prueba** [artículo 379 del Código de Procedimiento Penal: “*Inmediación. El juez deberá tener en cuenta como pruebas únicamente las que hayan sido practicadas y controvertidas en su presencia. La admisibilidad de la prueba de referencia es excepcional*”], **la concentración** [artículo 17 del

Código citado: “*Concentración*. Durante la actuación procesal *la práctica de pruebas y el debate deberán realizarse de manera continua*, con preferencia en un mismo día; si ello no fuere posible se hará en días consecutivos, sin perjuicio de que el juez que dirija la audiencia excepcionalmente la suspenda por un término hasta de treinta (30) días, si se presentaren circunstancias especiales que lo justifiquen. En todo caso el juez velará por que no surjan otras audiencias concurrentes, de modo que concentre su atención en un solo asunto”) y **la contradicción** [artículo 378 del Código de Procedimiento Penal: “*Contradicción*. Las partes tienen la *facultad de controvertir, tanto los medios de prueba como los elementos materiales probatorios y evidencia física presentados en el juicio, o aquellos que se practiquen por fuera de la audiencia pública*”].

Es más, se quebranta **el principio de la oralidad** porque esos testimonios se deben practicar en un juicio oral y público, no por escrito como el artículo dispone; con razón, pues, el demandante dice que la disposición atacada “...**pretende convertir la declaración de los menores en escriturales con cuestionarios previos a la declaración**” (página 7. Se subraya). Esto, así él no lo diga, significa que se desquicia otro **principio** que es columna vertebral del medio de prueba en un sistema como el adoptado por el Código de Procedimiento Penal, el **de publicidad** [por eso, dice el artículo 377 de esa obra: “*Publicidad*. **Toda prueba se practicará en la audiencia del juicio oral y público en presencia de las partes, intervinientes que hayan asistido y del público presente, con las limitaciones establecidas en este código**”].

También, en segundo lugar, el artículo en mención –en contravía de prohibición legal expresa: cfr. artículo 361 de la Ley 906 de 2004– **abre las puertas para que el juez practique pruebas de oficio**, cuando dice que él [“el juez”] podrá enviar cuestionarios para que sean respondidos por el menor. A este respecto, recuérdese, mediante sentencia C-396 de 23 de mayo 2007, la Corte Constitucional dijo que la posibilidad de decretar pruebas de oficio por parte del juez violentaba la Constitución y que, por ende, era ajustado a la Carta el citado artículo 361 que lo prohíbe; en efecto, entre otras consideraciones, allí se lee:

“La pasividad probatoria del juez es vista, entonces, como una garantía del acusado. El anterior análisis muestra que la prohibición del decreto y práctica oficiosa de pruebas hace parte de la estructura del sistema penal acusatorio y está concebida, de un lado, como un principio procesal dirigido a determinar el rol de los intervinientes en el proceso penal y, de otro, como una garantía sustancial de eficacia del deber del Estado de aproximarse a la verdad de lo sucedido dentro de los parámetros señalados por las garantías y libertades individuales de orden Constitucional y legal. De esta manera, la Sala concluye que no es correcto ligar, por sí sólo, el concepto de verdad con la búsqueda de oficio de aquella, pues esa regla probatoria debe ser mirada en su contexto y a partir de su finalidad sustancial”.

Por eso, como producto de lo anterior, la posibilidad de practicar pruebas de oficio por parte del juez desconoce el **principio de igualdad de armas** como lo indica dicha sentencia:

“La pasividad judicial en materia probatoria favorece la igualdad de trato jurídico entre los sujetos procesales y, en especial, lo que la doctrina especializada ha denominado la igualdad de armas en el proceso penal. Dicho de otro modo, la prohibición demandada tiene por objeto evitar situaciones de privilegio o de supremacía de una de las partes, de tal suerte que se garantice la igualdad de posibilidades y cargas entre las partes en las actuaciones penales cuya característica principal es la existencia de contradicción. En efecto, la aplicación del principio de igualdad de armas en el proceso penal hace parte del núcleo esencial de los derechos al debido proceso y de igualdad de trato jurídico para acceder a la justicia (artículos 29, 13 y 229 de la Constitución), según el cual las partes deben contar con medios procesales homogéneos de acusación y defensa, de tal manera que se impida el desequilibrio entre las partes y, por el contrario, se garantice el uso de las mismas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación. Ahora, la desigualdad institucional, evidente en el sistema penal acusatorio (el aparato estatal investigativo, por regla general, tiene mayor fortaleza económica, orgánica y funcional, que la defensa a cargo de los particulares), supone la necesaria intervención

