

La constitucionalidad de las prebendas legales en el ámbito de la violencia sexual contra niños y adolescentes

*Julián Hernando Vera Díaz**

Resumen: El modelo de Estado que ahora emerge representa un paradigma marcado por la constitucionalización del derecho, por lo que múltiples normas jurídicas entran en conflicto al analizar casos concretos; en este contexto, los principios se convierten en los moduladores del derecho y hay lugar para el uso del análisis y la ponderación jurisprudencial, que adquieren mayor fuerza para realizar ejercicios hermenéuticos. Un ejemplo de ello se presenta en el ámbito de la violencia sexual contra niños y adolescentes, que gracias al artículo 199 numeral 7 de la Ley 1098 de 2006, restringe la reducción de penas a quienes acepten cargos o hagan acuerdos con la Fiscalía. Por lo tanto, con la ayuda de la propuesta de Guastini este trabajo muestra cómo la interpretación puede ayudar a entender este texto legal, para verificar si él ayuda o no a proteger los derechos de aquellas víctimas de violencia sexual.

Palabras claves: Principios constitucionales, justicia premial, violencia sexual contra niños y adolescentes, interpretación constitucional, ponderación de principios.

Abstract: The State model that is now emerging represents a paradigm marked by the constitutionalization of law, which is why multiple legal norms come into conflict when analyzing specific cases; in this context, principles become the modulators of law and there is room for the use of jurisprudential analysis and deliberation, which take on greater strength to carry out hermeneutical exercises. An example of this is presented in the area of sexual violence against adolescents and children, which, thanks to article 199, number 7 of Law 1098 of 2006, limits sentence reduction to those who admit charges or accept pleas

* Magíster en Derecho y especialista en Derecho Penal y Ciencias Forenses; juez penal. Este trabajo fue presentado como artículo de investigación para optar al título de Magíster en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, con la asesoría de la maestra Yeli Catherine Ávila Lozano. Correo de contacto: julianveradiaz2004@hotmail.com.

with the Prosecutor's Office. Therefore, with the help of Guastini's proposal, this work shows how interpretation can help to understand this legal text, to verify if it helps or not to protect the rights of juvenile victims of sexual violence.

Keywords: Constitutional principles, Reward justice, sexual violence against children and adolescents, constitutional interpretation, principle of deliberation.

Introducción

El presente artículo aborda desde una perspectiva analítica el tema de la justicia premial penal en relación con los casos de violencia sexual cuando la víctima es un niño o un adolescente (Ley 1098/2006, art. 3.º), que permita determinar si la declaratoria de constitucionalidad del numeral 7.º del artículo 199 de la Ley de Infancia y Adolescencia es o no pertinente para promover el acceso a la justicia y la protección de los derechos de los niños y adolescentes, a partir de los presupuestos de una construcción jurídica que se ensaya.

Así las cosas, si bien la Constitución Política consagra en su artículo 44 la prevalencia de los derechos de los niños y los adolescentes, también lo es que en virtud del mismo bloque de constitucionalidad que refuerza y sirve como valor axiomático a este fin de proteger a los niños y adolescentes surge el principio del acceso igualitario y libre a la administración de justicia. No obstante, a partir de ciertos criterios interpretativos es dable admitir que ello colisiona con otros principios y con la finalidad armonizadora del derecho penal, a la vez que pueden tender a desconocerse algunos derechos del procesado sin que ello represente una garantía *per se* para los derechos de la víctima o, agréguese, una prerrogativa en beneficio de la sociedad.

Por lo tanto, en el escenario propio de una justicia negocial como la existente en el marco propio de los principios propios del Estado social y democrático de Derecho, cabe preguntarse –a título de pregunta que consigna el problema de investigación– cómo puede justificarse la excepción introducida por el citado num. 7.º del artículo 199, en tanto el mismo condiciona y limita mecanismos para acceder a la justicia que operan en

pro de la víctima y que, en todo caso, no garantizan derechos al imputado o procesado. Esa disposición, recuérdese, prohíbe «[...] las rebajas de pena con base en los preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado, previstos en los artículos 348 a 351 de la Ley 906 de 2004».

Desde luego, si se tiene en cuenta que la Corte Constitucional definió los acuerdos en materia penal como el camino judicial hacia la simplificación del proceso penal mediante la sustracción de la controversia probatoria con ocasión del arreglo entre las partes involucradas, que implica un juicio expedito a cambio de un beneficio punitivo, esa herramienta tiene un objeto y unas finalidades muy precisas: Lograr un consenso sobre la imputación y la pena, de cara al logro de las finalidades buscadas entre las cuales están la humanización del proceso y la participación del imputado en la resolución del caso (Sent. C-516/2007, con. 3.5.1., CConst.). Lo mencionado en precedencia ubica el asunto en un espacio de indeterminación bastante problemático, dado que desdibuja la finalidad constitucional perseguida por la justicia consensual para la cual el procesado no deja ser un sujeto de derechos, algo determinante en el marco del modelo de Estado ya señalado, amén de que los niños y adolescentes son sujetos de especial protección con lo cual se hace latente que se debe garantizar el máximo de derechos para cada uno.

Como es apenas entendible acudir a ese tipo de procesos supone brindar una garantía plena de sus derechos a las víctimas y, con su aquiescencia, lograr que este tipo de herramientas de la justicia premial descongestione el sistema de justicia penal con un mínimo impacto para los derechos de los intervinientes. Sin embargo, como demuestra el trabajo, la implicación de lo acordado debe calar directamente en un verdadero ejercicio de sanción del delito, en la reivindicación de los derechos de las víctimas y en la manera de impartir justicia, todo lo cual envuelve la idea misma de justicia.

Así las cosas, en plan de dar respuesta a la pregunta planteada y con base en una metodología analítica –de corte crítico– y a partir de las herramientas hermenéuticas que brinda el principio de ponderación, este trabajo muestra como el texto legal mencionado puede desconocer diversos principios

constitucionales en atención a la ambigüedad normativa existente en la materia examinada. De esta forma, la prohibición de otorgar rebajas de penas a quienes incurrir en las conductas ya señaladas es una verdadera limitante al derecho a ejercer el libre acceso a la justicia, al desarrollo de una política criminal restaurativa y resocializadora llamada a garantizar el imperio del Derecho y de las garantías y, por ende, al cabal ejercicio de los derechos de las mismas víctimas.

Con tales miras, a continuación –en primer lugar– se abordan los institutos de los acuerdos y la aceptación de cargos como manifestaciones de la justicia premial en tratándose de los casos de violencia sexual contra niños y adolescentes, a la luz del principio *pro infans* y se estudia la colisión de derechos fundamentales en tratándose de ese tipo de delitos sexuales. Así mismo, en segundo lugar, se examinan las construcciones jurídicas como posible acercamiento interpretativo al problema planteado; en tercer lugar, se hace un estudio analítico sobre el asunto en concreto. Al final, se plasman las conclusiones de esta incursión académica y se consignan las referencias bibliográficas utilizadas.

La justicia premial y la violencia sexual contra niños y adolescentes

Aspectos generales.

Hablar de un análisis constitucional sobre la materia en sentido estricto no es posible, toda vez que el mismo se agota en varias instancias; no obstante, la propuesta que defiende este trabajo es la problematización de la temática tanto por medio del uso y adaptación del modelo analítico expuesto por Guastini (2015a), como a través de los criterios defendidos por la Corte Constitucional para el análisis de casos complejos. Al respecto, recuérdese que el artículo 44 de la Constitución Política consagra la prevalencia de los derechos de la niñez ubicándolos como sujetos de especial protección ante la ley; en este marco, el amparo de los niños y adolescentes respecto del

abuso sexual aparece exaltado como uno de los elementos esenciales para la protección de los infantes, a la vez que se ocupa también de dejar en claro que el bloque de constitucionalidad es parte importante del control de estas garantías.

Sobre el particular, se entiende este último instituto a partir de aquella tesis según la cual existen normas constitucionales que —a pesar de no aparecer de manera expresa o taxativa en la Carta Política— hacen parte integral de la misma o se articulan a esta (Uprimny, 2006). Lo anterior tiene especial relevancia debido a que a partir del desarrollo del bloque de constitucionalidad se fortalece, como garantía fundamental, el derecho a acceder de forma libre e igual a la administración de justicia en condiciones de igualdad, lo que implica que opera tanto para los adultos como para los niños y adolescentes, en especial cuando tal acción se emprende para buscar la tutela de derechos fundamentales legal o constitucionalmente adquiridos, con plena observancia de los procedimientos previstos y las garantías establecidas (Sent. C-426/2002, CConst., con. 6.1.).

Además, conviene señalar que la referida corporación ha sido reiterativa al manifestar que este derecho tiene la doble finalidad de propugnar por la integridad del orden jurídico y proteger o restablecer derechos e intereses legítimos, con absoluta observancia de las garantías sustanciales y procesales previstas con antelación en la ley (Sent. T-283/2013, con. 2.4.2, CConst.). Con ello, se puede afirmar que el efecto de las previsiones legales constituidas por esta vía pretende atender a la garantía de los derechos fundamentales de los intervinientes en el proceso, también del niño o adolescente, al tiempo que propende por incluir y exaltar sus derechos como se evidencia a continuación.

En efecto, el Preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño (1989) suscrita por Colombia (Ley 12/1991), además de referirse al principio *pro infans*, alude a «[...] la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento» para los niños (1989); igualmente, en los artículos 19 y 34 especifica la obligación expresa de prestar protección legal a los derechos

de los niños y adolescentes en lo referente al abuso sexual. Empero, cabe resaltar que el país se ha enfrentado a un cambio importante relacionado con la constitucionalización del derecho, por lo cual la carta superior incorpora una serie de principios, valores y preceptos que inciden en la dogmática jurídico penal que le constriñe a estar alineada con los principios y fines constitucionalmente admitidos, en especial en lo atinente a los derechos fundamentales y a las garantías procesales del justiciable.

De allí que el escenario penal actual tenga como eje el principio de necesidad que se puede resumir en la idea de que el derecho penal debe operar como *ultima ratio* y con el mínimo de intervención, buscando una exigua afectación a los derechos de las partes, con lo cual se limita notoriamente la acción sancionatoria criminal (Sent. C-387/2014, VI, 3, CConst.; Sent. C-091/2017, CConst., con. 13; Sent. C-365/2012, CConst., con. 3.3.1.), lo que redundaría en la necesidad de buscar alternativas para la conservación del orden legal y preservación de los derechos, en especial, de las víctimas. Y, como dice el máximo teórico del garantismo penal, este axioma se denomina también de economía de las prohibiciones penales, porque se traduce no solo en la pena mínima necesaria sino también en la máxima economía en la configuración de los delitos (Ferrajoli, 1995, p. 465).

En ese contexto, entonces, las Leyes 906 de 2004 y 599 de 2000, que nacieron como respuesta a la necesidad alinear el derecho penal con el escenario al que se ha referido, traen consigo un cambio que se convierte en elemento fundante del mismo: El tránsito de una justicia penal sancionatoria que busca la acusación y el castigo de los actos contrarios a la ley a una negociada, mediante la cual se privilegian mecanismos alternativos que permiten –como ha dicho la doctrina foránea– reivindicar los derechos con mayor celeridad y eficiencia para conseguir un acercamiento a la justicia (Galain, 2005, p. 164). En palabras de Del Moral (2008), el desarrollo de un sistema basado en la justicia penal negociada no obedece como tal al interés de fortalecer las garantías procesales que se relacionan con un modelo de derecho penal garantista, sino que se enfoca en una serie de objetivos más prácticos buscando enfrentar los problemas producidos en la práctica judicial.

De esta manera, lo que se busca es descongestionar a la administración de la justicia a través de un enfoque eficientista que aspira a reducir, como lo señala González (2012), los indicadores estadísticos asociados a la reducción de procesos y al aumento de las condenas. Por supuesto esta problemática genera una profunda transformación en el objetivo del proceso penal, pues ya no es como tal la búsqueda de la justicia basada en el cuidado, respeto y afirmación de las garantías del infractor, sino más bien la indagación continua de eficiencia mediante un único objetivo: La obtención de la verdad y su castigo (Restrepo, 2007). Por ello, se ha dicho:

Esta solución que se ofrece a la problemática de la administración de justicia repercute de manera negativa en la vigencia de las garantías de los procesados, cuyos derechos procesales son vistos como obstáculos por superar en aras de la consecución de una justicia pronta y eficaz, llegándose incluso al punto de acuñarse el término de hipergarantismo para significar un supuesto exceso de garantías procesales nocivo para los fines pragmáticos perseguidos (Castaño, 2013, p. 167).

Desde luego, el asunto presenta matices más complejos si se tiene en cuenta la realidad del país en el cual la criminalidad es creciente mientras que la capacidad operativa del sistema judicial y sancionatorio, parece insuficiente para atender eficazmente las necesidades que demanda la realidad; por ende, la justicia premial entendida como una rebaja de penas condicionada (Sent. C-108/2017, CConst., con. 3.2.) aparece como una manera no de generar un desconocimiento de la relación causal del derecho en cuya virtud la gravedad del actuar criminal deba verse reflejado en la pena imponible sino, más bien, como una forma de solventar los retos que presenta la realidad.

En vista de ello, el tema que motiva este análisis se enmarca en un escenario en el cual aparecen en pugna no solo dos derechos fundamentales, sino una serie de principios que problematizan el análisis de los casos concretos en razón de la nueva realidad jurídico penal premial, cuya base de aplicación es la comprensión «de que, a mayor colaboración y mayor economía procesal, más significativa ha de ser la respuesta premial» (Sent. 11/7/2012, Rad.: 38285, CSJ, p. 23). Así las cosas, la flexibilización de la pena se establece como un mecanismo eficiente y necesario teniendo en cuenta

la congestión judicial que se relaciona con la enorme cantidad de procesos y su larga duración, donde ha «prevalecido el fin de la verdad material sobre la eficacia y la eficiencia» (Castaño, 2013, p. 175).

En este sentido se puede decir que figuras propias de la justicia premial penal como las negociaciones y las aceptaciones de cargos –aquí llamadas preacuerdos y allanamientos– obedecen, en todo caso, a los principios de racionalidad y proporcionalidad y a la necesidad de encontrar pronta resolución a los conflictos, por lo cual se entiende que se puede flexibilizar la pena, es decir, hacer menos gravoso el castigo para quien lleva a cabo un acto delictual si con ello se consigue un acercamiento más eficaz a la administración de justicia.

Los fines de las figuras acabadas de mencionar aparecen plasmados en el artículo 348 del Código de Procedimiento Penal y son entendidos, dentro del marco propio de la política criminal, como la posibilidad de humanizar la actuación procesal, lograr la participación del imputado y definir el proceso, tópicos con los cuales se concibe que el objeto de la acción penal se entiende cumplido. Sin embargo, pese a que esas figuras tienen un núcleo común y persiguen fines similares, ellas no son iguales porque si bien desembocan en una terminación anticipada del proceso, en el allanamiento (aceptación de cargos) es el imputado quien admite de manera voluntaria su responsabilidad, con plena autonomía y de manera libre y en el momento procesal preciso, sin necesidad de que exista consenso entre su decisión y las posibles propuestas de la fiscalía (Sent. 08/04/2008, Rad.: 25306, CSJ, p. 32; Sent. 08/07/2009, Rad.: 31063, CSJ).

