

Sentencia C-848/14

Referencia:

Expediente D-9590
Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 68 (parcial) de la Ley 906 de 2004, “*por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal*”

Actor:
Juan Carlos Ortega

Magistrado Ponente:

Bogotá D. C., doce (12) de noviembre de dos mil catorce (2014)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, profiere la presente sentencia con fundamento en los siguientes

I. ANTECEDENTES

1. Demanda de inconstitucionalidad

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, el ciudadano Juan Carlos Ortega demandó el artículo 68 (parcial) de la Ley 906 de 2004.

1.1. Disposición demandada

A continuación se transcribe la disposición demandada y se subraya el aparte acusado:

LEY 906 DE 2004
(agosto 31)

Diario Oficial No. 45.658
Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal

DECRETA:

ARTÍCULO 68. EXONERACIÓN DEL DEBER DE DENUNCIAR. *Nadie está obligado a formular denuncia contra sí mismo, contra su cónyuge, compañero o compañera o contra sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y civil, o segundo de afinidad, ni a denunciar cuando medie secreto profesional*

1.2. Contenido del escrito de acusación

El escrito de impugnación contiene dos tipos de consideraciones: Por un lado, se presentan los cargos en contra de la norma demandada, en los que se pone de manifiesto la presunta oposición de esta última con los artículos 1, 2, 3, 4, 13, 42, 45 y 229 de la Carta Política; y por otro lado, se señalan las razones por las que la previsión del artículo 33 superior, en la que se establece que ninguna persona tiene el deber de declarar contra sí misma o contra su cónyuge, compañero permanente o pariente cercano, y que en principio constituye el fundamento normativo de la preceptiva demandada, carece de la potencialidad para desvirtuar los acusaciones anteriores.

A continuación se reseñan estos dos tipos de análisis.

1.2.1. Cargos de la demanda

El peticionario sostiene que la disposición impugnada transgrede los principios constitucionales asociados a la protección de las personas que se encuentran en situación de indefensión, y que por esta vía vulnera los artículos 1, 2, 3, 4, 13, 42, 45 y 229 de la Carta Política.

Aunque los cargos de la demanda se estructuran en torno a los niños¹ como posibles víctimas de delitos, el accionante afirma que las consideraciones efectuadas en relación con ellos, son igualmente aplicables a los demás sujetos que por sus condiciones físicas o síquicas, no pueden hacer valer sus derechos por sí mismos.

¹ A pesar de que el artículo 3 del Código de la Infancia y la Adolescencia distingue entre niños y adolescentes, incluyendo dentro de la primera categoría a los menores de 12 años, y dentro de la segunda a quienes se encuentran entre los 12 y los 18 años, en el presente fallo la expresión “niño” será utilizada como equivalente a menor de edad, no solo por razones de economía sintáctica, evitando la alusión sistemática a la expresión “niños, niñas y adolescentes”, sino también en razón a que como en el escenario específico planteado por el peticionario, no existe una diferencia constitucionalmente relevante entre ambos grupos, resulta conveniente hacer uso de una locución genérica, de manera consistente con la de la Convención sobre Derechos del Niño, según la cual es niño “*todos ser humano menor de dieciocho años de edad*” (Art. 1).

- 1.2.1.1. Obligación de proteger a las personas que por encontrarse en especial condición de vulnerabilidad, no pueden valerse por sí mismas (Arts. 41, 42 y 45 C.P.)

En primer lugar, la norma que califica la denuncia de hechos punibles cometidos por el cónyuge, compañero permanente o pariente cercano como una facultad, y no como un deber, incluso cuando la víctima es un menor de edad o una persona en situación de vulnerabilidad e indefensión análoga, desconoce el deber de protección de la familia, la sociedad y el Estado hacia estos sujetos, que implica la vulneración de los artículos 41, 42 y 45 de la Carta Política, en tanto que, con esta medida, se torna inoperante la sanción penal al autor del delito, que cumple no solo una función retributiva, sino también preventiva y reparadora.

- 1.2.1.2. Supremacía de la Carta Política (Art. 4 C.P.)

En la medida en que el precepto acusado establece una excepción al imperativo constitucional de proteger a los menores de edad y a las personas que se encuentran en una situación de debilidad manifiesta, *“la aplicación de la constitución pasa a un segundo plano (...) lo que de paso viola el artículo 4 de la Carta Fundamental”*.

- 1.2.1.3. Principio de igualdad (Art. 13 C.P.)

Dado que las personas en situación de debilidad física o mental no pueden reivindicar directamente sus derechos ante la justicia cuando se ha cometido un delito en su contra, sino que requieren para ello de la mediación de un adulto, de la sociedad o del Estado, y dado que la norma impugnada obstaculiza tal mediación cuando se califica como una mera facultad discrecional la denuncia de los delitos cometidos por parientes cercanos o por el cónyuge o compañero permanente contra dichos sujetos, el propio ordenamiento acentúa y agrava la vulnerabilidad e indefensión de estas personas, frente a las que pueden defender sus derechos por sí mismas.

- 1.2.1.4. Acceso a la administración de justicia (Art. 229 C.P.)

Asimismo, el precepto acusado crea una barrera normativa para el acceso a la administración de justicia de los niños y de otros sujetos vulnerables, pues aunque por su condición no pueden poner en conocimiento de las autoridades los delitos que se cometan en su contra, la norma impugnada establece que la denuncia de tales hechos punibles es tan solo una prerrogativa para quienes tienen una relación de parentesco, matrimonio o unión marital con el sujeto activo del hecho delictivo, y no un imperativo. En tales circunstancias, como el

precepto anula la posibilidad de activar el sistema judicial, vulnera el artículo 229 del ordenamiento superior.

1.2.1.5. Fines del Estado y soberanía popular (Arts. 1, 2 y 3 C.P.)

Finalmente, como la medida legislativa cuestionada habilita a las personas para NO poner en conocimiento de las autoridades la comisión de delitos contra los niños y demás sujetos vulnerables, y como por esta razón todos ellos son desprovistos del mecanismo fundamental de activación del sistema de protección de derechos, la disposición desconoce también el principio de soberanía popular, así como los fines del Estado asociados con la garantía de los principios y derechos constitucionales, previstos en los artículos 1, 2 y 3 de la Carta Política.

1.2.2. El sentido y alcance del artículo 33 de la Carta Política

La segunda línea argumentativa del escrito de acusación apunta a demostrar que la consagración a nivel constitucional del derecho a no declarar en contra de familiares, de la que el precepto acusado pretende ser únicamente una concreción en el escenario específico de la denuncia en materia penal, no descarta la inconstitucionalidad señalada anteriormente.

A juicio del actor, aunque el artículo 33 de la Constitución Política dispone que *“nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil”*, tal disposición no puede servir para amparar o justificar la medida legislativa impugnada.

En efecto, el sentido y alcance de la norma constitucional debe determinarse a partir del conjunto de principios y derechos establecidos en el ordenamiento superior, y en particular, a partir del principio de la dignidad humana. En esta medida, como los menores de edad y los sujetos en situación de indefensión requieren de la mediación de otras personas para proteger los derechos que son amenazados o vulnerados cuando son víctimas de un delito, debe entenderse que el precepto constitucional es inaplicable cuando el sujeto pasivo de un hecho punible es una de estas personas. Esta excepción es aún más necesaria cuando el sujeto pasivo del hecho punible es *“abusado física y psicológicamente de manera repetida por alguien que ante la primera agresión debió ser denunciado y no lo fue porque el único testigo de la infracción penal fue familiar del victimario”*.