legislativa para superarla y propiciar la igualdad de trato y de oportunidades de defensa. Por ello, el fortalecimiento y real aplicación de principios procesales tales como la presunción de inocencia, el in dubio pro reo, las prohibiciones de doble incriminación y de autoacusación, entre otros, colocan al juez en una posición clara frente al vacío probatorio: la pasividad probatoria como instrumento de equiparación de armas entre las partes”.

Así mismo, en tercer lugar, con esta modalidad de “testimonio” se impide que las partes, en el seno de la audiencia, pueden interrogar y contrainterrogar al testigo, lo cual desnaturaliza por completo este medio de prueba y entra en contravía con el modelo de tendencia acusatoria plasmado en la Ley 906 de 2004 (cfr. artículos 383 y ss.); incluso, con tan peculiar “medio de prueba” es imposible cumplir con los **fin**s que la ley procesal señala en el artículo 372: “**Las pruebas tienen por fin llevar al conocimiento del juez, más allá de duda razonable, los hechos y circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal del acusado, como autor o partícipe**”. Esto, para no olvidar que también se atenta contra **el principio de la libertad probatoria**, otro eje del sistema de tendencia acusatoria adoptado por el derecho colombiano (cfr. artículo 374); y, por supuesto, con **el derecho de defensa** (cfr. artículos 29 de la Constitución Política y 8° del Código de Procedimiento Penal), pues son de suyo evidentes las limitaciones que el letrado tiene con la susodicha disposición para poder cumplir, de forma técnica, con su tarea constitucional: defender a un ciudadano que ha cometido una posible infracción a la Ley Penal, de la cual es víctima un menor de edad.

En fin, Honorables Magistrados, si se hace el ejercicio de leer el texto del artículo 150 demandado sin los apartes cuestionados por el accionante, se podrá notar no sólo que él encaja perfectamente con las disposiciones contenidas en el Código de Procedimiento sobre la materia ya citadas sino que, y eso es lo más importante, en ningún momento se desconoce el principio de la prevalencia de los derechos del menor y, por ende, los de la víctima –que también hay que preservar, cosa que no se hace con una construcción legislativa como la cuestionada–. Así las cosas, es evidente que **el demandante suministra elementos de juicio más que suficientes para que la**

Corte proceda a declarar inexequibles los apartes cuestionados porque desconocen el esquema procesal de tendencia acusatoria contenido en la Ley Procesal Penal y, por supuesto, en la Carta Fundamental.

B. Sobre el artículo 199. Pero las transgresiones a la Carta Fundamental toman aún mayor volumen cuando se penetra en el azaroso texto del artículo 199, cuyo contenido no puede ser jamás el propio de un derecho penal liberal, humanista, de acto, culpabilista, igualitario, tributario del principio de legalidad y, con él, del debido proceso. El artículo 199 es, pues, un claro exponente de lo que hoy se llama un **derecho penal expansionista** –políticamente autoritario– que arrasa con los dictados mínimos de **un derecho penal mínimo** –liberal y democrático– que es el avalado por la Constitución y por la legislación penal, objeto de ardua construcción por parte de la Corte Constitucional a lo largo de su historia. No obstante, de cara a corroborar las afirmaciones contenidas en la demanda, se deben hacer las siguientes precisiones que además sirven para reforzar las contempladas en el literal anterior.

1. De forma ilegítima prohíbe cualquier tipo de mecanismo reductor de la pena privativa de la libertad o llamado a acelerar o a ponerle fin a la actuación penal. En agudo contraste con el querer del constituyente, el legislador, la jurisprudencia y la doctrina penal patria, el artículo 199 arrasa con el programa penal de la Constitución al prohibir cualquier beneficio o sustitutivo penal incluidos los mecanismos vinculados con las ideas de oportunidad y de negociación a favor del condenado por los delitos de homicidio, lesiones personales dolosas –¡así la incapacidad causada sea insignificante piénsese, por ejemplo, en unas lesiones con incapacidad de cinco días!–, secuestro, o contra la libertad, integridad y formación sexuales, cometidos contra niños y adolescentes. Ello, sin duda, es plasmación de un derecho penal autoritario que sólo ve en la prevención general cuando no en la prevención especial negativa los únicos fines de la sanción penal cuando se trata de la fase de la ejecución penal, como ya se dijo.