Consecuentemente, cuando el imputado se allana a cargos corresponde únicamente al juez emitir su aceptación y evaluar la reducción de pena que corresponda como medida premial dentro del rango de movilidad en materia de penalización del acto criminal, es decir, aplica la dosimetría penal según lo previsto en la ley para el delito imputado con la correspondiente reducción de penas conforme al momento procesal en el cual se presenta el allanamiento (Sent. 08/04/2008, Rad.: 25306, CSJ, p. 33; Sent. 08/07/2009, Rad.: 31063,

CSJ). Ahora bien, en tratándose de los preacuerdos o negociaciones ellos se tienen que referir a una relación consensuada entre fiscal e imputado y es el primero quien propone cuál es el estímulo a otorgar por la colaboración prestada por el segundo (Sent. 08/04/2008, Rad.: 25306, CSJ; Sent. 08/07/2009, Rad.: 31063, CSJ); así las cosas, la variación en este segundo evento no se presenta en relación con las rebajas de la penalidad como en el caso anterior sino en materia de imputación, es decir, el fiscal define la tipicidad objetiva o subjetiva para que el *quantum* de la pena sea reducido ello, claro está, dentro de las potestades que le otorga la ley al fiscal (Sent. 08/04/2008, Rad.: 25306, CSJ; Sent. 08/07/2009, Rad.: 31063, CSJ).

Sin embargo, como bien lo expresa la doctrina, el derecho premial no puede establecerse como la solución a la ineficiencia de la administración de la justicia puesto que en este sentido la crisis en lugar de aminarse se agudizaría (Castaño, 2013, p. 167); es más, no se puede olvidar que, como añade Aponte (1999), la eficacia de la justicia penal en el país se ha medido con la proliferación de condenas en lugar de la justicia y el respeto de las garantías básicas (pp. 11-12). Esto quiere decir, entonces, que centrar el desarrollo del proceso penal en el más puro eficientismo no representa otra cosa más que una manifestación de la misma crisis de legitimidad del sistema penal, la cual, como lo recuerda Urbano (2006), proviene no solo de la formalidad legal sino del sistema de valores, principios, derechos y deberes consagrados la Carta Política (p. 113). Sin embargo, con independencia de ello, Ruiz (2012) expresa que esta situación va más allá de una mayor deficiencia en el sistema penal porque ello afecta la estructura misma del Estado de derecho liberal (p. 158).

No obstante, hablar de justicia premial en casos de violencia sexual cuando la víctima es un adolescente o un niño presenta múltiples retos sobre todo cuando se toma en cuenta que, además de la especial protección sobre la que se habló líneas atrás, la propia Ley 1098 de 2006 instituyó numerosas figuras que limitan la aplicación de la justicia premial penal en esos casos, con el pretexto de maximizar esa protección en relación con sujetos a quienes se debe asegurar la prevalencia de sus derechos, todo ello de cara a hacer efectivo

el compromiso estatal de reforzar la protección de estos derechos y articular las normas con los principios constitucionales y los tratados internacionales.

Esa es la razón por la cual Rojas (2016) dice que el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 es una norma controvertida y polémica, amén de «una muestra de populismo punitivo y de la expansión del derecho penal, en la medida en que imposibilita la aplicación de una justicia premial propia de un sistema penal de tendencia acusatoria» (p. 2); se plantea, por tanto, que este texto legal demuestra la irracionalidad del legislador en atención a que se afecta en gran medida no solo el acceso a la justicia por parte de los niños y adolescentes víctimas sino que, también, se afectan las demandas de seguridad y satisfacción por parte de la sociedad. Esa disposición, en su numeral 7.º –recuérdese– dispone que no proceden «[...] las rebajas de pena con base en los “preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado”, previstos en los artículos 348 a 351 de la Ley 906 de 2004» cuando se tratare de delitos sexuales contra niños y adolescentes.

Con lo anterior, pues, se hace evidente que en esos casos no es posible hablar de allanamientos o preacuerdos por lo cual si el asunto se redujera a un tema netamente de aplicación de derecho positivo se zanjaría la discusión de un plumazo; sin embargo, son diversos los principios que entran en pugna y dejan abiertos muchos aspectos por analizar como se muestra a lo largo del texto. En particular, se quiere resaltar que este tipo de incoherencias del sistema penal van de la mano de lo que se conoce como la expansión del derecho penal, esto es,

Una tendencia claramente dominante en la legislación hacia la creación de nuevos tipos penales, así como a la agravación de los ya existentes, (...) flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios político-criminales de garantía (...), que cabe enclavar en el marco general de la restricción, o la «reinterpretación» de las garantías clásicas del Derecho penal sustantivo y del Derecho procesal penal (Silva, 2006, p. 5).

El caso en concreto del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 respondería a un proceso en el cual las tensiones sociales impulsan a realizar acciones arbitrarias en contra del derecho (Rojas, 2016). En efecto, esa disposición

surge en el contexto de una serie de situaciones graves en las cuales se generaban, de manera continua, violaciones a los derechos de los niños y adolescentes observándose –además– que los agresores no eran sancionados con las penas que la comunidad reclamaba. Sin embargo, en cumplimiento de los objetivos sociales propios de la justicia penal, resulta fundamental que los jueces mantengan una distancia de las tensiones sociales con la finalidad de evitar aplicaciones arbitrarias del derecho.

La colisión de derechos fundamentales y las restricciones para los autores de delitos sexuales contra niños y adolescentes.

Como se mencionó en el apartado anterior, el tema objeto de estudio se problematiza en primera instancia por el tipo de derechos y principios que colisionan al hablar de justicia premial en el contexto en el que se ha presentado; con ello, se debe entender entonces que si bien la función de la Constitución es –también o incluso esencialmente– la de modelar las relaciones sociales entre los ciudadanos, «[...] las reglas constitucionales deben ser aplicadas directamente por cualquier juez en cualquier controversia (lo que en la dogmática alemana se denomina “Drittwirkung”）」 (Guastini, 2015a, p. 37). O *Drittwirkung der Grundrechte* (doctrina del efecto de terceros en materia de derechos fundamentales) en cuya virtud la constitución implica obligaciones legales de derecho privado sobre los particulares en las relaciones que se establecen entre ellos, por lo cual –en caso de vulneración de esos derechos fundamentales recogidos en la constitución–, el particular puede accionar en contra de otro particular o contra la misma Administración por la violación de esos derechos.

En ese marco, pues, se deben evaluar las dificultades a las que se hizo alusión en el acápite anterior del trabajo respecto a la capacidad legal y constitucional de sopesar los derechos que se proponen en pugna en razón del problema de investigación: Los resultantes del derecho premial penal y los de las niños y adolescentes víctimas de violencia sexual. A su vez y pese a estas dificultades que se evidencian en la manera como se debe –a falta de una

mejor expresión— impartir justicia, se observan otras mucho más profundas que calan en el sustrato de lo que es el derecho. Por ejemplo, aquella según la cual el derecho —tal como lo señala Guastini (2015a)— es doblemente indeterminado a causa de que tanto el sistema jurídico en sí mismo como cada uno de sus componentes, cada norma, carecen de determinación (p. 15). De allí que el análisis constitucional en casos como el que se presenta tenga tantos asuntos por esclarecer y elucidar.

Esta problemática es todavía más evidente cuando, como en Colombia, se ha desarrollado la aplicación de un sistema mixto en virtud del cual se genera la combinación de un control concentrando en cabeza de la Corte Constitucional, además de uno difuso de constitucionalidad por medio del cual cualquier autoridad puede dejar de aplicar la ley u otra norma jurídica, siempre y cuando considere que dicha ley pueda resultar contraria a la Constitución (Brewer-Carías, 1995, p. 6). Esto último, justo es decirlo, es lo que sucede en el caso particular del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006; con razón, pues se afirma:

Esto puede generar que se presenten casos en los que un juez declare la excepción de inconstitucionalidad de una norma que considere contraria a la Carta Política, y posteriormente la Corte Constitucional lo contradiga al manifestar que la disposición sí se ajusta al ordenamiento superior (Rojas, 2016, p. 4).

En Colombia todas las autoridades de cualquier orden, sea nacional, regional o local, se encuentran sometidas al imperio de la Constitución y de la ley; así las cosas, ante cualquier incompatibilidad que exista entre cualquier norma y la Carta Política siempre, las autoridades jurisdiccionales e incluso las administrativas, tienen que aplicar preferiblemente las disposiciones constitucionales en virtud de la figura conocida como excepción de inconstitucionalidad o control de constitucionalidad por vía de excepción, consagrada en el artículo 4º del Estatuto Superior:

La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar

la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 4.º).

Sin embargo, debe advertirse, la inaplicación de tal disposición jurídica solo puede efectuarse dentro de un contexto en particular, es decir, para el caso concreto. Por tanto, por ser el sistema de control de constitucionalidad nacional de carácter mixto, esto es, que combina un control concentrado ejercido por la Corte Constitucional y otro de carácter difuso efectuado por cualquier autoridad, ello la faculta para dejar de aplicar aquellas disposiciones que sean contrarias a la Constitución. A este respecto, es importante aclarar cuáles son las diferencias entre el control concreto y el control difuso: De un lado, el concreto permite analizar la constitucionalidad de las normas que se deben aplicar en el desarrollo de distintos casos, de tal manera que los jueces pueden negarse a aplicarlas si encuentran que por algún motivo dichas normas resultan ser inconstitucionales. Por otro lado, en el control difuso se faculta a los jueces para que definan la inconstitucionalidad de las normas, desligándose de los casos concretos; bien se ha dicho:

La diferencia entre uno y otro tipo de control constitucional es, según lo dicho, que en el control concreto se define si en determinado caso se está desconociendo una norma constitucional, mientras que en el abstracto se realiza una constatación de compatibilidad lógica entre una norma infra-constitucional y una norma constitucional (Pulido, 2011, p. 69).

Ello es producto de que, en atención a la finalidad que persigue el derecho, para resolver los casos de la vida real es necesario arribar a una resolución para lo cual la potestad decisoria está en cabeza del juez a quien le es exigible una correcta interpretación o una construcción jurídica munida de las herramientas para reducir los límites de ambigüedad en las normas (Guastini, 2015a, p. 20), lo cual no impide que queden dudas sobre la capacidad de inmediación y de discrecionalidad que se debe otorgar a cada servidor judicial, sobre todo en cuestiones constitucionalmente definidas. De hecho, pese a que hablar de la obligación del juez de interpretar las normas y los elementos fácticos –bien mediante interpretación ora por intermedio de las construcciones jurídicas– parece una simple obviedad, ello trae de suyo

una enorme dificultad que supera la escueta diferencia conceptual entre la interpretación y la construcción jurídica, porque si se hace una interpretación el juez se ve compelido a fallar en concordancia con el contenido normativo, lo que para casos complejos como el objeto de estudio dejaría por fuera múltiples variables y posibles detrimentos de derechos.

Sin embargo, si se hace una construcción jurídica el juez debe hacer un trabajo de análisis mucho más profundo adecuando las herramientas a su alcance con el fin único de concluir razonablemente, más allá de lo admitido en el ámbito legal, pero sin exceder las potestades a él atribuidas en un sentido determinado con lo cual variarán los efectos (Schünemann, 2007, pp. 191 y ss.). Igualmente, para el servidor judicial también constituye una obligación la de razonar sus decisiones, es decir, demostrar lógicamente desde el derecho por qué se concluye con tal providencia (Guastini, 2015a, p. 25). Entonces, a él le corresponde enlazar el supuesto fáctico con la norma y determinar de todas las opciones posibles cuál es la adecuación más apropiada, y la resolución más precisa de todas cuantas puedan existir para que el efecto jurídico del accionar ordenado sea el esperado.

Ahora bien, al acercarse al tema objeto de investigación se tiene que hablar de la construcción jurídica como mecanismo para dotar de claridad la problemática propuesta porque, evidentemente, con una interpretación en sentido estricto no basta, pues en el caso concreto la ambigüedad interpretativa no es el resultado de la manera como se plantean las normas, dado que el significado atribuible a estas es claro por lo cual no existe la necesidad ni de crear un significado adecuado a la realidad (interpretación en abstracto) ni elegir el más aproximado al caso definido (interpretación en concreto) (Guastini, 2015a, p. 25). La dificultad en la interpretación desde la perspectiva constitucional de las disposiciones contenidas en la Ley 1098 de 2006, respecto de la prohibición de conceder o disminuir beneficios en los allanamientos a cargos o en los preacuerdos en casos de violencia sexual contra niños y adolescentes, es más el resultado de la igualdad que existen entre las categorías en pugna: Todos derechos fundamentales y todos principios de arraigo constitucional (Rojas, 2016).

En el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 se presenta un caso en el cual si el juez aplica la excepción de inconstitucionalidad de la norma, ella –al ser estudiada por la Corte Constitucional– puede resultar ajustada a la Constitución contrario a lo manifestado por dicho juez; al respecto, recuérdese que ese organismo se ha inhibido de pronunciarse sobre demandas que cobijaban el N.º 7 del art. 199: Sents. C-738/2008 y C-055/2010, CConst.). El problema, como lo explica Rojas (2016), es que en el desarrollo de los estudios desarrollados por la Corte se han presentado falencias en el examen de constitucionalidad del artículo 199, porque no se consideraron las bases orientadoras del desarrollo adecuado de un proceso penal y que deben ser sus bases fundamentales. En este sentido, como lo plantean Guzmán y Jiménez (2011), es claro que si bien el legislador cuenta con una serie de conocimientos, potestades y experiencia que le permiten orientar y diseñar la política criminal del Estado, también es lo cierto que su poder no es limitado dado que prima la protección de los derechos fundamentales tanto de los acusados como de las víctimas que intervienen en el proceso, lo cual se establece como el requisito más básico para generar la eficiencia en la justicia.

Así las cosas, frente a lo expuesto se debe advertir que las reglas –en este caso toman forma de derechos fundamentales– generan una relación causal entre una acción y su consecuencia jurídica, constituyéndose en un *antecedente cerrado* porque aclaran en qué eventos se está ante un determinado caso de derecho (Guastini, 2015b, pp. 2028-2032). De esta forma lo hace la normatividad en cita al advertir que, si los actos sexuales viciados o violentos vulneran los derechos de un niño o adolescente, la consecuencia jurídica admisible es una muestra mayor de repudio al actuar por medio de la negativa de conceder las prebendas contenidas en la ley penal adjetiva para este tipo de actos delictivos, en otros escenarios.

Como es obvio, esta regla que genera un antecedente cerrado se opone a aquella que garantiza a quienes hagan uso de la aceptación de cargos unilateral o consensuada, el acceso a una serie de beneficios que harían menos gravosa su pena por el hecho de cumplir unas condiciones, mismas que si se aceptan en procesos donde las víctimas son niños y adolescentes

no surtirían efecto alguno en relación con las garantías de los imputados o procesados. Por su parte, el concepto de principio no se entiende como fundamental por el arraigo constitucional del que goce o no, sino porque tal caracterización es inmanente a su naturaleza, pues son normas fundantes y no fundadas que no se sustentan en otras y se convierten en elemento axiológico de distintas normas (Guastini, 2015b, p. 2030); para decirlo en palabras de la jurisprudencia constitucional: «Las normas que reconocen valores serían normas más abstractas y abiertas que las que consagran principios. Éstas, por ser más precisas, tendrían proyección normativa, es decir aplicabilidad concreta o eficacia» (Sent. C-1287/2001, CConst., con. 1.1.2.).