Asimismo, la Carta Política estableció en el artículo 42 la prevalencia de los derechos de los niños frente a los derechos de los demás, por lo que la facultad prevista en el artículo 33 del ordenamiento superior debe ceder en las hipótesis

en donde la infracción penal se comete en contra de un menor de edad.

1.3. Solicitud

De acuerdo con el planteamiento anterior, el peticionario solicita la declaratoria de constitucionalidad condicionada del precepto acusado, en el entendido de que la exoneración al deber de denuncia *“no se aplica cuando la víctima del delito sea una menor de 18 años, (una niña, niño o adolescente) (...) o personas en condición de discapacidad o adultos mayores que por razones psíquicas o físicas no pueden valerse por sí mismos”*.

2. Trámite procesal

Mediante auto del 8 de abril de 2013, el magistrado sustanciador admitió la demanda y, en consecuencia, ordenó:

- Correr traslado de la misma al Procurador General de la Nación, para que rinda el correspondiente concepto.
- Fijar en lista la disposición acusada, para las respectivas intervenciones ciudadanas.
- Comunicar de la iniciación del proceso a la Presidencia de la República, al Congreso de la República, a los ministerios del Interior y de Justicia y del Derecho, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, a la Defensoría del Pueblo y a la Fiscalía General de la Nación.
- Invitar a las facultades de derecho de la Pontificia Universidad Javeriana, la Universidad Externado de Colombia y la Universidad de los Andes; a la Comisión Colombiana de Juristas; al Instituto Colombiano de Derecho Procesal y a UNICEF – Colombia, para que se pronuncien sobre las pretensiones de la demanda de inconstitucionalidad.
- Invitar a la Sociedad Colombiana de Pediatría, al Instituto de Familia de la Universidad de La Sabana, a las facultades de medicina de la Universidad del Rosario y de la Pontificia Universidad Javeriana, a las facultades de psicología de la Universidad de La Sabana y de la Pontificia Universidad Javeriana, a la facultad de antropología de la Universidad de los Andes y a la facultad de sociología de la Universidad Nacional de Colombia, con el objeto de que suministren criterios técnicos que puedan tener incidencia en el juicio de constitucionalidad. En particular, planteó los siguientes interrogantes:

1. ¿Qué consideraciones de orden psicológico, médico, familiar y social

podrían explicar la exoneración al deber de denuncia en razón del parentesco, del matrimonio o de la unión marital?

2. ¿Qué tipo de impacto podría tener en el pariente cercano, cónyuge o compañero del autor del delito, y en su entorno familiar y social, el establecimiento de una obligación general de denuncia, sin ningún tipo de limitación en función del parentesco, del matrimonio o de la unión marital?
3. ¿Qué tipo de impacto podría tener la exoneración al deber general de denuncia en función del parentesco, del matrimonio o de la unión marital, en el bienestar de los menores o de las personas que por sus condiciones físicas o síquicas no pueden valerse por sí mismas y son víctimas de delitos en los que se aprovecha su condición de vulnerabilidad?
4. ¿Con qué tipo de mecanismos cuentan el Estado, la sociedad y la familia para identificar y enfrentar la violencia intrafamiliar, y en general el fenómeno de la delincuencia en contra de los niños y de las personas en condiciones de discapacidad?

3. Intervenciones

3.1. Intervenciones que se pronuncian sobre la constitucionalidad del precepto acusado

3.1.1. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar

Mediante escrito presentado a esta Corporación el día 2 de mayo de 2013, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar solicitó la declaratoria de constitucionalidad condicionada del precepto acusado, en el entendido de que, cuando la comisión de un delito tiene como víctimas a menores de edad o a otras personas que se encuentran en situación de indefensión o vulnerabilidad manifiesta, el efecto jurídico de la norma demandada recae exclusivamente en la potencial autoridad pública receptora de la denuncia, la cual debe abstenerse de obligar o forzar el acto informativo, pero no sobre la persona que tiene conocimiento de la comisión del hecho punible, quien tiene el deber jurídico de denunciarlo, especialmente cuando tiene posición de garante, incluso cuando es cónyuge, compañero o pariente próximo del autor del hecho punible.

Como justificación de la solicitud anterior, la entidad presenta dos tipos de argumentos: Por un lado, se expresan las razones por las que la denuncia de delitos en contra de niños constituye un imperativo constitucional, incluso cuando quien tiene conocimiento de los mismos es el cónyuge, compañero o un

pariente próximo del victimario. Y segundo, se indican las razones por las que el artículo 33 de la Carta Política no podría servir invocado para sustentar la inexistencia de un deber jurídico de las personas de denunciar los delitos cometidos por sus familiares cercanos, contra menores de edad.

Con respecto a la primera de las líneas argumentativas, el ICBF sostiene que el interés superior del niño, la prevalencia de sus derechos y el deber correlativo del Estado, la sociedad y la familia de garantizarlos, exigen interpretar la norma demandada en un sentido coherente con todos ellos, es decir, en el sentido de que el deber de denuncia subsiste cuando a pesar de existir un vínculo familiar con el autor del delito, la víctima es un menor de edad o persona en situación de vulnerabilidad manifiesta. En caso de establecerse una excepción al deber general de denuncia en la hipótesis planteada, los preceptos constitucionales señalados perderían toda eficacia.

Y con respecto a la segunda aproximación argumentativa, la entidad aclara el sentido, alcance y efectos jurídicos del principio de no incriminación previsto en el artículo 33 de la Carta Política, para luego concluir que de tal disposición no se desprende la facultad de los cónyuges, compañeros o parientes próximos de los autores de delitos contra menores de edad, para abstenerse de denunciar tales hechos punibles². A juicio de la entidad, esto se explica por las siguientes razones: (i) Por un lado, el principio de no incriminación previsto en el texto constitucional y en los instrumentos internacionales de derechos humanos no se refiere propiamente al acto de *denuncia* previsto en la norma demandada, sino a las *declaraciones* entendidas en un sentido amplio; se trata de actos procesales distintos, que se materializan en momentos diferentes dentro del proceso penal y que obedecen a una finalidad y a una racionalidad diversa; por tal motivo, resulta forzoso concluir que el principio de no autoincriminación “*no comprende el deber de denuncia que tiene todo ciudadano en ejercicio del principio de solidaridad social*”, y que, en consecuencia, el precepto constitucional y la disposición legal tienen un ámbito de aplicación diferente; (ii) De asumirse que el principio de no incriminación comprende la exoneración del deber de denuncia de los delitos propios y los cometidos por los familiares, habría que admitir la tesis inaceptable de que existe una contradicción dentro de la propia preceptiva constitucional entre tal principio y el interés superior del niño, y esta circunstancia, a su vez, obligaría a la Corte a realizar una

² A modo de introducción, la entidad interviniente da cuenta del sentido, contenido y alcance del principio de no incriminación, señalando que es un derecho fundamental de aplicación inmediata comprendido dentro del derecho al debido proceso, en virtud del cual las personas se encuentran habilitadas para abstenerse de suministrar a las autoridades cualquier tipo de información que tenga la potencialidad de incriminarlas o de dar lugar a la declaración de sus responsabilidades jurídicas. Dada su importancia dentro de las democracias contemporáneas, dicho principio se encuentra consagrado no solo en el texto constitucional, sino también en diversos instrumentos como el Estatuto de la Corte Penal Internacional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Humanos.// Las consideraciones de la entidad sobre la importancia, justificación y contenido de este principio se sustentan en la jurisprudencia de esta Corporación, particularmente en la Sentencia C-102 de 2005, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.//

ponderación entre los derechos constitucionales en conflicto, ejercicio argumentativo que conduciría en todo caso a garantizar el interés superior del menor; (iii) Independientemente de que el principio de no incriminación comprenda el deber de denuncia, su alcance debe ser determinado a partir de los principios que informan el ordenamiento superior, que claramente otorga prevalencia a los derechos de los niños sobre los derechos de las demás personas, y que radica en el Estado, la sociedad y la familia el deber de garantizar su bienestar; en este escenario, entonces, el alcance del artículo 33 superior debe fijarse sin perjuicio del deber de denunciar los delitos cometidos contra menores de edad.