En efecto: proscribire la libertad provisional y cualquier otra medida no privativa de libertad, cuando se profiera medida de

aseguramiento (numeral 1); prohíbe la sustitución de la detención preventiva por la domiciliaria (numeral 2); impide la aplicación del principio de oportunidad en las hipótesis de la antigua causal 8ª del art. 324 del Código de Procedimiento Penal, hoy 7ª luego de expedida la Ley 1312 de nueve de julio 2009, esto es, cuando proceda la extinción de la acción penal una vez aplicado el beneficio de la suspensión del procedimiento a prueba (numeral 3); erradica la suspensión condicional de la ejecución de la pena, regulada en el artículo 63 del Código Penal (numeral 4). Así mismo, elimina la libertad condicional prevista en el artículo 64 del Código Penal (numeral 5); proscribire la sustitución de la ejecución de la pena, mecanismo regulado en el artículo 461 del Código de Procedimiento Penal (numeral 6); impide cualquier rebaja punitiva derivada de los institutos de la aceptación de cargos y de las negociaciones (numeral 7); y, como si quedare alguna duda de su filosofía autoritaria, con base en una cláusula general destierra cualquier otro beneficio penal o administrativo, proscripción de la que escapan los beneficios por colaboración eficaz (numeral 8). En fin, para acabar de cerrar con broche de oro esta arremetida contra el programa penal de la Constitución en el párrafo transitorio extiende esas prohibiciones a los procesos surtidos por la Ley 600 de 2000.

Con razón, pues, señala el peticionario que su demanda contra el artículo 199 tiene su razón de ser porque él es “...**contrario a la Carta Magna, al Bloque de Constitucionalidad, por ser violatorio del derecho a la igualdad, el debido proceso y en especial ser contrario a las reglas de las Naciones Unidas sobre el tratamiento a detenidos y condenados**” (folio 14). ¡No era para menos!

2. Las más sobresalientes burlas al programa penal de la Constitución. Sin perjuicio de que se puedan hacer otras consideraciones, porque las implicaciones derivadas de la puesta en vigencia del artículo 199 son múltiples y de variada índole, grosso modo, se puede decir que él compromete los siguientes axiomas que son normas rectoras de la ley penal colombiana:

a). *Desconoce el principio de dignidad de la persona humana.* Esta disposición, al proscribir cualquier mecanismo atemperador de la

pena privativa de la libertad o cualquier instituto llamado a ponerle fin a la actuación, **cosifica al condenado volviéndolo una mera cosa en manos del poder del Estado**. Se olvida, pues, que en un Estado de Derecho está prohibido utilizar al ser humano para efectos jurídico penales y que están proscriptas las sanciones punitivas que pugnen con su dignidad, lo que vincula no solo al legislador sino también a los administradores de justicia, trátese del ámbito del derecho penal sustantivo, del procesal penal y del de ejecución penal [cfr. Constitución Política, artículos 1, 5, 11, 12, 16, 28 inc. 4º, 34, 93, y 94; Convención Americana Sobre Derechos Humanos, arts. 5.1, 5.2, 5.3, 5.6; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos 7, 10. 1, 10.3; Código Penal, artículos 1 y 2; Código de Procedimiento Penal, artículos 1 y 3º; Código Penal Militar, artículo 198; Código Penitenciario, artículo 5º].