Asimismo, también es propia de su naturaleza la indeterminación pues se relacionan con los valores, caracterización o postura política que se debe reflejar en un ramo particular del derecho y la justicia, para adecuarse a los fines del Estado por lo cual se equipara a un *antecedente abierto*, porque no se explicita en qué casos opera (Guastini, 2015b, p. 2036). En este último tipo normativo se encuentran tanto el principio de igualdad en el acceso a la justicia, que se entienden como elementos procesales necesarios para la garantía de derechos sustanciales de los intervinientes en los procesos judiciales, como el principio *pro infans* que eleva los derechos de los niños y adolescentes a una categoría superior a la de otros sujetos que no gozan de especial protección.

También se debe tener en cuenta que los principios admiten excepciones de aplicación por lo que requieren un sustento adicional, pues no se pueden aplicar por sí mismos como única medida de juzgamiento lo que no ocurre con las reglas que plantean sus propias excepciones; ello lleva a la tercera diferencia entre reglas y principios. Así, las reglas gozan de una precisión tal que no requieren para su concreción de otros elementos de juicio, mientras que los principios son genéricos, se concretan en la medida en que se puedan ajustar no solo a los elementos fácticos sino a los demás elementos de juzgamiento (Guastini, 2015b, p. 2034).

Por consiguiente, se puede afirmar con sustento en lo expuesto que los principios son el resultado de la interpretación y de la valoración que el

servidor judicial les brinda ubicándolos a un ámbito marginal, es decir, como una coadyuvancia para dirigir el razonamiento dentro de los principios y fines que, en este caso, requiere el Estado social y democrático de Derecho y con él la política criminal en la administración de justicia. Sin embargo, los principios que se fijan en la Constitución del país como derrotero para la toma de decisiones judiciales tienen una especial relevancia que, si bien no los releva de su carácter auxiliar, sí les eleva a tal punto que constantemente son estos los que terminan por disipar las diferencias en casos de ponderación.

Asimismo, en el asunto bajo estudio se debe tener en cuenta que además de los principios en pugna también existe una colisión entre reglas porque, precisamente, la ley procesal penal se encargó de cristalizar en sus normas los principios de celeridad, igualdad, eficiente administración de justicia, derecho penal mínimo, entre otros, si bien no de manera expresa y taxativa sí por medio de la promulgación de normas que se sustentan casi que integralmente en los ya referidos principios.

Las construcciones jurídicas como posible acercamiento interpretativo al problema desde la perspectiva constitucional

Apuntes generales.

Así las cosas, una vez expuesto el marco conceptual correspondiente, se deben retomar algunos elementos señalados con el fin de encauzar la discusión, pues podría resultar irrefutable afirmar que si lo buscado –tanto con la expedición de la Ley 906 de 2004 como con la puesta en vigencia de la Ley 1098 de 2006– era su articulación con los fines y presupuestos constitucionales, entonces no habría cabida para hablar de una posible inconstitucionalidad en su estructura máxime cuando el artículo 199 de la Ley de la Infancia y la Adolescencia ya superó –solo en parte, porque el N.º 7 no ha sido objeto de pronunciamiento de fondo– el estudio de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional y, en varios escenarios, incluso ha sido objeto de un control difuso de constitucionalidad.

También, si se entiende la precitada norma como la manifestación de una excepción reglada con sustento constitucional –por tanto, axiológico–, la discusión sobre la constitucionalidad de sus disposiciones no tendría lugar; pero si se hace un análisis en similar sentido en relación con las normas que conforman la justicia premial en cuanto a la rebaja de penas por aceptación de cargos, el escenario ante el que se encuentra el análisis es muy diferente. Ello debido a que en el campo de la interpretación normativa como se ha previsto, hay otros aspectos que van más allá de un simple análisis textual en virtud del cual la dimensión premial (entiéndase la reducción de penas) en el caso de los delitos sexuales que afecten a niños y adolescentes son incompatibles con el acceso a la justicia de estos como sujetos de especial protección, por ende, se trataría de disposiciones inconstitucionales. Sin embargo, para hacer este tipo de análisis es necesario profundizar y, con ello, interpretar los textos.

Para profundizar este examen es preciso entender las apreciaciones de Castaño (2013), para quien la existencia de una justicia penal premial se justifica en el entendido de que no existe ningún sistema penal en el mundo que tenga la capacidad para abarcar todas las violaciones a la ley penal ni tampoco todos los recursos necesarios para llevar a juicio a todas las personas investigadas, razón por la cual la negociación se establece como un mecanismo ideal en la solución rápida de los conflictos. Esta visión enlaza con las palabras de Chiesa (1992) cuando califica las negociaciones como «un mal necesario» (p. 425), entendiéndose con ello que sería un mal mayor su completa prescindencia; sin embargo, de acuerdo con Bovino (2001, pp. 53 y ss.), al promover el desarrollo de una justicia premial basada en la negociación el juicio deja de ser el elemento central en el proceso penal y se convierte, principalmente, en un instrumento de tipo simbólico.

Ahora bien, como lo explica Guastini (2015a) hablar de interpretación en el ámbito jurídico es un trabajo que requiere atención a diversos aspectos: Primero, es indispensable entender que en el ámbito de la interpretación jurídica existen dos líneas que deben coexistir para lograr la significación y comprensión de la norma, porque si bien estos ejercicios en la cotidianeidad se hacen de manera mancomunada y casi imperceptible en el ámbito

jurídico, es preciso dividir tales actividades. La línea inicial corresponde a la interpretación cognitiva, que se encarga de identificar en un texto normativo los diversos posibles significados (partiendo de las reglas de la lengua, técnicas interpretativas en uso, las tesis dogmáticas difundidas en la doctrina, etc.) sin escoger ninguno (Guastini, 2015a, p. 17).

Y la otra es la llamada «interpretación decisoria [que] consiste en escoger un significado determinado, que se pretende “correcto”, descartando los restantes» (Guastini, 2015a, p. 17) de lo cual se colige que no basta para realizar un análisis entender qué pretende la norma sino, además, determinar cuál es la decisión interpretativa correcta incluso si para ello se debe dotar de nuevos significados a dicha norma (Guastini, 2015a, p. 19). Dicho en otras palabras: Elegir una postura que se sustente en la completa interpretación. Ahora bien, estas interpretaciones se pueden realizar en abstracto sobre el texto normativo o en concreto cuando se analizan los hechos y ellos se enlazan con las normas aplicables por medio de procesos de subsunción individuales o generales (Guastini, 2015a, p. 16); no obstante, el alcance de la interpretación parece ser bastante limitado para los casos que presentan mayores dificultades, por ejemplo, el estudiado con ocasión del debate que propicia este artículo.

Por lo tanto, el análisis de constitucionalidad de las prohibiciones objeto de estudio deben enmarcarse en el ámbito de las construcciones jurídicas debido a que estas, mediante algunas operaciones inferenciales, permiten «crear» axiomas y jerarquías útiles para dilucidar un tema de estudio concreto, además de presentar utilidad para resolver conflictos entre principios. Lo anterior no significa, como lo manifiesta Guastini (2015a), que el derecho constitucional tenga una especificidad interpretativa, pues el acercamiento a los textos constitucionales se debe hacer aplicando los mismos métodos, con excepción de la interpretación *adecuadora* dado que, al ser la norma superior, esta no debe subsumirse en una de carácter dominante (p. 2027). Lo cierto es que en el ámbito constitucional existen técnicas características, tanto a nivel de interpretación y concretización de principios como de construcción jurídica y su ponderación (p. 2028).

Así las cosas, las técnicas a las que se acude en principio para hacer un análisis constitucional pasan por las mismas etapas que las demás normas: 1. Comprender la norma de acuerdo con el alcance de su significado textual; 2. identificar la intencionalidad de la autoridad normativa con la finalidad principal de descartar posibles interpretaciones erradas; 3. ubicar el fin de la ley –teleología–: Cuál es resultado fáctico que se pretende hacer valer; 4. las construcciones sociales; 5. determinar el sistema de derecho –elegir una decisión que no genere antinomias– una desarmonización del régimen legal y político–; 6. hacer uso de la razonabilidad; y, 7. entender si el resultado que producirá la aplicación de la norma es razonable en el contexto específico (Guastini, 2015a, pp. 26-29).

En teoría, la mayoría de las normas deberán ser suficientemente claras como para evitar superar este estadio del análisis, pero lo cierto es que en casos regidos por principios o donde la cuestión jurídica se resuelve más a partir de lo fáctico por la necesidad de contemplar diversas cuestiones a profundidad, ello se dificulta. De suerte que, una vez realizado el análisis enunciado, si aún existen dificultades interpretativas se deberán realizar inferencias lógicas bajo criterios jurídicos bien definidos. Estas operaciones inferenciales, señala Guastini (2015a), pueden clasificarse en cuatro categorías básicas: En primer lugar, *la construcción de lagunas normativas y axiológicas* que se dan ante la falta de existencia de una norma explícitamente llamada a regular un asunto concreto, o cuando la regulación parece inadecuada para el decisor, es decir, los vacíos legislativos no son reales sino resultado de la manera como se interpretó la ley o la norma (pp. 31-32).

En segundo lugar, se puede referir a la *construcción de jerarquías axiológicas* como una manera inferencial de resolver conflictos entre principios por medio de la creación de normas implícitas y jerarquías, ya no normativas sino valorativas en cabeza del intérprete (p. 33). Así mismo, en tercer lugar, aparece la *construcción de excepciones implícitas* que sirve para crear una suerte de vacíos axiológicos mediante la elaboración de singularidades que el intérprete de la norma contempla como implícitas por cuenta de un análisis lógico; y, por último, en cuarto lugar, la construcción de normas implícitas

cuya utilidad es resolver lagunas axiológicas y normativas –así como para concretar principios– (p. 35).

De esta forma, lo expuesto en relación con las construcciones jurídicas como métodos interpretativos más amplios tiene todo que ver con la ponderación, que no es otra cosa distinta que lograr en un caso concreto y mediante un ejercicio de comparación, la escogencia de un determinado valor en un contexto de jerarquización axiológica que permita de modo consecuente la interpretación decisoria.

Una construcción jurídica para el caso concreto.

Dicho lo anterior, debe decirse que del contraste entre el contenido del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 o Código de la Infancia y la Adolescencia y las restricciones a las que refiere su numeral 7.º, surge un asunto que supera el análisis legislativo ordinario porque tal como se ha expuesto los dos textos en pugna pese a no tener arraigo en la carta fundamental, sí se sustentan en principios constitucionales; de allí que, en principio, se pueda hablar de un análisis de constitucionalidad. En consecuencia, el conflicto que nace de las restricciones a los derechos fundamentales resultante de la aplicación o inaplicación de ciertos principios, dependiendo de la perspectiva desde la cual se observe, no puede ser resuelto utilizando los criterios básicos enumerados en el apartado anterior. Ello, máxime cuando el criterio de la ley superior no es aplicable, dado que como los principios en pugna tienen la misma jerarquía legal se torna imperante realizar un ejercicio de ponderación y análisis más profundo. Para ello se tendrán en cuenta: Los derechos fundamentales, los sujetos de especial protección en el ordenamiento jurídico, el principio *pro infans*, la necesidad de la pena, la política criminal, y la victimización del niño o adolescente, por ser los elementos que dificultan la interpretación normativa.

Los derechos fundamentales.

Ellos se relacionan funcionalmente con la realización de la dignidad humana concretándose en forma de derechos subjetivos, además encuentran consensos dogmáticos, jurisprudenciales o de derecho internacional, legal y reglamentario sobre su carácter de fundamental; por lo tanto, se deduce que tiene un contenido prestacional con la correspondiente obligación estatal de garantizarlos (Sent. T-428/2012, CConst, con. 1.5.1.). Con la Constitución Política de 1991 se instauró en Colombia el Estado social y democrático de Derecho, que tiene por compromiso fundamental garantizar los derechos esenciales de los ciudadanos con fundamento en la dignidad humana (art. 1º C.P.). En primera instancia, los derechos que se encuentran expresamente enunciados en el Título II, Capítulo 1 de la Carta son de carácter fundamental, porque están considerados como inherentes a la calidad de persona.

En este sentido, el concepto de derecho fundamental resulta ser uno de los pilares del Estado social y democrático de Derecho por cuanto presenta una dimensión objetiva, es decir, porque trasciende del ámbito propio de los derechos individuales hacia todo el aparato organizativo del Estado, que adquiere su sentido en tanto mecanismo que se encamina a la realización de los derechos (Morillas, 2013). De esta manera, señala la Corte Constitucional en la sentencia aludida que un derecho adquiere la calidad de fundamental cuando reúne varios requisitos esenciales, a saber: 1) conexión directa con los principios constitucionales, 2) eficacia directa y, 3) contenido esencial. Por lo tanto, es lógico entender que

[...] el Estado se califica y define en función a su capacidad para proteger la libertad y promover la igualdad, la efectiva realización y el ejercicio de los derechos por parte de todos los miembros de la sociedad. El Estado Social de Derecho exige esforzarse en la construcción de las condiciones indispensables para asegurar a todos los habitantes del país una vida digna dentro de las posibilidades económicas que estén a su alcance (Sent. T-571/1992, CConst, p. 10).

Por eso, se entiende que ninguna norma o institución del sistema puede ir en contravía de los postulados expuestos en tales principios los cuales

—a su vez— son la base axiológico-jurídica sobre la cual se construye todo el sistema normativo. Igualmente, toda la discrecionalidad otorgada a los órganos y creadores del derecho debe fundamentarse en estos principios de modo que los derechos fundamentales son, al igual que todas las normas de rango constitucional, producto de los valores y principios constitucionales pero su vinculación con estos llega a ser más directa, más inmediata y más evidente. Para que un derecho constitucional pueda ser declarado como fundamental, requiere tener una aplicación directa en el texto de la carta política sin que sea necesaria una intermediación normativa. Debe haber una delimitación precisa de los deberes positivos o negativos a partir de la Constitución, por lo que un derecho cuya eficacia esté condicionada por las decisiones políticas eventuales no puede considerarse fundamental (Morillas, 2013). Finalmente, el contenido esencial del derecho hace alusión a que debe existir un ámbito necesario e irreductible de conducta que el derecho protege, independientemente de las modalidades que asuma o de las formas en que se manifieste; es el núcleo básico del derecho fundamental no susceptible de interpretación u opinión sometida a la dinámica de ideas o coyunturas políticas (Silva, 2006).