Así las cosas, en la medida en que el principio de no incriminación contemplado en el artículo 33 del texto superior se refiere a una hipótesis distinta de la prevista en el artículo 68 de la Ley 906 de 2004, el contenido y alcance de este último debe establecerse con base en los principios y derechos constitucionales, particularmente en aquellos preceptos que confieren un status especial a las personas que se encuentran en una posición de vulnerabilidad manifiesta, y particularmente a los niños como sujetos de especial protección. Dentro de esta lógica, entender que la norma impugnada permite abstenerse de denunciar los delitos cometidos contra estos sujetos cuando existe una relación de parentesco, matrimonio o unión permanente con el victimario, hace nugatorios los derechos de los niños y los de quienes se encuentran en situación de debilidad análoga, así como el deber del Estado, de la sociedad y de la familia de brindarles protección integral, y especialmente los deberes de cuidado inherentes a quienes tienen posición de garante³.

Por ello debe entenderse que en la hipótesis planteada por el accionante, los efectos jurídicos del artículo 68 de la Ley 906 de 2004 recaen fundamentalmente sobre la autoridad receptora de las denuncias, para que se abstenga de ejercer presión o coacción sobre los potenciales denunciadores, respecto de delitos cometidos por su cónyuge, compañero o pariente cercano. Análogamente, debe entenderse que la norma acusada no excluye el deber de denunciar los delitos cometidos contra niños y demás personas en situación de debilidad semejante, deber que se ve reforzado cuando se tiene una posición de garante en relación con la víctima.

Finalmente, la entidad concluye que este entendimiento es consistente con el que esta misma Corporación, y con el que la Corte Suprema de Justicia como órgano de cierre de la justicia ordinaria, le han atribuido al precepto

³ En la intervención se incorpora una amplia reseña jurídica del deber de protección integral de los niños y de los deberes de quienes tienen posición de garante. Así, se cita el artículo 44 de la Carta Política y jurisprudencia constitucional que lo desarrolla, el contenido y alcance de la responsabilidad parental prevista en el Código de la Infancia y la Adolescencia, y las disposiciones que establecen la responsabilidad penal por la comisión por omisión, así como jurisprudencia concordante.

impugnado. En tal sentido, se reseña la sentencia T-117 de 2013⁴, que a su vez cita una providencia de la Corte Suprema de Justicia en la que se aclara que *“lo realmente importante no es que se cumpla con el requisito de enterar al declarante sobre la facultad que tienen de abstenerse de incriminar al paciente. Lo verdaderamente trascendente es que el testigo ‘no sea obligado a declarar’ en contra de aquel, tal como lo dispone el artículo 33 de la Carta Política”*.

3.1.2. Ministerio de Justicia y del Derecho

Mediante escrito presentado a esta Corporación el día 2 de mayo de 2013, el Ministerio de Justicia y del Derecho solicitó la declaratoria de exequibilidad de la disposición impugnada, bajo la premisa de que ésta no excluye el deber que tiene toda persona de denunciar los delitos cometidos en contra de los menores de edad.

Para justificar esta posición, el interviniente argumenta que las acusaciones del actor se estructuran sobre la base de una tensión entre el principio de no incriminación y el de dignidad humana, cuando en realidad tal conflicto no solo es inexistente, sino que además, en caso de que realmente existiese una colisión normativa, no podría ser resuelta de manera general en el marco de los procesos de constitucionalidad abstracta, sino en cada caso específico a partir de las particularidades de la tensión normativa⁵. A juicio de la entidad, como los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás, siempre que una persona tenga conocimiento sobre la comisión de un delito cuya víctima es un menor de edad, debe interponer la respectiva denuncia.

Así las cosas, la entidad concluye que sin lugar a ninguna duda, *“la exoneración del deber de denuncia, al cual hace referencia la norma acusada, en tratándose de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, indudablemente debe ceder en cumplimiento del principio constitucional de prevalencia de sus derecho sobre los demás derechos (...)”*, por lo que la disposición debe ser declarada exequible.

3.1.3. Facultad de Derecho de la Universidad de la Sabana

El día 29 de mayo de 2013, el Instituto de Familia de la Universidad de La Sabana presentó intervención, solicitando la declaratoria de exequibilidad del precepto demandado sobre la base de tres argumentos.

En primer lugar, se afirma que la excepción al deber general de denuncia, incluso cuando la víctima es un menor de edad, responde al interés general en el

⁴ M.P. Alexei Julio Estrada.

⁵ Esta imposibilidad de efectuar una ponderación en el marco de los procesos de constitucionalidad abstracta, se sustenta en la Sentencia C-185 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

que se sustenta el Estado colombiano, en este caso representado por la unidad familiar, la paz y la protección de los lazos de confianza entre los integrantes de la familia. De imponerse la obligación de denunciar a los parientes cercanos, al cónyuge o al compañero permanente, todos estos valores de raigambre constitucional se verían seriamente afectados, y con ello también el interés general.

En segundo lugar, se sostiene que la norma en cuestión no pone en peligro la vida, la salud y la integridad de los niños que son víctimas de delitos, pues en ningún momento prohíbe la denuncia del pariente, cónyuge o compañero permanente que ha cometido un delito en contra de un menor de edad, sino que únicamente es calificada como potestativa. Al tratarse simplemente de una prerrogativa que puede ejercerse a discreción, y no de una prohibición de denuncia, no se vulneran los artículos 1, 2, 13, 42, 45 y 229 de la Carta Política, invocados por el actor como fundamento de su acusación.

Finalmente, se afirma que la disposición demandada tiene un fundamento constitucional explícito, en la medida en que el artículo 33 de la Carta Política dispone expresamente que nadie puede ser obligado a declarar contra sus parientes cercanos, su cónyuge o su compañero permanente, de modo que la norma acusada se limitó a reproducir este derecho fundamental⁶.

3.2. Intervenciones técnicas

La invitación de esta Corporación a distintas instituciones especializadas para participar a través conceptos técnicos, fue atendida por el Instituto de Familia de la Universidad de La Sabana y por la facultad de psicología de la Pontificia Universidad Javeriana, en los términos que se indican a continuación.

3.2.1. Instituto de Familia de la Universidad de La Sabana

Mediante escrito presentado a esta Corporación el día 29 de mayo de 2013, el Instituto de Familia de la Universidad de La Sabana presentó su intervención técnica, respondiendo las preguntas formuladas en el auto admisorio de la demanda.