En otras palabras: el artículo 199 es una burla al más importante límite material al ejercicio de la potestad punitiva del Estado, llamado a regentar todas las manifestaciones penales desde la perspectiva de un derecho penal minimalista, de garantías, que tenga como norte y guía la salvaguardia de la dignidad de la persona en un Estado social y democrático de derecho; de un axioma absoluto que se erige en la razón de ser, en el principio y en el fin de la organización política y, por ende, del Derecho penal, cuya construcción ella permite, como lo ha dicho la propia Corte Constitucional (cfr., entre muchas otras, las sentencias T-401/92, T-596/92, T-499/92, C-176/93, C-542/93, T-479/93, C-038/95, T-090/96, T-465/96, T-645/96 -ratificada por la sent. T-590/98-, C-239/97, C-327/97, C-191/98, T-556/98, C-521/98, T-796/98, T-572/99, T-718/99, T-961/00, T- 1430/00, C-205/03, /T-1096/04, T-684/05 y C-355/06).

b) *Violenta el principio de igualdad*. Este axioma, que pende del postulado de igualdad jurídica en general, envuelve dos consecuencias: en materia de derechos fundamentales todos los individuos de la especie humana gozan de las mismas oportunidades y prerrogativas, sin que las normas jurídicas puedan introducir discriminación alguna; y, a todos los miembros de la comunidad jurídica se les debe dar un tratamiento penal

similar cuando realizan conductas acriminadas en la ley. Desde el punto de vista procesal, todos los ciudadanos gozan de las mismas oportunidades y, por el imperio de las garantías brindadas por el principio de legalidad, de él se desprenden tres consecuencias distintas: existen idénticas posibilidades de defensa; los procedimientos privilegiados atendiendo a la raza, la fortuna o la cuna son inaceptables; y no cabe aplicar formas procesales más desfavorables a unas personas que a otras por hechos similares, ni tampoco es posible hacer discriminaciones en razón de la vigencia de estados de excepción. Por supuesto, también le repugnan a este axioma regímenes penitenciarios desiguales e inequitativos [Cfr. Constitución Política, artículo 13; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos 14 y 26; Convención Americana de Derechos Humanos, artículos 8.2, 24; Código Penal, artículo 7; Código de Procedimiento Penal, artículo 4º; Código Penitenciario, artículo 3; Código Penal Militar, artículo 13].

Aquí, sin duda, se está ante una clara manifestación de desigualdad como quiera que se diseñan herramientas sustanciales y formas procesales especiales para el juzgamiento de ciertas delincuencias, como si el legislador –según los intereses del momento– se empeñase en redactar pequeños códigos penales especializados que introducen excepciones a las excepciones y que, por esta vía, terminan volviéndose la norma general. A lo anterior, se debe añadir la desigualdad manifiesta en materia de la ejecución penal que propicia la aplicación del artículo 199.

Que el principio de la igualdad debe ser observado como directriz de todo el sistema punitivo, se desprende de los propios pronunciamientos de la Corte Constitucional: cfr. sentencias de T-432/92, C-0016/93, C-103/93, C-530/93, C-565/93, T-230/94, T-230/94, C-022/ 96, C-339/96, C-364/00, C-840/00, C-1122/00 y C-93/01.

c) *Desconoce el principio de proporcionalidad en sentido estricto.* Como se recordará, según este apotegma el uso o la intensidad de la sanción está limitado de acuerdo a la gravedad del hecho reprimible cometido, y/o de los riesgos objetivos o subjetivos de comisión

de una infracción futura (proporcionalidad en sentido estricto); la exigencia de proporcionalidad, ha dicho en muchas oportunidades la Corte Constitucional, debe determinarse prevaleciéndose de un juicio de ponderación entre la carga coactiva de la pena y el fin perseguido con la conminación penal: “...*el principio de proporcionalidad opera al interior mismo del tipo penal, pues debido al carácter de última ratio del derecho penal en un Estado social de derecho, las sanción penal como máxima intervención en la libertad personal y en la dignidad humana –fundamentos axiológicos de este modelo estatal– debe ser estrictamente necesaria y está reservada a conductas de trascendencia social, y en todo caso debe ser proporcionada a la naturaleza del hecho punible*” [cfr. Sentencia C-355 de diez de mayo 2006, Magistrados Ponentes: Jaime Araújo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández; véanse también, sentencias T- 422/92, C-165/93, C-591/93, C- 530/93, C-565/93, T-554/93, T-015/94, T-230/94, C-549-94, C- 022 /96, C- 070/96, C-118/96, C-626/96, C- 013/97, C-157/97, C-237-97, C-239/97, C-285/97, C-292/97, C-038/98, C-647-01, C-370/02, C-392/02, C-939/02 y C-205/03].