Así las cosas, cuando se trata de los derechos humanos es el Estado el llamado a garantizarlos y, añádase, su protección está limitada por factores externos como son las posibilidades fácticas y jurídicas (Alexy, 1993, p. 91) y, por extensión, las económicas (Arango *et al.*, 2002, p. 12). Por eso, a partir del modelo dogmático del primer teórico se puede afirmar que estos derechos actúan como criterios orientadores de todo el sistema jurídico al que ellos pertenezcan debido no solo a que estos, al gozar de un estatus especial conferido por expreso mandato de la constitución política deben ser vistos así, sino también por el carácter de textura abierta que ostentan las normas de principios, y en últimas, los derechos fundamentales en sí mismos. De esa manera, los derechos fundamentales no pueden ser limitados en su propia interpretación, pues deben adecuarse a las necesidades que tienen sus destinatarios principales, es decir, los ciudadanos (Bechara, 2011, p. 76).

Así entendidos, los derechos fundamentales están configurados como una forma superior de reclamación moral que se extiende a todos los poderes del Estado; ellos son la perfecta conciliación existente entre las posturas universales de un derecho superior a los hombres y aquel que los mismos hombres producen, pero que están recogidos en una norma de carácter fundamental denominada Constitución. Además, se puede deducir a partir de allí y sin necesidad de polemizar que los derechos de los niños, en especial los concernientes con su desarrollo integral, son fundamentales, pues son inherentes a su condición humana, su formación y su dignidad. En el mismo sentido, los derechos a un juicio justo, proporcional y ajustado a las necesidades sociales, también lo son junto con la indemnidad de las garantías procesales –derecho a la igualdad, proporcionalidad–, etc. en los juicios.

Ahora bien, en tratándose de los niños y adolescentes que como víctimas reclaman en un proceso de este talante, se entiende por derechos *específicos* aquellos que ya no son de todos, sino que «exigen un trato desigual para conseguir la igualdad y la equiparación con las personas que gozan de plenitud de derechos, de aquellos colectivos que se encuentran en la vida social en inferioridad de condiciones (Peces-Barba, 2009, p. 91). De hecho, estos derechos son

[...] para minorías desfavorecidas y necesitadas de protección, pero, a diferencia de los privilegios medievales –otorgados a algún lugar o algún home para hacerle bien e merced–, no pretenden mantener las diferencias sino superarlas. Por eso, ante la desigualdad en el punto de partida, pretenden la igualación en el punto de llegada (Peces-Barba, 2009, pp. 91-92).

Así las cosas, conviene advertir en este punto que en uno y en otro caso los derechos implícitos en pugna, aunque fundamentales, ciertamente tienen diferencias sustanciales y se encuentran apoyados por principios fundantes que –si bien tienen el mismo sustrato– varían en atención a la calidad del sujeto titular de los mismos.

Los sujetos de especial protección en el ordenamiento.

Como se ha dicho en el apartado anterior, existen grupos de individuos al interior de la sociedad que tienen un carácter de debilidad inherente a su condición y –por lo tanto– sus derechos requieren de un blindaje mayor para obtener la igualdad legal. En consecuencia, se emplean en el campo axiológico del derecho múltiples acciones político-legales para equiparar estos derechos, entre las cuales aparece la figura de los sujetos de especial protección que, para el caso del derecho positivo, aparece como un medio de reforzar derechos para grupos determinados de la sociedad.

De hecho, la Corte Constitucional habla no solo de la protección reforzada sino de la obligación sancionadora que deviene de la convención implícita de cara a los derechos de los sujetos de especial protección, por lo cual los adolescentes y los niños al igual que otros individuos en situación de debilidad manifiesta se engloban en esta categoría. Asimismo, se debe tener en cuenta que la pertenencia a estas poblaciones tiene una incidencia directa en la intensidad de la evaluación del perjuicio, pues su condición de debilidad manifiesta obliga a un tratamiento preferente sobre todo en lo relativo al acceso a los mecanismos judiciales de protección de derechos (Sent. T-736/2013, CConst., p. 20).

De esta manera, el acceso preferente a mecanismos judiciales y su priorización en la evaluación del perjuicio encuentra fundamento en la obligación del Estado de pasar de la igualdad legal a la igualdad material, razón por la cual se entiende que este precepto es un elemento esencial del análisis del caso propuesto.

El principio pro infans.

Más allá de la calificación de los niños y adolescentes como sujetos de especial protección, como ya se ha dicho, la defensa de sus derechos tiene connotaciones incluso supraleales, por lo cual no es extraño que exista un principio que precisamente sirva al funcionario judicial para procurar la

igualdad material en los casos en los cuales ellos son víctimas. De acuerdo con dichas apreciaciones, el principio *pro infans* permite entender que los niños y adolescentes son sujetos que deben recibir una protección especial por parte del Estado, más aún cuando son víctimas de diferentes abusos o atropellos mediante los cuales se vulneren sus derechos.

En este sentido, el rango especial de protección tiene como finalidad satisfacer y reivindicar el derecho que ha sido vulnerado por el desarrollo de una conducta lesiva; de esta manera, el principio *pro infans* tiene una enorme importancia en la protección de los derechos los niños y adolescentes, porque gracias a su aplicación tiene una jerarquía superior a los derechos y garantías que se asocian con el proceso penal (Álvarez, García & Osorio, 2018, p. 9). Tal postulado, que pretende salvaguardar el interés superior del niño o adolescente en relación con el de los demás sujetos de la sociedad no es, según manifiesta Torrecuadrada (2016) novedoso, pero sí ha demostrado un avance extraordinario en la historia contemporánea y guarda de suyo unas características específicas que dificultan su materialización, pero que proveen de movilidad la tutela de los derechos de los niños y adolescentes (p. 1).

Lo anterior, como se puede deducir de lo expresado en los párrafos introductorios, se hace evidente en el derecho nacional en atención a que la protección legal del niño o adolescente irradia el campo jurídico desde la misma Constitución hasta los interregnos de normas aparentemente inconexas, por lo cual cuando al decidir un caso concreto se deba aplicar una norma que cause detrimento a los derechos del niño o adolescente ella se debe interpretar conforme al principio *pro infans* (Torrecuadrada, 2016, p. 144). Hasta este momento se habla del principio *pro infans* en el sentido de regla, es decir, como la alteración material del ordenamiento jurídico por medio de normas que pretenden concretar la aplicabilidad de este derecho.

Sin embargo, como su nombre «*pro infans*» lo expresa, se trata de un principio dirigido a la protección del niño y adolescente; no obstante, según Torrecuadrada (2016), este fundamento jurídico-legal tiene un nivel superior, ya que es *un principio jurídico interpretativo fundamental* (p. 1340); en

consecuencia, en la aplicación de una norma que sugiera una afectación fáctica o potencial del interés de los niños y adolescentes, entre varias interpretaciones posibles, se debe preferir aquella que mejor privilegie los derechos de los niños y adolescentes. A su vez este principio, además de ser esencial es interdependiente respecto al conjunto de derechos proclamados en la Convención de Derechos Humanos, es también dinámico porque funciona más como un marco que como un axioma dotado de contenido (Torrecuadrada, 2016, p. 140).

Ahora bien, para emplear el principio *pro infans* o de prelación de derechos existen unos criterios que determinan el curso de su aplicación; para ello se debe entender que dicho fundamento tiene, de acuerdo con la aproximación realizada en el título anterior, dos elementos constituyentes: La reglamentación –en específico y en abstracto–, y su espacio dentro de la principalística del derecho y la realidad. En este punto es importante recordar lo expresado por la Corte Constitucional:

«La aplicación del principio *pro infans* deben sopesarse frente a otras garantías de los intervinientes, dando prelación a los primeros, dada su preponderancia constitucional y el estado de vulnerabilidad y debilidad manifiesta en la que se encuentran los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos atroces» (Sent. C-177/2014, CConst., con. 7.3.).

Dicho lo anterior, huelga advertir que si bien en el ordenamiento jurídico existen leyes dispuestas para amparar los derechos de los niños y los adolescentes algunas de ellas, no dirigidas en específico a su protección por cuenta de la normalización de algunos aspectos procesales y sustanciales, han sufrido mutaciones de tal suerte que sin ser modificadas directamente terminan por alinearse con el principio *pro infans*. En tal sentido, la Corte Constitucional señala como uno de los parámetros de aplicación del principio del interés superior del niño y adolescente tanto las condiciones jurídicas como las fácticas (Sent. T-287/2018, CConst., con. 3.2.4.). Ello no es de extrañar, en la medida en que cualquier aspecto jurídico deviene de una realidad concreta por lo cual –en todo caso– es necesario contemplar este aspecto.

Empero, en el caso concreto este último presupuesto de aplicación es especialmente relevante; lo anterior en atención a que la indeterminación característica del principio requiere de una valoración fáctica precisa y amplia que permita al servidor judicial encontrar aquellas pequeñas diferencias que le permitan dilucidar el caso con la mayor observancia posible de este. Dentro de las condiciones jurídicas, indica la Corte Constitucional, se deben evaluar las garantías del desarrollo integral del niño y adolescente y las cauciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales de los niños y adolescentes (Sent. T-287/2018, CConst., con. 3.2.4.).

La intervención del Estado es subsidiaria a la protección de la familia sobre los niños y adolescentes y dentro de los principios de solidaridad y corresponsabilidad, debe diseñar políticas públicas destinadas al cuidado de ellos cuando la familia no cumple con tal obligación (Sent. T-287/2018, CConst., con. 3.2.12.). En cuanto a los llamados riesgos prohibidos, se debe resaltar que los padres tienen un deber de protección de agentes externos para evitar que caigan en el alcoholismo, la drogadicción o fenómenos similares que destruyen su libre desarrollo; sin embargo, este deber no es absoluto y debe ser objeto de ponderación frente a la libertad del niño o adolescente (Sent. T-900/2006, CConst., con. 5).

El Estado, entonces, entiende que no le es posible tener una intermediación en la protección de los niños y adolescentes de manera tal que se puedan garantizar sus derechos, pero sí puede utilizar medidas jurídico-legales como la referida para evitar que se cometan abusos y arbitrariedades sobre ellos, en especial todo lo que amenace su desarrollo armónico; por ejemplo, la violencia física o moral, o cualquier hecho que violente la dignidad humana. Igualmente, es menester que el servidor judicial para la determinación del interés superior del niño y adolescente tome en cuenta

[...] la opinión del niño, su identidad, la preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones, cuidado, protección y seguridad del niño, situación de vulnerabilidad, el derecho del niño a la salud y a la educación. Esta evaluación, por supuesto, desde la garantía estatal del «pleno respeto de su derecho intrínseco a la vida, la supervivencia y el desarrollo» (Torrecuadrada, 2016, p. 147).

Ello, claramente, ubica el principio de supremacía de los derechos de los niños y adolescentes en un estadio de indeterminación tal que el servidor judicial tiene un alto margen potestativo en su interpretación decisoria, guiado por el principio *pro infans*; por tanto, con respecto al desarrollo de este principio en el derecho nacional se puede decir que a pesar de la preocupación existente en el país por protegerlo las medidas no alcanzan a ser suficientes. Por eso, se generan vacíos normativos que limitan una efectiva protección de los niños y adolescentes. Sin embargo, cabe observar que en todo caso esta potestad está reglada y revestida de una carga de obligaciones tal que la discrecionalidad del juez se debe presentar dentro de unos márgenes de aplicabilidad, según la observación de una suerte de jerarquización implícita y tácitamente admitida entre principios que –como se verá– tienen el mismo peso teórico ante la ley.

Ahora bien, hasta esta altura de la exposición se señalan aspectos primordiales en torno a la aplicación del principio del interés superior de los niños y adolescentes, pues para iniciar se evidencia que ya existe una construcción jurídica enfocada a la protección de esos derechos y, además, se entiende que la potestad de protección del niño y adolescente recae primero en la familia y, subsidiariamente, en el Estado y la sociedad, pero aquél tiene la obligación de velar por el interés superior de ellos lo que al derecho se traduce en forma de prevalencia de derechos. Empero, la Corte Constitucional señala que este traslado de la obligación protectora de los niños y adolescentes no es ilimitado; en efecto, el Estado no puede salvar su responsabilidad bajo este supuesto. Por ello, pese a que en la interpretación de los derechos se deban sobreponer siempre los de los niños y adolescentes, procurando aplicar la norma más favorable a sus intereses, eso no implica la exclusión de los derechos de los padres o terceros y se debe acudir solo a la prevalencia cuando no es posible la armonización (Sent. T-900/2006, CConst., p. 15; Sent. C-438/2013, CConst., p. 50; Sent. C-179/1994, CConst., p. 70).

Lo anterior en virtud de que junto con el principio *pro infans* siempre es menester ponderar el principio *pro libertatis*, según el cual las restricciones al

derecho deben ser excepcionales –como en este caso la prevista en el numeral 7.º del artículo 199 de la Ley de Infancia y Adolescencia– y, por ende, deben justificarse, y *pro homine*, que obliga al decisor judicial a preferir la que más favorezca la dignidad humana, cuando existan dos interpretaciones posibles de una disposición (Sent. C-438/2013, CConst., pp. 49-50; Sent. C-179/1994, CConst., p. 68). Con todo, a partir de las propuestas de instituciones internacionales, el principio de interés superior de los niños y adolescentes implica que el órgano encargado de la aplicación de una norma está obligado a considerar, de entre todas las interpretaciones posibles, aquella que satisfaga en mayor medida los intereses de los mismos (Torrecuadrada, 2016, p. 146).

Ello presenta una doble dificultad porque como se evidencia el principio *pro homine* es también un postulado jurídico interpretativo fundamental (Drnas de Clément, 2015), con lo cual un ejercicio ponderatorio en los casos en los que la víctima de las acciones sexuales violatorias de derechos es un niño o adolescente, debe ser aún más riguroso. Y ello es así, porque si bien se identifica que incluso un principio que se usa ampliamente para justificar ciertas acciones favorables para los niños y adolescentes encuentra su límite en otros principios y en las obligaciones estatales, por lo mismo cualquier norma restrictiva como la prohibición de aplicar rebajas de penas para casos concretos debe tener una amplia justificación (Lascuraín, 1998).

En fin, por todo lo expuesto es dable afirmar que –en efecto– ya existe una construcción jurídica que es utilizada para la interpretación del tipo de casos objeto de análisis; no obstante, se debe repensar si las consideraciones realizadas son o no realmente reglas y principios ajustados a los fines constitucionales.

La necesidad de la pena.

La sanción penal es la consecuencia jurídica contenida en la ley para quien ha cometido un delito y ha de ser impuesta por el órgano jurisdiccional competente del Estado (Velásquez, 2020); el declarado culpable sufre la pérdida, suspensión, limitación o restricción de derechos subjetivos.

Históricamente, entre las más definiciones más destacadas se encuentra la teoría kantiana de la retribución ética, que la concibe como la imposición al criminal de un castigo equivalente al daño causado por el delito, visto como un «imperativo categórico» de exigencia de justicia y no como una expresión utilitaria (Sierra & Cántaro, 2005, p. 48).

La pena, se ha dicho, se rige por principios políticos de orden superior y es impuesta por el Estado de manera radical por lo cual precisa de una legitimación tangible no metafísica, como lo es la necesidad del control de la criminalidad que es una tarea oficial o pública esencial, y está gobernada –entre otros axiomas– por el de legalidad del cual se desprende dicha legitimación estatal (Roxin, 2003, p. 319). En cuanto a la proporcionalidad, ella se aborda –de un lado– a partir de su dimensión cualitativa según la cual los delitos más graves deben ser penados con penas igualmente intensas y los de diversa entidad deben ser reprendidos de forma diversa. Y, de otro lado, desde la cuantitativa consistente en que para cada delito la pena debe graduarse o modularse en su aplicación conforme a las especificidades que rodean al hecho criminoso (Cuello, 1943, p. 572).