- Con respecto a las *consideraciones de orden psicológico que podrían explicar la exoneración al deber de denunciar en razón del parentesco*, el interviniente se refiere exclusivamente a la hipótesis en la que el potencial denunciante es la madre del niño víctima del delito, y el agresor, el cónyuge

⁶ En este sentido, se cita la sentencia C-799 de 2005, M.P. Jaime Araujo Rentería, en la que se declara la constitucionalidad de las normas del Código de Procedimiento Penal que extienden el derecho a no declarar, a los parientes hasta el cuarto grado civil, y no solamente hasta el primero, como dispone el artículo 33 de la Carta Política, con fundamento en que tal ampliación pone en condiciones de igualdad a los hijos adoptivos con respecto a los que no tienen esta calidad.

o compañero de ésta. En este sentido, se afirma que la exoneración podría explicarse, en primer lugar, por la potencial ausencia de una figura de protección paterna para los hijos que se generaría al poner en conocimiento de las autoridades la comisión del delito, y que a su vez, podría tener graves repercusiones en la vida emocional y económica de los miembros de la familia; y en segundo lugar, por la consideración social de que las personas que cometen delitos en contra de menores de edad deben ser apoyados y no atacados o denunciados por sus propios familiares; en este punto, se aclara que en todo caso esta razón obedece a *“tergiversaciones en el juicio del acto, por cuanto es un bien mayor denunciar el acto y la persona que lo ejecuta, y es superior a un bien menor como conservar al cónyuge y apoyar al mismo, o a un hermano, o quien sea que haya ejecutado la acción”*.

- Con respecto a la *repercusión en el pariente cercano, cónyuge o compañero autor del delito, y en su entorno familiar y social, del establecimiento de un deber general de denuncia, sin excepciones en función del parentesco, matrimonio o unión*, se afirma que una medida de esta naturaleza podría tener los siguiente efectos: (i) La potencialización del miedo en el eventual denunciante, de que el acto agresivo aplicado en contra del menor, sea perpetrado también en su contra; (ii) *“Triangulación”* del menor víctima del delito, es decir, que *“con el fin de vengarse del pariente o cónyuge denunciante, se utiliza al niño como estrategia para perjudicar al otro, o como medio a través del cual se le hace daño”*.
- Con respecto al *impacto del establecimiento de un deber general de denuncia, sin excepciones en función del parentesco, del matrimonio o de la unión marital, en los menores o personas en situación de vulnerabilidad que son víctimas del delito*, se afirma que esta medida podría tener consecuencias altamente nocivas, debido a las relaciones asimétricas de poder entre el agresor y el agredido; en efecto, en un escenario como el planteado, aquella no tiene las condiciones para desenvolverse con solvencia, autonomía e independencia, y por su tanto, su defensa se encuentra mermada frente a la que puede desplegar el agresor, que justamente actúa *“porque percibe obtener más poder en la relación con el otro y sabe de antemano que puede ‘ganar’ y obtener lo que desea del niño”*.
- Finalmente, con respecto a los *mecanismos estatales, sociales y familiares para identificar y enfrentar la violencia intrafamiliar, y en general el fenómeno de la delincuencia en contra de los niños y de las personas en condiciones de discapacidad*, se afirma la importancia y la necesidad de diseñar y ejecutar políticas públicas para proteger y empoderar a las personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad, y para promover

la supervisión parental y el fortalecimiento de los vínculos de estas personas con su entorno familiar y social.

3.2.2. Facultad de Psicología de la Pontificia Universidad Javeriana

Mediante escrito presentado a esta Corporación el día 4 de junio de 2013, el interviniente señalado dio respuesta a los interrogantes planteados en el auto admisorio de la demanda, aclarando que, en todo caso, no es posible dar una solución abstracta y general, con independencia del contexto social específico en el que se inscribe la problemática examinada.

- En primer lugar, con respecto a las *consideraciones psicológicas que podrían explicar la exoneración al deber de denuncia en función del parentesco, del matrimonio o de la unión marital*, se afirma que la respuesta varía en función de una amplia gama de variables, en particular, del daño producido con la conducta y de las condiciones en las cuales se realiza, circunstancia esta que impide formular una explicación general del fenómeno.

Pese a lo anterior, desde una perspectiva psicológica, la excepción podría tener relación, por un lado, con la necesidad de salvaguardar la familia como escenario de protección de sus miembros, y especialmente de quienes se encuentran en condiciones de mayor vulnerabilidad; en tal sentido, si por principio la violencia en el seno de la familia debilita los lazos, la denuncia de los mismos, en manos de los propios parientes, podría provocar una ruptura definitiva, o profundizar las problemáticas ya existentes y, en cualquier caso, podría poner en riesgo la estructura y el funcionamiento del hogar. De igual modo, el fenómeno se encuentra asociado al miedo al estigma social que genera la idea de la violencia intrafamiliar, especialmente en aquellos escenarios en los que se confiere una importancia especial al honor familiar.

Estos factores explican también la ausencia de denuncias, las denuncias tardías, e incluso la retractación. Suele ocurrir, por ejemplo, que las autoridades tienen conocimiento de los delitos en contra de menores cuando se generan situaciones particularmente conflictivas, que develan, para un receptor sensitivo y receptivo a tales problemas, los abusos que se han cometido a lo largo del tiempo contra los menores de edad, pero únicamente cuando ya ha desaparecido el abuso, o cuando ya se ha roto definitivamente el vínculo entre el denunciante y el victimario, como en los casos de divorcio. Por su parte, el fenómeno de la retractación se explica por distintas razones, como la confusión sobre la connotación de los hechos, los sentimientos de ambivalencia, culpa e inseguridad, el temor a ser acusado de mentir, la falta de certeza sobre la comisión del delito y la incredulidad de la sociedad y de las agencias estatales frente a las acusaciones de la víctima, y

muy especialmente, por la dependencia económica con respecto al agresor⁷.

De acuerdo con el planteamiento anterior, la entidad concluye que cuando existe una relación de parentesco entre el victimario, la víctima menor de edad y quien tiene conocimiento de la comisión del hecho punible, la denuncia puede hacer cesar la vulneración de los derechos del niño en cuanto la acción estatal sea eficiente, pero igualmente puede contribuir a la desconfiguración familiar y a la profundización de los problemas en el hogar, produciendo sentimientos de rencor, venganza, desprecio y estigmatización.

- En cuanto al *impacto en el pariente cercano, cónyuge o compañero del autor del delito y en su entorno familiar de establecer una obligación general de denuncia*, se aclara que aunque no existe literatura especializada sobre este tópico, del análisis funcional del comportamiento y del análisis meta-contingencial, se puede concluir razonablemente que tal medida no necesariamente implica ni garantiza un mayor compromiso familiar. En efecto, dada la falta de apropiación de los deberes constitucionales y legales y la ausencia de la denominada “*conducta gobernada por reglas*” en el contexto colombiano, la mera asignación de un deber legal no se traduce en su acatamiento efectivo por parte de la comunidad. A su vez, la desobediencia generalizada y sistemática, se produce por la inexistencia de una relación necesaria e inexorable entre la realización de conductas prohibidas y la aplicación de la correspondiente sanción, de modo que cuando las acciones reprobables socialmente no tienen claras consecuencias, y además resultan gratificantes o funcionales para su autor, su probabilidad de ocurrencia es alta, pese a su prohibición nominal en el sistema jurídico.

Y si además de lo anterior, las consecuencias de la denuncia son afectiva y socialmente costosas, por las eventuales rupturas, pérdidas de ingresos económicos, creación de estigmas sociales, entre otros, es muy probable que la instauración del deber de denuncia tenga muy poco impacto.