Eso, justamente, es lo que desconoce de manera franca y manifiesta el artículo 199 pues el legislador –no contento con las elevadas sanciones imperantes que, en muchos casos, en la práctica, ya tocan casi los linderos de la cadena perpetua–, endurece de forma desproporcionada aún más los castigos y le da cabida al terrorismo punitivo, en contravía de lo que quieren el constituyente y el legislador: Constitución Política, artículos 1, 2, 5, 6, 11, 12, 13, 28 inc. 3º, 29 inc. 2º, 34 y 214; Código Penal, artículos 3, 4, 32 numeral 11, 34 inc. 2º, 36, 38 inc. 1º numeral 2, 39.3, 59, 61 inc. 3º, 73 inc. 3º, 129; Código de Procedimiento Penal, artículos 27, 94, 296 y 319, 324 numerales 1,7, 8, 10-15 y 17.

d) *Desconoce el principio de teleología de las sanciones penales.* A no dudar, el artículo 198 cuestionado repudia la teleología que el ordenamiento constitucional ha diseñado para la sanción penal como ya se mostró [*supra* IV, A, 3]. Ello es evidente cuando, de un lado, asistido del terrorismo punitivo y de la prevención general negativa, sólo se busca el amedrentamiento de la comunidad; así mismo, cuando el legislador erradica completamente la posibilidad

de que el condenado en estos casos se resocialice y lo condena a la desocialización, a la despersonalización, de la mano de las concepciones autoritarias de la prevención especial negativa.

El artículo 199, pues, se adscribe a las posturas que en sus diversas variantes implican una instrumentalización del hombre para los fines del Estado, cosificándolo y perdiéndole el respeto a su dignidad humana; concepciones que al partir de una supuesta “peligrosidad social” del individuo –que es la filosofía inspiradora de la norma, como si el derecho penal colombiano no fuera de acto y culpabilista– no pueden explicar el fundamento de la pena cuando no hay posibilidad de que este reincida. Se trata, pues, de posturas antiliberales y antigarantistas que propenden por un derecho penal máximo nunca por uno mínimo. Desde luego, para precisar los fundamentos constitucionales y legales que desconoce el artículo 199 así como las elaboraciones jurisprudenciales se debe tener en cuenta lo ya expresado [cfr. *supra* IV, A, 3., b)].

e) *Vulnera el principio del acto*. De la mano de lo anterior, el artículo 199 desconoce el principio del acto o del hecho inherente a cualquier concepción demoliberal del derecho penal, dado que considera al delito como una verdadera patología y a las penas como terapia a través de la amputación o la curación.

Se olvida, pues, que el suceso acriminable no está constituido por un acto interno de la psique sino por un acontecimiento en el mundo de la naturaleza, referido a un actuar del hombre; que el comportamiento punible, gracias a esta conquista de la especie humana, se traduce en una *exterioridad*, lo cual permite al derecho represivo castigar a los hombres sólo por lo verdaderamente realizado y no por lo pensado, deseado o propuesto. En fin, el artículo 199 cuestionado no tiene en cuenta que el fenómeno criminal no puede caracterizarse a partir del modo de ser de la persona, sus hábitos, temperamento, pensamiento o afectividad; esto es, que se castiga *por lo que se hace y no por lo que se es*.

Este límite al ejercicio de la potestad punitiva del Estado ha sido examinado por la Corte Constitucional en diversas oportunidades en las cuales ha dicho, con toda claridad y sin tapujos, que el Derecho

penal colombiano es de acto o de hecho no de autor [véanse sentencias C-221/94, C-239/97, C- 425/97, C-320/98, C-674/98, C-843/99, C-205/03]; y no podía ser de otra manera porque este axioma tiene claro asiento en el ordenamiento jurídico penal [Constitución Política, artículo 29 inc. 2°; Código Penal, artículos 6 inc. 1°, 9, 11, 25; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 15; Convención Americana Sobre Derechos Humanos, artículo 9; Código Penal Militar, artículo 7].