Este último atributo es el que más dificultades entraña; con razón señala Ferrajoli (1995) este inconveniente al advertir que la *calibración* de mínimos y máximos de la pena implica tener en cuenta las variables del daño y la culpabilidad cuya problemática radica en el «peso que haya de asignarse a cada uno de los dos criterios respecto del otro» porque «si la pena es cuantificable, no es cuantificable el delito» (p. 399). No obstante, pese a estas dificultades, la Corte Constitucional ha precisado que la calidad y la cantidad de la sanción no dependen de la discrecionalidad democrática (Sent. C-070/1996, con. 10, p. 11). Es decir, no están al albur de la libertad de configuración del órgano legislativo, sino sujetos a restricciones constitucionales. Es el caso, por ejemplo, de las prohibiciones de la pena capital, la prisión perpetua, la confiscación, el destierro y, en general, de las penas que contraríen la dignidad humana. Es este componente de vulneración de las dignidades humanas lo que justifica que estas penas deban ser vedadas o pierdan legitimación cuando

«no resulten idóneas para proteger bienes constitucionales o que resulten desproporcionadas o irrazonables» (Sent. C-939/2002, con. 5.3, p. 35).

De esta forma, si bien se entiende que en un ordenamiento jurídico la pena es una de las herramientas instituidas para asegurar la convivencia pacífica de los ciudadanos y resguardar los límites de las potestades individuales mostrando así una dimensión ordenadora y otra limitadora, a su vez ella también tiene una labor ejemplificadora en los casos en los que se violentan bienes jurídicamente tutelados. En este sentido, se pueden considerar las palabras de Mir (1982):

Bajo la vigencia del Derecho penal liberal se atribuyó a la pena tanto una función de prevención de delitos, como la de retribución por el mal cometido. La fundamentación del Estado y del Derecho liberales en el contrato social, concebido como pacto que los hombres suscriben por razones de utilidad, conducía a asignar a la pena la función utilitaria de protección de la sociedad a través de la prevención de los delitos, cuya esencia se veía, en un principio, en constituir un «daño social» (p. 25).

De la misma manera, Feuerbach (1989) indica que el objeto de la pena es la intimidación hacia todos los individuos como potenciales lesionadores jurídicos y que esta función se logra cuando ella se hace efectiva; además, la pena responde a otros objetivos paralelos como son la seguridad del Estado y el mejoramiento de la situación jurídica del sancionado (p. 125). Razón de más para afirmar que la pena es un mecanismo de control social cuya funcionalidad es proteger el desarrollo de una convivencia pacífica entre los ciudadanos; es, por tanto, una necesidad que debe ser desarrollada con criterios claros y debe estar respaldada a la vez por el marco normativo y legislativo (Jakobs, 1997). Sin embargo, la manera como el Estado social y democrático de Derecho ha previsto sus fines y principios deja ver que, al ser la dignidad humana eje rector del desarrollo jurídico del país y al ser límite y fin de desarrollo, se entiende que la igualdad, la justicia y el respeto de los derechos de todos –en el sentido de igualdad dispuesto en el artículo 13 constitucional–, se sustenta en un trato no discriminatorio.

Lo sostenido permite fijar como punto de partida, además de un sistema jurídico legal garantista, unas premisas que llevan a comprender que la

garantía de derechos para todos es la norma general y que la suspensión o restricción de estos es la excepción. De esta forma, se tendrá que entender que si bien la aplicación de penalidades como sanción jurídica y social frente a hechos repudiables o que alteren el orden social son admisibles, lo es también que ella es una medida de protección y corrección a la luz del garantismo penal y no una sanción *per se*, porque tiene unos fines, límites y principios de aplicabilidad, siendo en todo caso necesaria.

No obstante, la necesidad de la pena exige que ella sirva para la preservación de la convivencia armónica y pacífica desde una doble perspectiva: La de disuadir, intimidar y reducir la criminalidad; y la de demostrar y reafirmar el papel del Estado como ente ordenador y protector de derechos. Igualmente, se le atribuye una función resocializadora (Sent. C-647/2001, CConst., p. 16). En palabras de Mir (1982), si bien el derecho penal liberal orientaba el desarrollo de la pena tanto hacia una función retributiva como una función de prevención, en el Estado Social de Derecho el derecho penal solo podía conferirle a la pena una función de prevención y ello es producto de que:

El nuevo planteamiento social, que llevaba al Estado a intervenir activamente en la vida efectiva de la sociedad, debería reflejarse en lo penal atribuyendo a la pena el cometido de lucha contra el delito, en el sentido de lucha contra la delincuencia como fenómeno real de la existencia social (p. 27).

Asimismo, se debe tener en cuenta que la necesidad social de la pena se evalúa a partir de la utilidad de la sanción (Poncela, 1982), porque si la imposición de la pena es inútil ella pierde su legitimidad y solo es la constancia de la manifestación del poder del Estado como venganza institucional, lo cual no es propio de un Estado social y democrático de Derecho (Sent. C-647/2001, CConst., pp. 16-17). No obstante, cabe aclarar que cuando se habla en el párrafo anterior de la necesidad social no se refiere al populismo punitivo –que tanto daño le hace al ordenamiento jurídico– sino que se relaciona con la convivencia social, es decir, la necesidad de armonizar la convivencia social en tanto sirve para alinear los intereses individuales a los intereses sociales.

En efecto, el populismo parte de la negación de la dignidad humana al concebir a la pena como mecanismo de expiación del cuerpo y la mente del infractor de la ley penal, lo que supone el retorno a los periodos más oscurantistas de la historia de la civilización occidental alegorizados por Foucault (1986) con el *panóptico*, esto es, aquella edificación carcelaria estratégicamente diseñada para materializar el poder omnímodo estatal instituido. Dicho confinamiento no solo sirve para vigilar y controlar los movimientos del reo día y noche, prevalido de una suerte de *ojo invisible* que todo lo ve pero al que nadie ve, sino para neutralizarlo a nivel físico y psicológico a través de un proceso *depurador* de su *peligrosidad* (pp. 130-134). Bajo esta lógica, tanto la línea divisoria entre la retribución justa y la sed de «justicia instintiva» que aflora en la animosidad como aquel sentimiento tan humano de querer responder el mal con otro mal para restaurar el equilibrio intersubjetivo que ha sido alterado, se difumina con facilidad en la escueta venganza; no en vano afirmaba Nietzsche (2016) «Una pequeña venganza es más humana que ninguna venganza. Y si el castigo no es también un derecho y un honor para el transgresor, entonces tampoco me gustan vuestros castigos» (p. 110).

En conclusión, la necesidad de la pena se evalúa desde tres puntos de vista: Su utilidad, su necesidad y su proporcionalidad, esta última porque de la evaluación del daño social causado depende la pena imponible de allí que pueda existir exclusión, extinción, atenuación o prescindencia como mecanismos para ajustar la punición. Lo anterior se puede concretar en que la necesidad de la pena se entiende justificada cuando en la aplicación de sanciones se equilibra con suficiencia las garantías con la prevención de los actos punitivos, ello siempre en un marco legal y de manera razonada.

La política criminal y la necesidad social.

Según Velásquez (2020) la política criminal es aquella disciplina que estudia cómo configurar el derecho penal de la forma más eficaz posible para que pueda cumplir con su tarea de protección a la sociedad; para ello, trata de

desentrañar los orígenes del delito y la eficacia de las sanciones penales demarcando tanto los linderos al legislador respecto a las libertades y garantías públicas, como la materialización del derecho penal en el proceso (p. 23). Y no podía ser de otra manera porque ella ha sido estatuida para buscar la resolución adecuada de los conflictos y lograr una armonización del tríptico seguridad, justicia y eficacia (Calsamiglia, 2003, p. 60).

Desde luego, sin perjuicio de las facultades reconocidas al poder legislativo, la confección de la política criminal debe estar precedida del debate público y el consenso democrático; debe evitarse la ligereza correlativa a la hipertrofia normativista, pues «[...] la respuesta penal debe ser proporcional a la conducta objeto de la sanción, debe ser idónea, operar únicamente cuando no hay otras alternativas, y no debe ser criminógena, es decir, causar más problemas de los que resuelve» (Sent. C-559/1999, con. 21, p. 28). Estos límites inmanentes al sistema no son ajenos ni pueden soslayarse en la política criminal dirigida a la protección de los niños y adolescentes, sino que deben compaginarse con los principios fundantes del Estado social y democrático de Derecho, la dignidad humana como límite del ejercicio del *ius puniendi* y el elenco de garantías de toda persona; de lo contrario, se pasaría de un propósito legítimo a una conculcación de otros derechos que también gozan de rango constitucional (Sent. T-718/2015, con. 5.3, p. 54).

Es más, la constitucionalización del derecho penal ha redundado en una ineludible reciprocidad entre la política penal y los derechos humanos, dado que estos implican una movilización tanto constitucional como penal puesto que actúan como elemento limitador del poder punitivo del Estado (Sent. C-936/2010, con. 17). A ello se añade que el concepto de los derechos humanos tiene una función limitadora de la intervención penal y una función positiva según la cual el derecho penal es un límite más para la protección de derechos individuales; y, ambas, se tornan en un límite para la violencia punitiva (Baratta, 2004, p. 305). En consecuencia, la política criminal se traduce en la respuesta estatal para apaciguar conductas reprochables o causantes de perjuicio social y proteger los intereses esenciales del Estado y sus nacionales, por medio de una articulación entre las normas y las decisiones

políticas como estandarte para su aplicación y articulación normativa (Sent. C-936/2010, CConst., con. 14).

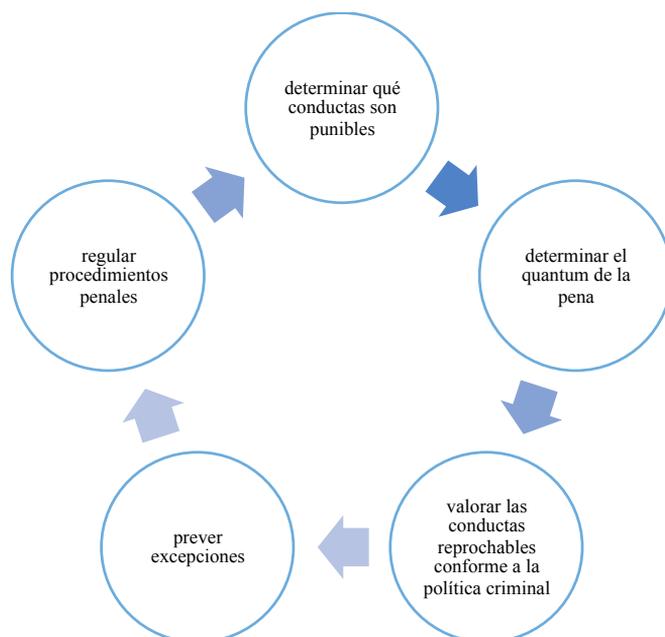
Tal vez por eso se afirma que «[e]l campo de acción de la política criminal, se cimienta en el control social del Estado para enfrentar el fenómeno de la criminalidad en todas sus manifestaciones a partir de estrategias preventivas, coactivas y resocializadoras» (Consejo Superior de Política criminal, 2019, p. 9); ello, en el caso objeto de estudio, permite evidenciar la función preventiva o persuasiva de la sanción con la idea de que una pena mayor podrá disuadir a un sujeto de no emprender una acción lesiva que vulnere los derechos de un niño o adolescente. Incluso, en cuanto a la función coactiva de la pena ella se hace notoria en el sentido de que pretende penalizar proporcionalmente al agresor, lo que para el caso concreto significa hacerlo sin ninguna prerrogativa.

Ahora bien, en lo relacionado con la resocialización se entiende que ella es uno de los fines legítimos de la pena, pues comprende la inclusión del sujeto que otrora cometiera actos delictuales para que forme parte integral de la comunidad; de no ser así, supondría imprimirle un estigma indeleble que lo degrada en su dignidad a la usanza de la *capitis diminutio* (Zaffaroni, Alagia & Slokar, 2002, p. 132). En consecuencia, se tendrá que hablar de la idea de proporcionalidad como uno de los elementos esenciales de la relación entre política criminal y necesidad social, por lo cual debe entenderse que esta es «[...] la prohibición de sobrecargar al afectado con una medida que para él represente una exigencia excesiva, sin que correlativamente el interés general se vea favorecido» (Sent. SP2196/2015, CSJ, p. 7).

Ello, como es obvio, suma otro punto de inflexión a la idea de proporcionalidad y es que ella también viene determinada por el beneficio general en relación con la desmejora de las condiciones individuales; ahora bien, se debe precaver que el principio de proporcionalidad se materializa en dos momentos jurídicos distintos: El primero, cuando se crean los tipos penales y se determina su marco punitivo abstracto adecuándolo a la importancia del bien jurídicamente tutelado, las condiciones de las víctimas

y el grado de lesividad (Sent. C-806/2002, CConst., con. p. 23). Para ello, adviértase, el legislador desarrolla un ciclo en el siguiente sentido:

Gráfica 1. Mecánica de la primera etapa del principio de oportunidad (Sentencia C-806 de 2002)



Fuente: Elaboración propia

Si bien ese asunto se presenta como un proceso, el ejercicio del legislador parte de determinar qué conductas son punibles y hacer la cuantificación de las penas, pero es claro que el mismo puede empezar en cualquier momento (Sent. C-806/2002, CConst.). Por ejemplo, en el caso objeto de estudio se modificó la política criminal por medio de normas y reglas empezando con la previsión de una excepción a la norma que pretendía regular el procedimiento penal, a la vez que socialmente se hacían múltiples esfuerzos por resaltar lo reprochable de la violencia sexual contra los niños y adolescentes y, a partir de allí, se empezó a reconfigurar la política criminal frente a estos casos concretos.

El segundo momento en el cual se materializa el principio –la proporcionalidad en concreto– es aquel en el cual el juez establece la sanción para un caso determinado, basándose en las deducciones resultantes del proceso antedicho y en la valoración de circunstancias con el fin de valorar e individualizar la sanción (Sent. C-806/2002, CConst., p. 16). En esta etapa, pues, es el juez quien realiza la valoración prevista en la gráfica uno, pero con mínimas modificaciones porque el juez no solo debe determinar si la conducta es punible y definir el *quantum* de la pena sino, además, valorar las conductas reprochables en relación con la política criminal que se adopta para así prever excepciones.

Por ello, mientras que en la primera etapa se ordena en la segunda se ejecuta; se trata, entonces, de dos tareas totalmente delimitadas. En consecuencia, la primera etapa es la que guarda más estrecha correspondencia con la construcción de una política criminal, pues –en atención a los límites explícitos e implícitos establecidos en la Constitución Política– la política criminal debe estar en todo caso en consonancia con los fines esenciales del Estado; esto en primera instancia. Y, en segunda instancia, la valoración de las conductas reprochables y, por ende, merecedoras de punición es un ejercicio que deviene de la necesidad social y de la idea de criminalidad que esta tenga; por lo tanto, tiene un grado de indeterminación que resulta lógico, pues es necesario que los tipos penales tengan un grado de movilidad para adaptarse a los cambios sociales.