- En cuanto a la *repercusión de la exoneración al deber general de denuncia en función del parentesco, del matrimonio o de la unión marital en el bienestar de los menores o de las personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad o debilidad manifiesta*, se sostiene que esto depende de la gravedad y prolongación de la agresión, así como del tipo de daños que produce, pero que en general, los efectos nocivos de la exoneración están asociados a la ausencia de consecuencias para el agresor, tales como

⁷ Sobre este fenómeno se cita una providencia del Tribunal Superior de Bogotá, en la que el juez indaga por las razones de una retractación, afirmando que ello se debía al temor a las consecuencias sociales y familiares de la denuncia, al estado anímico de la denunciante y a sus sentimientos de culpa (Sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, acta Nro. 112 del 19 de septiembre de 2012).

sentimientos de inequidad, injusticia, impotencia, desprotección, desconfianza y ruptura de relaciones vinculares, especialmente por la percepción de que los propios miembros de la familia permiten las ofensas y los ataques.

Tal impacto se vendría a sumar a las consecuencias emocionales, sociales, cognitivas e incluso fisiológicas asociadas a los delitos contra los menores de edad, todas las cuales se agravan cuando el agresor es pariente cercano del niño. Dentro de tales efectos se encuentran los sentimientos de baja autoestima, visión negativa de la vida, ansiedad y depresión, ideas recurrentes de suicidio, inestabilidad emocional, alteraciones de la personalidad, conductas auto-lesivas, trastornos de la alimentación, conductas antisociales, competencias sociales limitadas, aislamiento social, dificultades de aprendizaje, somatización, entre otras. Muchas de estas secuelas, además, se pueden prolongar indefinidamente a lo largo de toda la existencia.

- En cuanto a los *mecanismos del Estado, la sociedad y la familia para identificar y enfrentar la violencia intrafamiliar y en general el fenómeno de la delincuencia en contra de los niños y de las personas en condición de discapacidad*, se señalan, por un lado, las instancias estatales y no estatales cuyas actividades comprenden la protección de los niños frente al maltrato, y por otro, los instrumentos normativos que tienen este mismo propósito.

Con respecto a las instancias estatales, se enfatiza la importancia del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, cuyas políticas son formuladas por el Consejo Nacional de Política Social, y cuya dirección está a cargo del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Como órganos administrativos, judiciales y de control que apoyan esta labor, se mencionan la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo, la Fiscalía General de la Nación, la Policía de Infancia y Adolescencia, las comisarías de familia, las casas de la justicia y los jueces penales de la niñez y la adolescencia.

También se indican organizaciones no gubernamentales que respaldan y complementan el Sistema Nacional de Bienestar Familiar, como la Alianza por la Niñez Colombiana, el Observatorio de Infancia de la Universidad Nacional y la Red de Primera Infancia. Así mismo, se señala la importancia de la formulación e implementación de políticas públicas tendientes a modificar patrones educativos, sociales, culturales y familiares que favorecen el maltrato infantil.

- Por último, el interviniente concluye que el incremento significativo en las cifras de violencia intrafamiliar y de abuso sexual en menores de edad refleja profundos problemas de tipo estructural que requieren mecanismos

de transformación social a nivel micro, tanto en la familia como en las instituciones educativas, y a nivel macro, en instancias públicas y privadas, como en los barrios, organizaciones comunitarias y medios de comunicación.

4. Concepto de la Procuraduría General de la Nación

Mediante concepto presentado el día 17 de mayo de 2013, la Procuraduría General de la Nación solicitó a esta Corporación un fallo inhibitorio o, en su defecto, la declaratoria de exequibilidad del aparte normativo acusado.

4.1. Con respecto a la solicitud de inhibición, la entidad sostiene que la demanda adolece de dos deficiencias insalvables.

4.1.1. Por un lado, las acusaciones formuladas por el actor no parten de una confrontación entre la disposición legal impugnada y el ordenamiento superior, sino entre dos principios contenidos en la Carta Política, a saber, el de no incriminación y el de dignidad humana, en los casos en los que la víctima de un delito es un menor de edad. Es decir, el escrito contiene un error de base, porque el planteamiento no apuntó a demostrar la inconstitucionalidad de la fórmula legislativa, sino a poner de manifiesto, de manera artificiosa, la colisión entre dos normas del ordenamiento superior en determinados supuestos fácticos, situación que de existir, no podría ser resuelta en el marco de los procesos de inconstitucionalidad abstracta.

4.1.2. Pero además, al pretendido conflicto subyace un entendimiento manifiestamente inadecuado, tanto de la naturaleza, contenido y alcance de la preceptiva constitucional, como de las disposiciones legales acusadas.

En efecto, la suposición sobre la tensión entre el principio de no autoincriminación y el interés superior del niño *“parte de una muy divulgada visión positivista y conflictivista del derecho que, de una parte, confunde las normas con los derechos y, de otra, comprende los derechos fundamentales desde una perspectiva que, en realidad, resulta contraria a la dignidad humana”*. Así por ejemplo, el actor asume equivocadamente que reglas como la contenida en el artículo 33 de la Carta Política, y no solo los principios, son susceptibles de ponderación, y que es posible resolver de manera general las tensiones entre tales reglas y principios en el contexto del control abstracto.

De modo semejante, el actor atribuye a las disposiciones constitucionales un alcance del que realmente carecen, y a partir de esta distorsión postula un conflicto que en realidad es inexistente. Este es el caso, por ejemplo, del principio de dignidad humana, que artificiosamente se opuso al principio de no auto-incriminación. En realidad, como justamente en virtud de la dignidad

humana se ha reconocido el derecho a guardar silencio, lo que existe es una consistencia y coherencia entre tales reglas y principios.

Asimismo, el accionante también falló al atribuir al mandato acusado un contenido del que realmente carece, pues el artículo 68 del Código de Procedimiento Penal no se refiere en modo alguno a los derechos de los niños, incapacitados o adultos mayores, como erradamente supuso el peticionario, y por el contrario, únicamente concreta el contenido del derecho fundamental a la no autoincriminación previsto en el artículo 33 de la Carta Política, en el escenario específico del derecho penal. En tales circunstancias, las acusaciones se estructuraron sobre un contenido normativo a todas luces inexistente y que por tanto, no satisfacen la exigencia de certeza exigida por esta Corporación para un pronunciamiento de fondo.

4.2. Con respecto a la solicitud subsidiaria de declaratoria de exequibilidad, la Vista Fiscal esgrime los siguientes argumentos:

4.2.1. Por un lado, el precepto acusado se limita a reproducir el principio de no incriminación previsto en el artículo 33 de la Carta Política, incluso en sus mismos términos, por lo que carecería de todo sentido tildar de inconstitucional una norma cuyo legal contenido coincide integralmente con la preceptiva superior.