f) *Transgrede el principio acusatorio*. Habida cuenta de que el legislador de 2004, en armonía con la Carta Política, ha diseñado un esquema procesal de investigación y de juzgamiento en el cual, al lado del *principio procesal de legalidad o de oficiosidad* –que se traduce en la obligación de investigar todos los atentados a la ley penal–, se introducen mecanismos o herramientas que buscan acelerar la actuación procesal o depurar el sistema de tal manera que se impide la entrada al mismo o se excluyen de él diversos atentados punibles [para el caso el principio de oportunidad: artículos 323 y ss. del Código de Procedimiento Penal; y los institutos de las negociaciones y las aceptaciones de cargos: artículos 348 y ss. del Código de Procedimiento Penal], de la mano de consideraciones propias de la Política Criminal, es evidente que cuando los numerales 3 y 7 del artículo 199 impiden la operancia de esos mecanismos, quebrantan el principio acusatorio tal y como lo ha entendido el legislador (Cfr. artículos 29, 250 y 251 de la Constitución; 1 y ss. de la ley 906 de 2004).

Por eso, también el numeral 3° del artículo 199 que impide la aplicación del principio de oportunidad en ciertas hipótesis es inconstitucional y a él debe extenderse el pronunciamiento, así la demanda –pese a que el accionante, en el extenso trabajo académico de su autoría que decidió antitécnicamente transcribir, también lo considera contrario a la Carta pues no entiende ¿cómo es posible “concebir un PROCESO PENAL dentro del marco de un sistema de pensamiento penal con tendencia acusatoria sin principio o criterio de oportunidad...”? (página 18)– no lo cobije.

A ello, súmese, que –como dice el demandante– al crearse mediante el artículo 199 las restricciones allí señaladas se erige un

proceso penal para los delitos en él contemplados que es paralelo al ordinario, pero totalmente restrictivo de la libertad lo que, sin duda, atenta contra el debido proceso acusatorio constitucional; tuyas son las siguientes palabras: “...**estaríamos frente a un nuevo procedimiento, diferente y totalmente restrictivo de la LIBERTAD, desconociendo claramente los principios de los art. (sic) 295 y 296, y los principios de los juicios orales del nuevo Código de Procedimiento Penal**” (páginas 19 y 20. Negritas y subrayas agregadas).

g) *Vulnera el principio de legalidad*, en lo atinente a las prerrogativas de ejecución penal que del mismo se derivan. Si, como ya se mostró, el artículo 199 en todos sus numerales aboga por la desocialización del reo y le niega absolutamente la posibilidad de rehabilitarse, de resocializarse, ello significa que también arrasa con el principio de legalidad en lo atinente a las prerrogativas de ejecución penal que emanan del mismo, en cuya virtud no hay pena ni medida sin régimen legal sin un tratamiento penitenciario, humanitario y asistencial, sin resocialización, esto es, el llamado *PRINCIPIO DE EJECUCIÓN*.

3. El artículo 199 es inexecutable en su totalidad. Así las cosas, si se tienen en cuenta no sólo las plurales consideraciones realizadas por el accionante [cfr. páginas 16 a 36] sino las que anteceden, la conclusión obvia es que todo el texto del artículo 199 es contrario a la Carta Fundamental y así lo debe declarar la Corte.

V. CONCLUSIÓN

Así las cosas, si se analizan con detenimiento las razones anteriores se debe concluir que los apartes de **los artículos 129, 158 y 197** demandados, **son exequibles**, máxime en el primer caso en el cual ya existe un pronunciamiento de constitucionalidad y, por ende, debe estarse a lo resuelto en esa oportunidad.

En relación con **los arts. 150 y 199**, por el contrario, se debe declarar que ellos son **inexequibles**: el primero, en relación con todos y cada de los apartes cuestionados por la demanda; y el segundo, no sólo en los apartes señalados por el accionante sino en su totalidad.

Ambas disposiciones, pues, pugnan con el sistema de principios y de garantías plasmado en la Carta Fundamental que es reproducido por la legislación penal y procesal penal –que, no se olvide, erige un patrón procesal de tendencia acusatoria que debe ser preservado a toda costa– que, por supuesto, no tolera discriminaciones como las allí contenidas con las cuales se arrasa con el programa penal de la Constitución.

Agradeciéndoles a los H. Magistrados que hayan pensado en nuestra Especialización en Derecho Penal para estos efectos, me es grato suscribirme de Ustedes,

Atentamente,

FERNANDO VÉLÁSQUEZ VELÁSQUEZ
Director del Departamento de
Derecho Penal