Lo previsto para la primera etapa, obedece al ejercicio de la potestad de configuración normativa según la cual el legislador puede criminalizar o despenalizar conductas, atenuar, agravar, reconocer o negar beneficios procesales, entre otras actividades (Sent. C-806/2002, CConst., p. 16). Y es, precisamente, la justificación constitucional dada a la modificación introducida al Código de Procedimiento Penal en lo concerniente a la rebaja de penas por aceptación de cargos o acuerdos (allanamiento o preacuerdo), por medio de la regla descrita en el Código de la Infancia y la Adolescencia (art. 199 num. 7.º, Ley 1098/2006). No obstante, y como se ha reiterado a lo largo de este trabajo, por ser una realidad aplicable de manera específica a

múltiples casos «[...] el alcance de dicha regulación no puede comprometer la integridad de los valores, principios y derechos establecidos por la Constitución» (Sent. C-022/2015, CConst., con. 5.2.2). Sin embargo, bien se señala que:

Colombia no posee una política criminal estructurada y definida. Por el contrario, lo único que se encuentra con respecto al tema son variadas manifestaciones de la Corte Constitucional, que permiten dilucidar que todas aquellas medidas, materializadas especialmente en la legislación penal, procesal penal y carcelaria, tales como tipificación de delitos, modificación de conductas, aumento de penas, entre otros, son política criminal (Guzmán & Jiménez, p. 44).

Desde luego, en relación con lo expuesto vale la pena llamar la atención en torno a las prebendas jurídicas que se brindan en relación con las penas en el derecho penal; lo anterior porque si bien ellas pueden entenderse –según se ha presentado– como una manera de garantizar los fines del Estado, se debe tener en cuenta que estas también tienen un fin utilitarista en gran medida. Para dar mayor claridad a la afirmación basta decir que muchas decisiones en el campo del derecho se producen en atención a criterios supralegales, como las relaciones políticas o el aspecto económico del proceso judicial, como sucede sobre todo en el ámbito del penal.

Para ilustrar este aspecto puede traerse a colación un asunto similar al de la rebaja de penas por negociaciones y aceptaciones de cargos (preacuerdo o allanamiento), como el que se presenta en materia del principio de oportunidad y los subrogados penales que –para ser fieles a la verdad– surgen o se promueven como una manera de atender al estado de cosas inconstitucional por cuenta del hacinamiento carcelario. A su vez, si se entiende que la política criminal del Estado se rige por los principios de proporcionalidad, coherencia, previsión, prohibición del derecho penal simbólico y el populismo punitivo, evidencia empírica, seguridad jurídica, coordinación, respeto a los derechos fundamentales, responsabilidad penal para adolescentes y prevención (Consejo Superior de Política Criminal, 2019), tal como lo expresa la política criminal del Estado, se hace evidente –

entonces— que la pretensión es en todo caso mantener el orden constitucional y legal alineados y funcionando de manera armónica.

Estudio analítico del asunto concreto

De esta forma, si se observa que la finalidad de las reducciones de penas en el campo penal obedece en particular a una forma de administrar justicia de manera que sea más eficiente, es decir, que permita un acceso a la justicia más pronto para la víctima y una reducción del periodo de investigación y juzgamiento y todo lo que ello conlleva, procurando en todo caso el mínimo de afectación a los derechos de las víctimas y un restablecimiento de los mismos, entonces cabe preguntar: ¿Cómo podría ser esto contrario a la substancia de la determinación contenida en el Código de la Infancia y la Adolescencia, en cuanto a la protección de los niños y adolescentes y sus derechos?

Esta pregunta es pertinente, máxime si se toma en cuenta que el principal argumento esgrimido por la Corte Suprema de Justicia para señalar que la prohibición contenida en el Código de Infancia y Adolescencia es constitucional, bajo la idea de que su concreción es muestra de la libertad de configuración legislativa que concierne al Congreso de la República (Sent. 17/9/2008, Rad.: 30299, CSJ, p. 15) y que, añádase, el interés superior del niño o adolescente permite modular garantías como la defensa, la intermediación y la contradicción dentro del proceso penal (Sent. C-177/2014, CConst., con. 8.2.1). Al respecto, debe decirse que esta situación es producto de una falencia en el sistema de control de constitucionalidad mixto, pues los magistrados que desarrollan estas funciones no son los mismos que trabajan y conocen de los procesos ordinarios en sus últimas instancias; y, como se afirma:

Ello, independientemente del área del derecho en la cual sean expertos los jueces, genera un vacío en el conocimiento de quienes se encargan de juzgar la exequibilidad de las normas, específicamente acerca de los problemas jurídicos frente a los cuales se tienen que enfrentar los operadores diariamente (Rojas, 2016, p. 33).

En el derecho penal, pues, las consecuencias de esta situación pueden ser muy negativas porque la legitimidad de la imposición de la pena no se fundamenta únicamente en su procedencia formal sino, también, en el desarrollo y el análisis de unos parámetros mínimos de racionalidad. En este sentido, el incumplimiento de ese requisito genera como resultado una deslegitimación del ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado. De esta manera, la política criminal del Estado que, si bien se sustenta en el derecho penal mínimo y en la pena como *última ratio*, también muestra una tendencia a endurecer las penas frente a ciertos delitos o a eliminar beneficios, acudiendo al populismo punitivo como solución y medio de control social a las conductas reprochables, por consiguiente con el desconocimiento de los fundamentos propios de un derecho penal mínimo que –se supone– es el propio del modelo de Estado imperante. Esto, desde luego, genera una dicotomía entre una política criminal acorde a un Estado constitucional y una política criminal reaccionaria y de soluciones puntuales y extremas, sobre todo en relación con aquellos bienes jurídicos de mayor relevancia social.

Por otro lado, si bien la política criminal debe operar como una herramienta para prevenir y reprimir el delito a través de enfoques que permitan comprender desde una perspectiva social las causas que generan el crimen, además de tomar las medidas de prevención que sean necesarias, reprender al individuo de tal manera que se genere un proceso de reparación, para finalmente reinsertar positivamente al individuo a la sociedad, la realidad es que en el caso concreto sucede todo lo contrario (Bernal, 2005). Esto se debe, explica Morillas (2013), al hecho de que no se genera un abordaje de la política criminal desde lo social y tampoco se establecen criterios claros que permitan definir el concepto de lo que es lo político criminal.

Así las cosas, las sentencias de la Corte Constitucional permiten observar que la política criminal se despliega a través de una serie de modificaciones de códigos, aumentos de penas, alteraciones en los procesos de negociación y tipificación de delitos, a través de principios que dependen en cada caso del gobierno de turno. Lo anterior refleja una compleja situación de inseguridad jurídica que afecta no solo a los acusados y a las víctimas sino a toda la

sociedad (Guzmán & Jiménez, 2011). Al respecto, la judicatura advierte que la restricción de acceso a los beneficios resultantes de la aceptación de cargos no constituye en sí misma una circunstancia violatoria de los derechos y, por lo tanto, no es posible abstenerse de su aplicación por vía de la acción de inconstitucionalidad, porque la misma obedece a una manera de aplicar la política criminal del Estado (Sent. 17/9/2008, Rad.: 30299, CSJ, p. 15), es decir, una forma de demostrar lo expuesto en el párrafo anterior: Castigar con mayor fuerza aquellos delitos de alto impacto que afecten, sobre todo a sujetos en estado de debilidad, mismos que se han identificado ante la ley como sujetos de especial protección.

Lo anterior lleva a concluir, *a priori*, que en efecto no hay inconstitucionalidad en este aspecto; no obstante, es obvio que del otro lado donde se encuentra el procesado, imputado o acusado, también existen unos derechos fundamentales y principios básicos que igualmente tienen arraigo constitucional y están llamados a garantizar los derechos de las partes del proceso. Empero, cuando se entiende que este problema se resuelva sustentando la decisión adoptada en los principios, se entiende también la dificultad de hablar de una negativa tajante a la posibilidad de acceder a beneficios de rebaja de pena en favor de los imputados o procesados, en caso de presentarse una efectiva colaboración y una reducción en los tiempos y recursos procesales requeridos para la resolución de las disputas jurídicas.

Ahora bien, cabe advertir que en casos de violencia sexual contra niños y adolescentes ellos adquieren una doble y fundada calidad de especial protección, dado que –por un lado– tienen esa característica y, por el otro, son víctimas con lo cual detentan un papel trascendente en el proceso penal. Lo anterior debe llevar, por un lado, a entender que tal protección se otorga en aplicación del axioma de la dignidad humana de las víctimas y que se entiende como parte de ella; al respecto señala la jurisprudencia:

[...] el derecho de acceso a la administración de justicia, del cual se derivan garantías como la de contar con procedimientos idóneos y efectivos para la determinación legal de los derechos y las obligaciones, la resolución de las controversias planteadas ante los jueces dentro de un término prudencial y sin dilaciones injustificadas, la adopción

de decisiones con el pleno respeto del debido proceso, así como la existencia de un conjunto amplio y suficiente de mecanismos para el arreglo de controversias (Sent. C-454/2006, CConst., con. 30).

De hecho, a partir de los supuestos expresados se tiene que el mismo acceso a la justicia, tal como se plantea, hace una referencia a la idoneidad en el sentido de que no basta con concederlo desde el punto de vista formal sino que el proceso judicial y de ajusticiamiento debe tener unas condiciones tales que permitan a la víctima transitar por el mismo en condiciones de dignidad y que concluya con un acto de justicia, es decir, no necesariamente con una pena sino con una actuación que le permita inferir que se establecieron sus derechos al máximo posible. En el caso de los niños y adolescentes la obligatoria protección contra cualquier tipo de vulneración de derechos no solo tiene arraigo constitucional y legal sino que se ha adaptado en el ordenamiento del país a manera de sistema de protección, lo cual quiere decir que irradian como deber social, familiar y estatal, por lo que en este caso –además del restablecimiento de derechos– proceden la rehabilitación y la obligatoriedad de que las medidas aplicables sean efectivas para la garantía de derechos de los niños.

Para ello tanto el legislador como el juez tienen la potestad de adoptar las medidas que conduzcan a la consecución de la protección y el bienestar de los niños y adolescentes usando el principio *pro infans* como eje del análisis constitucional y legal, con la obligación de precaver en el proceso la defensa del interés presente y futuro. Con ello la punibilidad puede decantar o no en pena privativa de la libertad, sin que un resultado u otro exprese mayor o menor grado de justicia por sí mismo, pues corresponde –como se ha mencionado– al análisis del caso concreto. Sin embargo, aparece en contraste los derechos de los procesados en el ámbito penal, quienes con todo gozan de derechos y garantías propias de un Estado social y democrático de derecho.

De hecho, pese a que en el proceso penal es dable hablar de suspensión y restricción de los derechos para los imputados, procesados y condenados, lo es también que los derechos fundamentales de aquellos no son negociables

y, por ende, no se les pueden ni restringir ni suspender. Lo anterior porque como se mencionó en antelación, confluye en el ordenamiento jurídico la idea de que la pena debe ser, útil, necesaria y proporcional, con lo cual la misma no obedece ni debe obedecer –tal como lo fija la política criminal del Estado– a modelos populistas o efectistas, pues una mayor penalidad no es proporcional a una reparación de los derechos para las víctimas, la reducción de la criminalidad, ni, añádase, a un proceso penal más corto. De hecho, ni siquiera se puede garantizar que sea más justo, con lo cual una aplicación rígida del derecho no garantiza una mayor efectividad o acercamiento a los fines de la pena.

Además, se debe prestar atención a que la observancia o aplicación de una norma produce normalmente varios efectos prácticos y cualquiera de ellos puede ser considerado como el fin de la norma en cuestión (Guastini, 2015a, p. 27); es más, cabe añadir:

A la indeterminación del sistema se suma la ulterior indeterminación de cada norma. Cada norma vigente es indeterminada, en el sentido que no se sabe exactamente qué casos recaigan en su campo de aplicación. Esto depende de la ineludible vaguedad de los predicados en cada lenguaje natural (Guastini, 2015a, p. 24).

Sobre el tema de análisis, se debe pensar que el alcance del significado textual de la norma que genera aquí la discusión no es demasiado polémico, pues cuando esta señala en el numeral 7.º del artículo 199 que «no procederán las rebajas de pena con base en los “preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado”, previstos en los artículos 348 a 351 de la Ley 906 de 2004», se entiende con suficiente claridad que se trata de una prohibición a la aplicación de las previsiones de los artículos 348 a 351 del Código de Procedimiento Penal. Ahora bien, si hubiese que refutar algún vacío en la concreción textual del texto sería en lo atinente a la no inclusión del allanamiento como otra manera de aceptación de cargos anticipada; no obstante, más allá de que este tema se haya decantado por vía jurisprudencial, cuando el Código de Procedimiento Penal se refiere al «allanamiento» la misma norma lo hace de manera enunciativa aclarando que la idea se desarrolla en el entramado de artículos que discurre entre el 348 y el 351.

Ahora bien, si el asunto a estudiar es la intencionalidad de la autoridad normativa para poder comprender el alcance de la norma, se deben tomar en cuenta los dos artículos; por su parte, el precitado artículo 199 tiene como finalidad concretar y reforzar por vía legal y de manera expresa el principio *pro infans* en los casos de violencia sexual contra los niños y adolescentes, entre otros. A su vez, es una forma de proyectar la política criminal según la cual la proporcionalidad puede variar en atención a las necesidades sociales. Así, frente a lo abyecto de este tipo de acciones ilícitas, en concordancia con los bienes jurídicamente tutelados que vulnera –que están reforzados–, se tiene que es una forma de recalcar el repudio social que presentan tales delitos.

Igualmente, aparece como finalidad implícita apalancar el principio de que el Estado como garante de los derechos fundamentales en aplicación material del principio de igualdad, despliega una mayor protección a los derechos de los niños y adolescentes y con ello la idea de que refuerza su plan como rector del orden social y legal. Por su parte, también aparece con el fin de equiparar el derecho de los más vulnerables buscando fijar la penalidad como un medio disuasor. Por ello, como lo refiere el artículo 348 de la Ley 906 de 2004, tiene como finalidad

[...] humanizar la actuación procesal y la pena; obtener pronta y cumplida justicia; activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito; propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto y lograr la participación del imputado en la definición de su caso.

Asimismo, se puede deducir que tiene como cometido alinear el derecho penal con la idea del derecho penal mínimo y con la necesidad de ordenar el derecho penal con la Constitución y los derechos fundamentales. Es más, en cuanto a la teleología de las normas estudiadas debe señalarse que ella está orientada a la reducción de la criminalidad, la condena social de los procesados y la comprensión de que los derechos de los niños y adolescentes son de orden superior y, por ende, deben ser protegidos por el Estado. Por su parte, las construcciones sociales implícitas son del todo razonables ante las cifras de violencia sexual sufridas por los niños y adolescentes y, por tanto,

compelen a que el repudio social sea mayor; asimismo, la baja credibilidad del sistema penal para el común de las personas implica la necesidad de hacer más notorio el actuar del brazo jurisdiccional, en casos de alto impacto social y criminal.