4.2.2. Además, el actor no acreditó la vulneración del texto constitucional, y limitándose a poner de manifiesto una supuesta tensión entre principios de orden constitucional. No obstante, no existe ni siquiera tal oposición entre el principio de no autoincriminación y el de dignidad humana, dado que justamente, el primero de ellos constituye una derivación de este último. Es decir, el derecho a no declarar en contra del cónyuge, compañero permanente o parientes cercanos, tiene como fundamento la dignidad humana, y su objetivo es precisamente asegurar los derechos inalienables de las personas, así como la protección de la familia como institución básica de la sociedad. Esta tesis ya fue expuesta por esta Corporación en la sentencia C-1287 de 2001⁸, cuando expresamente allí se sostuvo, en primer lugar, que el artículo 33 de la Carta Política tiene por objeto la protección de las relaciones familiares, impidiendo que sus miembros sean forzados a traicionar los lazos de afecto y confianza que se conforman en su interior, y en segundo lugar, que este blindaje constituye una expresión de la dignidad humana. Por tal motivo, en estricto sentido, lo que plantea el actor es una colisión entre la dignidad humana y la misma dignidad, *“lo cual es absurdo y vacía de todo sentido razonable este concepto”*.

Tampoco existe una colisión entre el principio de no incriminación y el interés superior del niño, en la medida en que ambos preceptos son pasados por alto

⁸ M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

cuando se desconoce el derecho a la no autoincriminación. En otras palabras, plantear una contradicción entre el artículo 33 de la Carta Política y el interés superior del niño, implica una contradicción en los términos, pues justamente aquel constituye una concreción y una materialización de la dignidad y del derecho del niño a tener una familia.

4.2.3. De igual modo, aunque el texto constitucional consagra una amplia gama de derechos en favor de los niños, como el derecho a la vida, a la integridad física, a la seguridad social, a tener una familia, a la asistencia estatal, a la protección en contra del abandono, de la violencia y de la explotación, y a la sanción de los abusos o maltratos en contra de ellos, de tales prerrogativas no se infiere la obligación de las personas a denunciar a sus propios parientes o familiares por los delitos cometidos en contra de estos sujetos de especial protección. Es decir, como no existe ninguna conexión material entre el contenido de tales derechos y una presunta obligación general y absoluta de declarar contra los parientes próximos, el cónyuge o el compañero permanente, la acusación del actor carece de sustento normativo.

4.2.4. Por lo demás, la medida legislativa acusada no establece la prohibición de denunciar a los familiares, como erradamente lo supuso el accionante, sino simplemente una excepción al deber general de denuncia, en virtud de una amplia gama de principios de raigambre constitucional. Así las cosas, la tesis del peticionario, en el sentido de que la norma impugnada convierte a los parientes, cónyuges y compañeros de los autores de delitos, en sus cómplices y en victimarios de los niños y de las demás personas en situación de vulnerabilidad, es del todo infundada.

Antes por el contrario, el ordenamiento prevé una serie de mecanismos para sancionar cualquier forma de contribución a la ejecución de delitos en contra de los menores de edad, así: (i) Por un lado, cuando los parientes no solo se abstienen de denunciar, sino que además se convierten en autores o coautores (art. 29 del Código Penal), partícipes o intervinientes (art. 30 del Código Penal), se configura la responsabilidad penal correspondiente, según las reglas generales de la legislación penal; (ii) La relación de parentesco no constituye una causal de exoneración de la responsabilidad (art. 32 del Código Penal) ni de inimputabilidad (art. 31 del Código Penal); (iii) dentro de las circunstancias de mayor punibilidad se encuentra comprendida la ejecución de la conducta con infracción de los deberes inherentes al parentesco con respecto a la víctima, el abuso de la condición de superioridad del victimario frente al sujeto pasivo del hecho punible, e incluso existen tipos penales especiales agravados en razón de la existencia de la relación de parentesco, matrimonio o unión permanente entre el sujeto activo y pasivo, como ocurre con los delitos de homicidio (art. 104 del Código Penal), acceso carnal violento (art. 205), acto sexual violento (art. 206), acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir (art.

207), acceso carnal abusivo con menor de catorce años (art. 208), entre otros.

4.2.5. Finalmente, la Vista Fiscal argumenta que la supresión del derecho fundamental de todas las personas a no denunciar a sus familiares más próximos, con el único pretexto de que probablemente son los únicos testigos de la comisión del delito, no tiene ninguna relación directa con el loable objetivo de disminuir este tipo de criminalidad. Es decir, el establecimiento de una excepción al principio de no incriminación cuando la víctima es un niño o una persona que se encuentra en situación de debilidad manifiesta, tampoco redundaría necesariamente en una reducción de este tipo de delitos. Por el contrario, la consecución de tal propósito requiere del diseño e implementación de políticas públicas específicas, así como un mayor compromiso social, político y jurídico para defender los derechos de los más débiles, y para permitir la actuación de la Fiscalía General de la Nación, como titular de la acción penal.

4.3. De acuerdo con este planteamiento, la Procuraduría propone a la Corte un fallo inhibitorio en razón de la ineptitud sustancial de la demanda y, de manera subsidiaria, la declaratoria de exequibilidad del precepto acusado, *“en tanto que éste prácticamente reproduce el artículo 33 constitucional y simplemente se limitan a establecer su reconocimiento en materia penal”*.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

De acuerdo con el artículo 241.4 de la Carta Política, esta Corporación es competente para conocer y pronunciarse sobre la constitucionalidad del precepto demandado, en cuanto hace parte de una ley expedida por el Congreso de la República.

2. Cuestiones a resolver

Teniendo en cuenta los antecedentes expuestos, la Corte abordará tres cuestiones: (i) En primer lugar, en la medida en que la Procuraduría General de la Nación solicitó un fallo inhibitorio por la supuesta ineptitud sustantiva de la demanda, se establecerá si los cargos planteados por el peticionario admiten la estructuración de un juicio de constitucionalidad, a los luz de los cuestionamientos esbozados por la Vista Fiscal; (ii) en segundo lugar, dada la posible coincidencia material entre la disposición acusada y el artículo 28 de la Ley 600 de 2000, se determinará si en esta oportunidad hay lugar a la integración normativa; (ii) finalmente, en caso de dar una respuesta afirmativa al primero de los interrogantes, se examinará y definirá la compatibilidad de la norma acusada con el ordenamiento superior, a partir de los cargos planteados

por el actor.

3. Aptitud de la demanda

3.1. La Procuraduría General de la Nación sostiene que el escrito de acusación no satisface las exigencias básicas para el examen de constitucionalidad y que, por tal motivo, esta Corporación debe inhibirse de pronunciarse sobre la exequibilidad del precepto impugnado. Se pasa entonces a evaluar los argumentos que respaldan la solicitud de la Vista Fiscal.

3.2. A juicio del Ministerio Público, los cargos adolecen de dos falencias insalvables:

Por un lado, la confrontación normativa no se habría efectuado entre la disposición legal demandada y el ordenamiento superior, sino entre dos preceptos de rango y jerarquía constitucional: el derecho a no declarar contra sí mismo o contra los familiares cercanos, y el derecho a la dignidad humana. Así, en lugar de demostrar que el artículo 68 de la Ley 906 de 2004 se opone a la Carta Política o a otro instrumento del bloque de constitucionalidad, el demandante realizó el cotejo entre el artículo 33 de la Constitución, y el artículo 1 de la misma Carta. Aunque en determinados y específicos supuestos fácticos tales principios podrían entrar en colisión, la solución a este tipo de problemáticas no puede darse en el marco de las acciones de inconstitucionalidad abstracta, como erróneamente supuso el actor.