Además, en cuanto al sistema de derecho ya se ha explicitado con suficiencia que dicha responsabilidad corresponde a un Estado social y democrático de Derecho y las implicaciones que ello presenta para el asunto. Incluso, frente al análisis de razonabilidad exigido por el ejercicio aquí planteado, es evidente que en este caso la inaplicación de la norma contenida en el código procesal penal se entiende justificada frente al bien jurídico afectado y a la especial vulnerabilidad de la víctima por ser niños y adolescentes. De hecho, si se tiene en cuenta que la reducción de penas como elemento de la justicia consensuada obedece también al estado de cosas inconstitucional que resultó del abuso de la penalización por medio de la reclusión en centro carcelario, y, agréguese, a la necesidad de hacer más eficiente la administración de justicia, se evidencia que este no es el medio evidente para colaborar con esos fines.

En suma, si lo que se pretende es desestimular la comisión de otros delitos y en su lugar poder penar con mayor fortaleza crímenes especialmente delicados sería lógico acudir, no obstante, a la justificación presentada como se evidencia en varias de las sentencias tratadas, lo que no es casual. Ahora bien, tomando en cuenta que tras haber hecho este análisis y encontrar todo aparentemente encaminado y encuadrado en el orden jurídico legal, se hace evidente que aquí la única manera de comprender el fenómeno y las implicaciones menos obvias, de una manera más objetiva, es analizando los principios de fondo para lo cual se acoge la propuesta de Guastini (2015a). Es que en ocasiones un principio no expreso es, en cambio, el resultado de un procedimiento deductivo a partir de reglas particulares de la forma: R1: Si A y B, entonces Z; R2: Si A y C, entonces Z; R3: Si A y D, entonces Z (Guastini, 2015b, p. 2039).

En esa construcción todas las reglas resultan en una misma consecuencia jurídica (Z) y todas tienen un elemento en común (A), permitiendo una

generalización en el sentido de entender P: Si A, entonces Z (Guastini, 2015b, p. 2039), de donde se deduce bajo esta premisa un número indeterminado de reglas particulares. Lo anterior si se habla de principios sobre todo aquellos expresos de rango constitucional, utilizados para justificar un ordenamiento armonioso. Ello bajo el supuesto de que si una disposición admite dos interpretaciones contradictorias se opta por la más adecuada de acuerdo con su alineamiento con el principio expreso y constitucional (Guastini, 2015a).

Para el caso concreto, siguiendo los presupuestos del teórico mencionado, la no rebaja de penas por allanamiento (aceptación de cargos) conllevaría la plena consecución de los fines de la punibilidad y promovería, al mismo tiempo, el restablecimiento de los derechos de la víctima; en este sentido, en la excepción normativa del num. 7.º del artículo 199 la mayor punibilidad (A), en cualquier caso previsible conlleva a la misma consecuencia (Z), es decir, la plena consecución de los fines de la punibilidad y el restablecimiento de derechos de la víctima. Sin embargo, si se observa el manejo dado al tema de la rebaja de penas por la presencia de los dos institutos aquí denominados como allanamiento o preacuerdo, se evidencia que no se usa este principio. Sin duda, cuando se entiende que la reparación a la víctima y la reivindicación de sus derechos no depende de la pena impuesta al procesado, se admite en muchos de los casos la rebaja de penas.

Por tanto, a la luz de los elementos fácticos «Z» debería tomar formas diversas como: Restablecimiento de los derechos de las víctimas que son niños y adolescentes, consecución de los fines de la punibilidad, garantía de los derechos fundamentales para el procesado y garantías de los derechos de la víctima mayor de edad, entre otros. Con lo cual la relación causal usada de fondo para sustentar la no rebaja de penas es imprecisa e incluso inconstitucional, pues corresponde más a una decisión política en el sentido de dar a entender que existe un repudio social sobre el tema de la violencia sexual contra niños y adolescentes. De allí, que no se pueda hablar de constitucionalidad absoluta del texto legal en el caso concreto.

Ahora bien, si se hace un ejercicio que permita comparar los tres axiomas que se deben evaluar para determinar la constitucionalidad de una disposición

legal en un caso concreto, esto es, el principio *pro infans*, el principio *pro homine* y el principio *pro libertatis*, se podría concluir que en efecto la disposición es constitucional, pues el niño o adolescente goza también de la garantía de los principios *pro homine* y *pro libertatis*. Sin embargo, si el tema se examina con mayor precisión se advierte que si bien este es un asunto de principios y política criminal, en cuanto a ellos la diferencia es mínimamente más favorable para los niños y adolescentes.

En el mismo sentido, desconocer lo anterior sería desviar el eje de discusión real que recae en la relación causa efecto, es decir, la causa de impedir la rebaja de penas para los procesados en caso de violencia sexual contra los niños y adolescentes es, precisamente, la protección superior del niño o adolescente. Con ello, y como resultado de la obligación estatal precitada, el establecimiento como órgano superior, determina que ejercer justicia con el mayor peso posible será la solución para que las víctimas se entiendan reivindicadas y que ello se corresponde con la política criminal y los principios constitucionales, en tanto es una excepción válida. Empero, la justicia se debe manifestar en términos de proporcionalidad, pero ella también se debe expresar en el plano de la igualdad por lo cual no es concebible que –ante una aceptación de cargos (allanamiento)– en un determinado estadio del proceso un imputado, por ejemplo, reciba una rebaja de penas por su colaboración y otro, por lo contrario, reciba la penalidad completa.

Con ello la balanza de la ponderación vuelve a quedar nivelada. Ahora, es cierto que si se trata de aplicar justicia con celeridad nada impide que el procesado se allane a cargos con independencia de los beneficios que pueda o no recibir; sin embargo, es cierto también que en gran medida el peso de un proceso que se demora para su trámite y definición recae sobre la víctima y no tanto así sobre el procesado. Lo anterior es una realidad tan latente que existen lineamientos para la prevención de la revictimización lo que sucede, a decir de Roth (2002), cuando el decisor político evidencia la existencia de un problema (p. 73). Es así como se ha señalado que

[...] cuando dentro de una investigación penal se señalan como víctimas a menores de edad, las garantías del debido proceso adquieren un plus determinado por la necesidad de proteger al menor de edad y evitar su revictimización, en respeto de su dignidad humana (Sent. T-923/2013, CConst., con. 3.5.).

Por ello, si se habla de limitar el acceso a la reducción de penas como método para garantizar los derechos de las víctimas, se adopta un camino que no es necesariamente conducente. Con todo, es cierto que –para precaver esta posible revictimización– el legislador determina que las autoridades deben evitar todo acto de discriminación contra las víctimas y considerar la situación de indefensión en la cual se encuentra cualquier niño o adolescente que ha sido sujeto pasivo de ilícitos que afecten sus derechos sexuales –deber negativo–, y ha de garantizar la igualdad de los niños y adolescentes víctimas para el cumplimiento de sus deberes –deberes positivos– (Sent. T-923/2013, CConst., p. 22).

Así las cosas, la garantía del derecho a la igualdad de los niños y adolescentes víctimas de abuso sexual conlleva tanto el cumplimiento de algunos deberes positivos por parte de los funcionarios encargados de la investigación y juzgamiento de tales delitos, como de aquellos que ejercen funciones de ministerio público, en particular si se toma en cuenta que entre enero y abril de 2019 hubo 8.230 casos reportados de violencia sexual contra niños y adolescentes, con un incremento del 15% de los casos (Redacción Judicial, 2019). Así, la ponderación de los intereses es diferente o por lo menos así debiera ser en función de la posición del niño o adolescente: Como víctima de un delito, pues según la construcción jerárquica existente ello significaría que los demás principios debieran supeditarse al de la prevalencia de los derechos del niño o adolescente. Ahora bien, existen elementos supralegales que también pesan al momento de ponderar los derechos, por ejemplo, la edad del niño o adolescente –por la diferencia en el consentimiento–, la madurez y el nivel de desarrollo en el que se encuentre.

Conclusiones

Llegados a esta altura de la exposición, deben señalarse los siguientes planteos para el debate.

Es indispensable partir del presupuesto de que la concepción del Estado social y democrático de Derecho, que se hace latente en el ordenamiento jurídico, tiene como elemento inmanente una recomposición del razonamiento jurídico, lo cual implica no solo un cambio de postura frente al valor de los principios en el plexo normativo sino una constitucionalización del derecho penal que irradia, por supuesto, la política criminal y la aplicación del derecho sustancial y procesal. Tal situación conlleva no solo a un aumento en la aplicación de lo que podría llamarse una discrecionalidad reglada, en el sentido de que otorga movilidad al servidor judicial siempre que se mantenga en los términos de la ley (Sent. C-031/1995, CConst., p. 11), sino a una mayor individualización de los casos.

Es decir, si bien el derecho penal se basa en la simplificación y la generalización de problemáticas sociales complejas para poderlas analizar de acuerdo al modelo de adecuación típica, en virtud de la prelación de derechos, al elevar los principios a un rango constitucional una de las funciones del juez es realizar un análisis racional enfocado a cada caso concreto, para lo cual el test de proporcionalidad y el principio de ponderación son un elemento indispensable de cara a la resolución de problemáticas como la planteada en el trabajo respecto a la pugna entre los derechos del procesado a la luz de la justicia premial en el derecho penal y el interés superior del niño y adolescente como principio constitucional y legal. Empero, el Estado social y democrático de Derecho como concepto y los límites impuestos por la política criminal del Estado dificultan el trabajo del servidor judicial respecto al reconocimiento de ciertos derechos, lo que deja abiertos vacíos que dan cabida a interpretaciones que pueden resultar violatorias de la ley.

Ello si se toma en cuenta que el modelo de Estado como se mencionó en el cuerpo del artículo afecta la manera como se concibe el derecho, los derechos y el análisis constitucional, pues corresponde no solo a un marco

legal y político sino a un proyecto con fines previstos, por el ejemplo, la defensa de la seguridad jurídica, la salvaguarda de los niños y adolescentes, la prevalencia de la dignidad humana como fin fundante del Estado, etc. Lo anterior deriva, si bien no en la inconstitucionalidad de normas como la contenida en el art. 199, num. 7.º de la Ley 1098 de 2006, sí en el desconocimiento de derechos constitucionales por causa precisamente de la indeterminación de los principios en pugna y de la ambigüedad normativa.

Lo anterior, toma dimensiones preocupantes cuando se hace evidente que en estas pugnas de derechos fundamentales de similar talante tienen que estar sometidos a una jerarquización axiológica, que en todo caso termina por tener un grado de discrecionalidad o está direccionada por el medio social puesto que –como se procuró demostrar en este trabajo– objetivamente tanto la víctima como el procesado son sujetos de derechos.

Asimismo, se debe entender que esos derechos a los que se refiere aparecen en cabeza de cada una de las partes del proceso y muchos de ellos gozan del carácter de fundamental, con lo cual son en sí mismos límites para la aplicación de estas prerrogativas excepcionales que por vía legal escinden casos de análisis objetivamente similares como los previstos en los preacuerdos o allanamientos a cargos (negociaciones y aceptaciones de cargos) y los dotan de consecuencias jurídicas totalmente opuestas. La observación precedente si bien puede parecer polémica no se expone con el fin de desconocer la calidad de sujetos de especial protección de los niños y adolescentes; de hecho es claro y totalmente razonable que el Estado presente fórmulas que garanticen la tutela de sus derechos.

Por lo contrario, el principio *pro infans*, es esencial para el desarrollo social; empero, la crítica se presenta es en relación con la resolución que se le brinda a la problemática, pues en principio la rebaja de penas por allanamiento a cargos o preacuerdo pese a que se entiendan como una «gratificación» en favor de un imputado o procesado que preste su colaboración a la justicia, deberían ser entendidas como un mecanismo que permite decantar un proceso penal con mayor celeridad y un menor impacto para las víctimas.

Ahora bien, la realidad ha demuestra que –en efecto– el derecho penal no cumple en la mayoría de los casos con su finalidad correctiva, ni persuasiva, con lo cual la ejemplificación por medio del fortalecimiento de las penas no resulta ser efectiva. Además, es preciso manifestar que en la actualidad y a la luz de los modelos de derecho penal mínimo, no solo la pena –sobre todo la pena privativa de la libertad en centro de reclusión carcelaria– es la única herramienta para luchar contra la criminalidad. De hecho, a nivel preventivo, vale reiterar que no tiene mayor impacto que una pena sea mayor o menor; por lo contrario, la desarticulación y comprensión de los *modus operandi* de quienes cometen estos delitos sí puede consistir en un elemento de análisis que permita generar políticas y normas que realmente impacten en la problemática.

En el mismo sentido, el endurecimiento de las penas por sí mismo no tiene ningún sustento si el aparato judicial no tiene la capacidad para investigar, procesar y penar de forma rápida, oportuna y correcta a quienes cometen un crimen; de hecho, la continuidad de procesos que se hacen largos y tediosos son formas de revictimizar a los niños y adolescentes, en todo caso con poca o nula garantía de llegar un resultado. Además, como la necesidad de la pena exige que esta sirva para la preservación de la convivencia armónica y pacífica (Sent. C-647/2001, CConst., p. 15), tal como se ha manifestado líneas atrás, y se observa que precisamente la finalidad de la reducción de penas por cuenta del allanamiento a cargos y los preacuerdos o negociaciones se enlaza con esta idea, no se puede desconocer que el legislador peca en el sentido de ir en contra de lo que en apariencia ha predicado; esto es, que la pena permite la convivencia armónica y pacífica cuando ella es proporcional y justa.

Desde luego, en la medida en que la punibilidad se logre equilibrar con las garantías de las partes se podrá entender que la pena es necesaria; no obstante, plantear una barrera justo en frente del derecho a la igualdad en los casos de violencia sexual contra niños y adolescentes, exagera distinciones que alejan a la justicia de ese equilibrio. Para ampliar lo expresado se tendrá que admitir que el límite impuesto por el num. 7.º del artículo 199 desconoce,

por un lado, las finalidades propuestas por el artículo 348 del Código de Procedimiento Penal, y, por el otro, a la vez que se presenta formalmente como un mecanismo para reforzar el derecho de los niños y adolescentes víctimas y de penar al infractor, puede presentarse en sentido negativo según el contexto de la situación fáctica. Lo anterior significa que en casos concretos la inaplicabilidad de los beneficios puede redundar en el ámbito procesal en el desconocimiento de los derechos del niño y adolescente por la falta de celeridad judicial, por la revictimización de la que pueden ser objeto en el curso del proceso o porque, simplemente, por dilaciones injustificadas, por ejemplo, el procesado se puede sustraer de obligaciones que le correspondían.

Ello, visto desde la contera opuesta podrá significar que el procesado puede ver más afectados sus derechos en la búsqueda de una condena o puede, en caso de ser inocente, sufrir una mayor vulneración de los mismos, en virtud de un proceso que puede limitar sus posibilidades de defensa sobre todo en el caso de los preacuerdos (negociaciones). Igualmente, se entiende con amplitud en la literatura y en los mismos ordenamientos jurídicos que las penas excesivas son a todas luces incompatibles con un modelo de Estado social y democrático de Derecho.

Ahora bien, cuando se hace referencia a penas excesivas se alude a la desproporción de las mismas, pues si bien como se ha admitido la violencia sexual contra los niños y adolescentes es un hecho aberrante, lo es también que a la luz de la objetividad el exceso o proporcionalidad en las penas se mida de manera referencial. Es decir, se cuantifica en relación con la punibilidad de otras penas fijadas para delitos similares o en contraste con otros de menor identidad punitiva; a la vez que, como se explicitó anteriormente, las medidas punitivas deben favorecer el interés general en forma correlativa a la pena impuesta (Sent. C 806/2002, CConst., p. 15).

Por ello, el beneficio de la penalización sin rebajas de pena para quienes cometan delitos de violencia sexual contra niños y adolescentes debería ser –por lo menos– igual al que resultaría de aplicar justicia, incluso con rebajas de penas, a un sujeto que comete delitos relacionados con la violencia sexual

contra una persona de la tercera edad, un adulto discapacitado o una mujer embarazada, máxime si ellos también son sujetos de especial protección. No obstante, la ley nada señala sobre estos casos especiales respecto a la rebaja de pena, como sí lo ha hecho en el caso de los niños y adolescentes, por lo que esa restricción queda sometida al imperio decisorio del servidor judicial.

Además, como se ha dicho, pese a «que es al Legislador a quien corresponde determinar la política criminal del Estado y que desde esta perspectiva a él compete, por principio, efectuar una valoración en torno de los bienes jurídicos que ameritan protección penal» (Sent. C-334/2013, CConst., con. 3.4.2.2.), en realidad, la política criminal del Estado se alimenta de multiplicidad de factores legales y supraleales que la moldean. Lo anterior porque, aunque ciertamente el legislador tiene una libertad de configuración legislativa que le permite tomar decisiones en el sentido de proponer las normas, la punibilidad, entre otros, la realidad es la que termina por moldear el derecho con mayor facilidad a la que el derecho puede moldear la realidad.

Tal consideración se presenta en atención a que la mayor o menor punibilidad respecto de un asunto concreto va en directa correspondencia con el impacto social negativo que está presente, luego los delitos son acciones que tienen la identidad suficiente para alterar la realidad al punto de generar un problema que requiera la intervención del Estado para ordenar lo que corresponda e intentar corregir el problema que se presenta. Por lo tanto, la cuestión de la prohibición de la rebaja de penas en el caso concreto es un limitante al mismo acceso a la justicia, a la concreción de la política criminal restaurativa y resocializadora que pretende garantizar el Estado y las leyes y, por lo tanto, puede vulnerar también en el proceso derechos de las víctimas, a partir de su manejo.

Referencias

- Alexy, R. (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Álvarez, D. A., García, J. A. & Osorio, D. A. (2018). La carga de la prueba en los delitos sexuales contra menores de edad. Cúcuta: Universidad Libre de Colombia-Tecnología

- en Investigación Criminal, 1-50. <https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/11543/Paper.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Aponte, A. D. (1999). *Guerra y Derecho penal del enemigo: Aproximación teórica a la dinámica del Derecho Penal de emergencia en Colombia*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Arango, R., Lemaitre, J., Burbano, C., Lamprea, E. & Rueda, P. (2002). *Jurisprudencia constitucional sobre el Derecho al Mínimo Vital*. Bogotá: Ediciones Uniandes.
- Baratta, A. (2004). Principios del derecho penal mínimo. En A. Baratta, *Criminología y Sistema Penal (Compilación in memoriam)* (pp. 299-333). Buenos Aires: Editorial B de F.
- Bechara, A. Z. (2011). Estado constitucional de derecho, principios y derechos fundamentales en Robert Alexy. *Revista Saber, Ciencia y Libertad* 6 (2), 63-76.
- Bernal, C. (2005). *El Derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bovino, A. (2001). Procedimiento abreviado y juicio por jurado. En J. Maier y A. Bovino (Comp.), *El procedimiento abreviado* (pp. 53-96). Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Brewer-Carías, A. R. (1995). El sistema mixto o integral de control de constitucionalidad en Colombia y Venezuela. *Temas de Derecho Público*, (39), 1-79.
- Calsamiglia, A. (2003). *Racionalidad y Eficiencia del Derecho*. México: Fontamarrá.
- Castaño, R. (2013). El sistema penal acusatorio en Colombia y el modelo de derecho penal premial. Análisis de las sentencias 36.502 de 2011 y 38.285 de 2012 de la Corte Suprema de Justicia y la sentencia C-645 de 2012 de la Corte Constitucional. *Nuevo Foro Penal*, 9 (80), 165-185.
- Consejo Superior de Política Criminal (2019). *Lineamientos de Política Criminal*. Bogotá: Ministerio de Justicia. http://www.politicacriminal.gov.co/Portals/0/documento/Lineamientos_de_Pol%C3%ADtica_Criminal.pdf
- Constitución Política de Colombia (2016). Bogotá: Corte Constitucional, Consejo Superior de la Judicatura Centro de Documentación Judicial- CENDOJ Biblioteca Enrique Low Murtra-BELM. <https://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>
- Chiesa, E. L. (1992). *Derecho procesal penal Puerto Rico y Estados Unidos (Vol 2)*. Bogotá: Forum.
- Cuello, E. (1943). *Derecho Penal, Parte general (Vol 1)*. Barcelona: Bosch.
- Del Moral García, A. (2008). La conformidad en el proceso penal (reflexiones al hilo de su regulación en el ordenamiento español). *Revista Autoritas Prudentium*, (1), 1-22.
- Drnas de Clément, Z. (2015, marzo 25). La complejidad del principio pro homine. *Revista Jurisprudencia Argentina (JA)* 2015-I, (12), 98-111.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón* (Trad. de P. Andrés Ibáñez et al.) Madrid: Trotta.

- Feuerbach, P. J. A. (1989). *Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania* (trad. de Zaffaroni, E. R. & Hagemeyer, I.). Buenos Aires: Hammurabi.
- Foucault, M. (1986). *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- Galain, P. (2005). La negociación en el proceso penal. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay* (7), 159-201.
- González, J. (2012). ¿Qué pasa con la pena hoy en día? *Revista electrónica Diálogos de Derecho y Política*, (9), 2-13. <https://revistas.udea.edu.co/index.php/derypol/article/download/12318/11167/>.
- Guastini, R. (2015a). Interpretación y construcción jurídica. *ISONOMÍA N.º 43*, 11-48.
- Guastini, R. (2015b). La interpretación de la Constitución. En J. L. Fabra Zamora, & E. Spector, *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, Vol. III* (pp. 2011-2086). México: UNAM.
- Guzmán, L. L. & Jiménez, C. R. (2011). Principio de oportunidad y Política Criminal del Estado: inseguridad jurídica en Colombia. *Criterio Libre Jurídico*, 8 (1), 41-51.
- Lascuraín, J. A. (1998). La proporcionalidad de la norma penal. *Cuadernos de derecho público*, (5), 159-190.
- Jakobs, G. (1997). *Derecho penal, Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación* (trad. de J. Cuello Contreras, 2.ª ed.). Madrid: Marcial Pons.
- Ley 12 (1991, enero 22). Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, «Por medio de la cual se aprueba la Convención sobre los Derechos Del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989». Congreso de la República de Colombia. *Diario Oficial No. 39640 de 22 de enero de 1991*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Ley 890 (2004, julio 7). Por la cual se modifica y adiciona el Código Penal. Congreso de la República de Colombia. *Diario Oficial No. 45.602 de 7 de julio de 2004*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Ley 906 (2004, agosto 31) [C. P.P.]. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Congreso de la República de Colombia. *Diario Oficial No. 45.658 de 1 de septiembre de 2004*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Ley 1098 (2006, noviembre 8) [C. I. A.]. Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia. Congreso de la República de Colombia. *Diario Oficial No. 46.446 de 8 de noviembre de 2006*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Mir, S. (1982). *Función de la pena y Teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Editorial Bosch: Barcelona.

- Morillas, L. (2013). La función de la pena en el Estado social y democrático de Derecho. *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, 4 (2), 1-26.
- Nietzsche, F. (2016). *Obras Completas, Volumen IV. Escritos de Madurez II y Complementos a la edición* (traducción, introducción y notas J. Aspiunza et al.). Madrid: Tecnos.
- ONU (1989). Convención sobre los Derechos del Niño. *un.org*. <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>
- Peces-Barba, G. (2009). Reflexiones sobre los derechos sociales. En R. García-Manrique (Coord.), *Derechos sociales y ponderación* (pp. 85-102). Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Poncela, P. (1982). Por la pena, disuadir retribuir. *Nuevo Foro Penal*, (16), 905-916.
- Pulido, F. E. (2011): Control constitucional abstracto, concreto, maximalista y minimalista. *Revista Prolegómenos - Derechos y Valores*, 4 (8), 165-180.
- Redacción Judicial (2019, mayo 27). Reportes de violencia sexual contra menores han aumentado 15% en 2019: Medicina Legal. *El Espectador*. <https://www.elespectador.com/noticias/judicial/reportes-de-violencia-sexual-contra-menores-han-aumentado-15-en-2019-medicina-legal-articulo-862894>
- Restrepo, H. A. (2007). Derecho penal internacional: entre eficientismo y garantismo. *Criterio Jurídico* (7), 427-451.
- Rojas, J. M. (2016). El artículo 199 de la Ley 1098 de 2006: ¿Un desafío no superado por el sistema de control de constitucionalidad colombiano? *Revista de Derecho Público* (37) 1-34.
- Roth, A. N. (2002). *Políticas Públicas. Formulación, implementación y evaluación*. Bogotá: Aurora.
- Roxin, C. (2003). Informe final. En L. Arroyo Zapatero, U. Neumann, & A. Nieto Martín (Eds.), *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt* (pp. 317-330). Cuenca: Universidad Castilla-La Mancha.
- Ruiz, A. (2012). 1991-2011: Reflexiones sobre 20 años de constitucionalización del derecho penal en Colombia. En *Estado y Derecho en clave Constitucional*. Tunja: Editorial Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia.
- Schünemann, B. (2007). El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación. En R. Hefendehl, Andrew von Hirsch & Wolfgang Wohlers (Eds.), *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* (pp. 191-220) Barcelona: Marcial Pons.
- Sentencia T-571 (1992, octubre 26). Acción de tutela [Expediente T-2635]. Magistrado Ponente: Jaime Sanin Greiffenstein. Corte Constitucional [Colombia].

- Sentencia C-179 (1994, abril 13). Demanda de inconstitucionalidad [Expediente P. E. 02]. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-031 (1995, febrero 2). Demanda de inconstitucionalidad [Expediente D-676]. Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-070 (1996, febrero 22). Demanda de inconstitucionalidad [Expediente D-1021]. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-559 (1999, agosto 4). Demanda de inconstitucionalidad [Expediente D-2297]. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-647 (2001, junio 20). Demanda de inconstitucionalidad [Expediente D-3292]. Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-1287 (2001, diciembre 5). Demanda de inconstitucionalidad [Expediente D-3549]. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-426 (2002, mayo 29). Demanda de inconstitucionalidad [Expediente D-3798]. Magistrada Ponente: Rodrigo Escobar Gil. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-806 (2002, octubre 3). Demanda de inconstitucionalidad [Expediente D-3936]. Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-939 (2002, octubre 31). Demanda de inconstitucionalidad [Expediente RE 119]. Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-454 (2006, junio 7). Demanda de inconstitucionalidad [Expediente D-5978]. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia T-900 (2006, octubre 17). Acción de tutela [Expediente T-1412250]. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-738 (2008, julio 23). Demanda de inconstitucionalidad [Expediente D-7003]. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-055 (2010, febrero 3). Demanda de inconstitucionalidad [Expediente D-7807]. Magistrado Ponente: Juan Carlos Henao Pérez. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia (2008, abril 8). Recurso de casación [Radicado: 25306]. Magistrado Ponente: Augusto José Ibáñez Guzmán. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].

- Sentencia (2008, septiembre 17). Recurso de casación [Radicado: 30299]. Magistrado Ponente: Sigifredo Espinosa Pérez. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia (2009, julio 8). Recurso de casación [Radicado: 31063]. Magistrado Ponente: Jorge Luis Quintero Milanés. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia C-936 (2010, noviembre 23). Demanda de inconstitucionalidad [Expediente D-8131]. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-365 (2012, mayo 16). Demanda de inconstitucionalidad [Expediente D-8798]. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia T-428 (2012, junio 8). Acción de tutela [Expediente T-3115240, T-3115241, T-3121736]. Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia (2012, julio 11). Recurso de casación [Radicado: 38285]. Magistrado Ponente: Fernando Alberto Castro Caballero. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia T-283 (2013, mayo 16). Acción de tutela [Expediente T-3.567.368]. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-334 (2013, junio 13). Demanda de inconstitucionalidad [Expediente D-9371]. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-438 (2013, julio 10). Demanda de inconstitucionalidad [Expediente D-9389]. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia T-736 (2013, noviembre 3). Acción de tutela [Expediente T-3.938.570]. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia T-923 (2013, diciembre 6). Acción de tutela [Expediente T-3996.309]. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-177 (2014, marzo 26). Demanda de inconstitucionalidad [Expediente D-9830 y D-9841]. Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-387 (2014, junio 25). Demanda de inconstitucionalidad [Expediente D-997]. Magistrado Ponente: Porge Iván Palacio Palacio. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-022 (2015, enero 21). Demanda de inconstitucionalidad [Expediente D-10405]. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo. Corte Constitucional [Colombia].

- Sentencia T-718 (2015, noviembre 24). Acción de tutela [Expediente T-5.083.087]. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia SP2196 (2015, marzo 4). Recurso de casación [Radicado: 37671]. Magistrado Ponente: José Leonidas Bustos Martínez. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia C-091 (2017, febrero 15). Demanda de inconstitucionalidad [Expediente D-11506]. Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-108 (2017, febrero 23). Demanda de inconstitucionalidad [Expediente D-11528]. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia T-287 (2018, julio 23). Acción de tutela [Expediente T-6.669.089]. Magistrada Ponente: Cristina Pardo Schlesinger. Corte Constitucional [Colombia].
- Sierra, H. M., & Cántaro, A. S. (2005). *Lecciones de Derecho Penal: Parte General*. Bahía Blanca: Editorial de la Universidad Nacional del Sur. Ediuns.
- Silva, J. M. (2006). *La expansión del derecho penal*. Montevideo, Buenos Aires: Editorial B de F.
- Torre Cuadrada, S. (2016). El interés superior del niño. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XVI, 131-157.
- UNICEF (1989, noviembre 20). Convención de los Derechos del Niño <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>
- Uprimny, R. (2006). Bloque de Constitucionalidad, Derechos Humanos y Nuevo Procedimiento Penal. En *Reflexiones sobre el Nuevo Sistema Procesal Penal* (pp. 21-62). Bogotá: Instituto de Estudios del Ministerio Público.
- Urbano, J. J. (2006). *Los fines constitucionales del proceso penal como parámetros de control del principio de oportunidad*. Bogotá: Instituto de Estudios del Ministerio Público.
- Velásquez, F. (2020). *Fundamentos de Derecho Penal, Parte General* [3.ª ed.]. Bogotá: Editorial Tirant lo Blanch.
- Zaffaroni, E. R., Alagia, A. & Slokar, A. (2002). *Derecho Penal Parte General* [2.ª ed.]. Buenos Aires: Ediar.