Por otro lado, las acusaciones de la demanda habrían partido de una comprensión errada sobre la naturaleza, contenido y alcance, tanto de la preceptiva constitucional, como de la disposición impugnada. En cuanto a lo primero, el planteamiento del accionante sugeriría una concepción conflictivista del derecho que confunde reglas y principios, y que atribuye a los principios en aparente tensión un alcance del que realmente carecen; así por ejemplo, se supuso injustificadamente que la dignidad humana, el interés superior del niño y la prevalencia de sus derechos implican un deber incondicionado de denuncia de los delitos que se comentan en contra de los menores, y que la regla de no autoincriminación prevista en el artículo 33 de la Carta Política debe ser excepcionada en las hipótesis en que la víctima es un niño u otra persona en situación de vulnerabilidad.

En cuanto al precepto impugnado, el accionante estructuró los cargos a partir de falsas premisas, asumiendo que éste regula expresamente los casos en que la víctima del delito es un menor de edad o una persona en situación de vulnerabilidad manifiesta, cuando en realidad la norma únicamente contiene una excepción general al deber de denuncia en el contexto específico del derecho penal, en los mismos términos de la preceptiva constitucional, pero sin

referirse expresamente a los niños.

3.3. La Corte disiente de las apreciaciones de la Procuraduría General de la Nación.

3.3.1. En primer lugar, no es cierto que los señalamientos de la demanda se hayan orientado a demostrar la incompatibilidad entre el principio de dignidad y el principio de no autoincriminación previstos en los artículos 1 y 33 de la Carta Política respectivamente, ni a demostrar la inconstitucionalidad de este último. Por el contrario, las acusaciones recaen sobre el precepto legal que proyecta la garantía de no incriminación en el escenario penal, disponiendo que ninguna persona tiene la obligación de formular denuncia contra sí mismo, o contra su cónyuge, compañero permanente, o pariente dentro del cuarto grado consanguinidad o civil, o segundo de afinidad.

Lo que sucede es que como el contenido de la disposición legal impugnada coincide parcialmente con el del artículo 33 del texto superior y como, por este motivo, en principio, la norma legal tendría un respaldo constitucional directo, el peticionario efectúa un ejercicio hermenéutico de la Carta Política orientado a demostrar que la articulación del derecho a la no incriminación con los demás preceptos constitucionales, obliga a restringir el alcance del primero de estos principios, en las hipótesis en las que la víctima del delito es un niño. Una vez efectuado este ejercicio interpretativo del ordenamiento superior, se realiza el cotejo normativo, concluyendo que la norma legal demandada debe ser declarada condicionalmente exequible, en el sentido de excluir de su ámbito de regulación el contenido que se estima contrario a la Constitución.

Este tipo de razonamiento, por su parte, no adolece del déficit argumentativo que le endilga la Vista Fiscal. Por el contrario, desde el punto de vista lógico, a todo juicio de constitucionalidad precede una labor hermenéutica, pues no es posible determinar si una norma legal es compatible con la Carta Política, si previamente no se fija el contenido y alcance de una y otra preceptiva. En este sentido, el tipo de razonamiento contenido en la demanda coincide con el que efectúa normalmente todo juez constitucional, incluido este tribunal. Lo que puede ocurrir en ocasiones, es que el ejercicio interpretativo no se hace explícito en el fallo judicial porque inadvertidamente se asume cierto sentido considerado como evidente y no problemático, o porque coincide con una lectura textual o con el entendimiento que impera en la comunidad jurídica. En otras ocasiones, por el contrario, el esfuerzo hermenéutico queda plasmado en las providencias judiciales o en el escrito de acusación, como ocurrió en esta oportunidad. Pero en uno y otro caso, el juicio de constitucionalidad supone una atribución de significado.

En este escenario, lo que podría provocar la crítica de la Procuraduría General

de la Nación, es que el alcance que el actor le dio al artículo 33 de la Carta Política no corresponde plenamente con el que se desprendería de su interpretación literal. Sin embargo, no es la primera vez que esta Corporación ha estado inmersa en una situación semejante. En el contexto mismo del principio de no autoincriminación, la Corte se ha visto avocada a indagar por el contenido del referido precepto constitucional para efectuar el control de la legislación, adoptando líneas interpretativas ajenas al textualismo hermenéutico, y en ningún caso la sola circunstancia de que el peticionario hubiese sustentado sus acusaciones en entendimientos no literalistas de la preceptiva legal impugnada o de las normas que sirven de referente del juicio de constitucional, se convierte en un obstáculo insalvable para un pronunciamiento de fondo.

Antes por el contrario, este tipo de análisis hermenéutico explícito ha versado tanto sobre las *materias*, como sobre los *sujetos* y sobre el *ámbito temporal* a la cual se extiende la garantía en cuestión.

Con respecto a las *materias* sobre las cuales recae el principio de no incriminación, este tribunal se ha movido entre una comprensión restrictiva, según la cual el referido derecho versa exclusivamente sobre asuntos penales, correccionales y de policía, y otra más amplia, según la cual el mismo recae sobre todo tipo de asuntos legales, incluidos los civiles, comerciales, laborales y semejantes.

Así, inicialmente la Corte sostuvo que el artículo 33 del texto superior sólo se refería a conflictos, penales, correccionales y de policía, y, sobre la base de tal entendimiento restrictivo, concluyó que la excepción al deber de testimoniar no era aplicable en procesos correspondientes a otros ámbitos del derecho, según la regulación prevista en los artículos 202 y 203 del Código de Procedimiento Civil. En tal sentido, en la Sentencia C-426 de 1997⁹ se afirmó que pese a la amplitud que sugiere el texto de la norma constitucional, la tradición constitucional y el entendimiento dominante en la comunidad jurídica permitían arribar a una conclusión contraria a la que previamente se había acogido¹⁰.

No obstante, posteriormente, en las sentencias C-422 de 2002¹¹ y C-776 de 2001¹², se afirmó que como la norma superior no restringe expresamente la garantía de no autoincriminación a las materias penales, correccionales y de policía, el operador jurídico tampoco podía hacerlo y que, por tal motivo, la

⁹ M.P. Jorge Arango Mejía.

¹⁰ En esta providencia la Corte se pronunció sobre la constitucionalidad de los artículos 202 y 203 del Código de Procedimiento Civil, que establecen las reglas sobre los interrogatorios y careos en los procesos civiles, y que a juicio del demandante, se oponían al principio constitucional de no autoincriminación. Después de concluir que tal limitación no se extendía a los asuntos civiles, se declaró la exequibilidad de los preceptos demandados.

¹¹ M.P. Álvaro Tafur Galvis.

¹² M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

aludida garantía era extensible a todo tipo de asuntos legales¹³.

Esta línea ha sido matizada con el tiempo, entendiéndose que el alcance del principio constitucional varía en función de la materia sobre la cual recae, siendo plenamente aplicable en asuntos sancionatorios, tanto penales como disciplinarios, tal como se señaló en la Sentencia C-258 de 2011¹⁴.

Con respecto a los *sujetos* comprendidos dentro de la garantía, también se ha efectuado un ejercicio hermenéutico que ha conducido a un entendimiento extensivo de la norma. En la Sentencia C-1287 de 2001¹⁵, por ejemplo, se examinó la constitucionalidad de la legislación penal anterior, que exceptuaba del deber general de denuncia a los parientes por consanguinidad hasta el cuarto grado, y a los parientes civiles tan solo hasta el primer grado¹⁶, y que a juicio del demandante, desconocía la igualdad entre los hijos naturales y los adoptivos. Como en este caso la disposición legal demandada tenía un respaldo directo en el artículo 33 de la propia Carta Política, que establecía las excepciones al deber de declarar en los mismos términos del precepto acusado, la Corte encontró que existía una colisión entre dos reglas constitucionales: la que establece el derecho a no declarar en contra de los familiares, y la que establece la igualdad de derechos y obligaciones entre hijos naturales e hijos adoptivos. A partir de este ejercicio de confrontación normativa, esta corporación concluyó que *“los hijos adoptivos deben ser llamados a declarar contra sus parientes más próximos en las mismas condiciones en que son llamadas las demás categorías de hijos”* y que *“es menester extender el alcance de la excepción al deber de declarar, de manera que cubije a los parientes adoptivos hasta el cuarto grado”*. Con base en esta tesis, declaró la exequibilidad de las expresiones *“primero civil”* contenidas en los artículos

¹³ En la Sentencia C-422 de 2002 se definió la constitucionalidad del artículo 31 del Decreto Ley 522 de 1971, que establecía como contravención especial la declaración falsa o la renuencia a dar información por parte de funcionario o empleado público en ejercicio de sus funciones, sobre la identidad, estado u otras generalidad de ley sobre su persona u otra conocida, y que a juicio de las accionantes, tal previsión se oponía al artículo 33 de la Carta Política. La Corte sostuvo que esta prerrogativa tiene una amplitud mayor a la que anteriormente se había supuesto, *“pues ésta no restringe la vigencia del principio a determinados asuntos y por ello bien cabe su exigencia en todos los ámbitos de la actuación de las personas”*. A partir de esta premisa, se declaró la exequibilidad del precepto, pero en el entendido de que *“ dicha norma se refiere a los requerimientos de información hechos por las autoridades administrativas en ejercicio de funciones administrativas y que el requerido podrá abstenerse de suministrar información que lo autoincrimine”*.// Por su parte, en la Sentencia C-776 de 2001 se evaluó la constitucionalidad del artículo 368 del anterior Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000), según el cual, cuando el sindicado suscribe diligencia se comprometido, se obliga a prestar la colaboración necesaria para el esclarecimiento de los hechos. En esta oportunidad se encontró que la previsión normativa era incompatible con el principio de no autoincriminación, y sobre esta base declaró la inexecutable del precepto acusado.

¹⁴ M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. En esta oportunidad se evaluó la constitucionalidad del artículo 40 de la Ley 1015 de 2006, que establece como criterio para fijar las sanciones disciplinarias de los miembros de la Policía Nacional, el haber eludido la responsabilidad durante el respectivo proceso sancionatorio. Después de establecer que la garantía de no autoincriminación se extiende a este tipo de asuntos, y no solo a las cuestiones penales, este tribunal declaró la exequibilidad de la expresión impugnada, pero en el entendido de que se refiere *“a las conductas dolosas orientadas de manera positiva a obstruir la investigación”*.

¹⁵ M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹⁶ Artículo 283 del Decreto 2700 de 1991 y Artículo 431 de la Ley 522 de 1999.

283 del Decreto 2700 de 1991, 431 y 495 de la Ley 522 de 1999 y 267 y 337 de la Ley 600 de 2000, pero *“declarando que en la aplicación de las normas legales mencionadas se debe hacer una integración de las mismas con lo previsto en el inciso 4º del artículo 42 de la Carta Política”*.

Finalmente, también la Corte se ha preguntado por *el ámbito temporal* de la garantía de no autoincriminación. En la Sentencia C-258 de 2011¹⁷, por ejemplo, se examinó si ésta también se extiende a la etapa posterior al juicio y a la imposición de sanciones disciplinarias de los policías; en particular, se determinó la validez de la reglas que permiten la agravación de sanciones cuando el procesado se niega a declarar durante el respectivo proceso sancionatorio, y a través de otros medios probatorios se demuestra posteriormente su responsabilidad. En este fallo se concluyó que este tipo de medidas son una forma encubierta de coacción sobre el procesado, que anula su derecho a no declarar contra sí mismo, por la eventual imposición de una consecuencia negativa en su contra. Con fundamento en esta premisa, este tribunal concluyó que la elusión de responsabilidad como criterio para fijar la sanción, contenida en el artículo 40 de la Ley 1015 de 2005, se refiere únicamente a las conductas dolosas orientadas de manera positiva a obstruir la investigación.

El análisis precedente descarta los cuestionamientos de la Procuraduría a la aptitud de la demanda. Primero, ni las consideraciones del actor sobre el alcance del artículo 33 de la Carta Política, ni el ejercicio de confrontación entre este último y las disposiciones constitucionales que establecen los derechos de los niños y los deberes en relación con éstos, significa que el juicio de constitucionalidad se haya efectuado cotejando dos preceptos de la Carta Política, sino únicamente, que para demostrar y poner de manifiesto la incompatibilidad entre la prescripción legal y el ordenamiento superior, el actor efectuó una labor interpretativa del texto constitucional, que implicaba articular algunos de sus elementos en aparente tensión. Y segundo, la circunstancia de que el peticionario haya adjudicado al artículo 33 superior un significado que no coincide con el que se derivaría de su interpretación literal, no descarta automáticamente la viabilidad del juicio de constitucionalidad, máxime cuando la propia Corte Constitucional ha prohijado líneas interpretativas semejantes en relación con el principio de no incriminación.

Lo anterior significa que independientemente de la validez de la propuesta hermenéutica del actor, cuestión que deberá ser evaluada en caso de existir un pronunciamiento de fondo, los extremos de comparación en el juicio de constitucionalidad formulados en la demanda son el artículo 66 de la Ley 906 de 2004 y el artículo 33 de la Carta Política, y no dos preceptos constitucionales en tensión. En estos términos, este tribunal se aparta de la apreciación de la

¹⁷ M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Vista Fiscal, y concluye que la presunta falencia señalada por la entidad no da lugar a un fallo inhibitorio.

3.3.2. Por otro lado, tampoco coincide este tribunal con la tesis de la Procuraduría General de la Nación, en el sentido de que las acusaciones del peticionario parten de una comprensión manifiestamente errada del ordenamiento jurídico.

En efecto, no son las acciones de inconstitucionalidad abstracta el escenario para evaluar y valorar la visión de los demandantes sobre la naturaleza, la estructura y el funcionamiento del derecho, no solo porque no existe un parámetro objetivo con arreglo al cual se pueda determinar la validez de tales apreciaciones, sino porque además, la constitucionalidad del ordenamiento jurídico no puede hacerse depender de este tipo de consideraciones. Por tal motivo, para tener acceso a este mecanismo judicial basta con confrontar un precepto legal con el ordenamiento superior, atribuir a los textos comparados un contenido y alcance justificable, y señalar las consideraciones que razonablemente pongan de manifiesto la oposición normativa. Otro tipo de exigencias desnaturalizaría y distorsionaría el sentido y la finalidad de las acciones de inconstitucionalidad abstracta.

Tampoco se encuentra que a los planteamientos del actor subyazca un error manifiesto, ostensible y grave en su entendimiento del sistema jurídico. Al margen de que se acoja la tesis esbozada en el escrito de acusación sobre el sentido y alcance del principio de no incriminación, en cualquier caso el texto sí contiene razones de orden constitucional para justificar dicha postura, el contenido asignado a esta garantía resulta de su articulación con los preceptos que consagran el interés superior del niño y el deber reforzado de protección hacia ellos que este mismo tribunal ha prohijado, y a primera vista, a la luz de dicha interpretación se podría defender la tesis del actor sobre el carácter restrictivo de las excepciones al deber general de denuncia¹⁸, así como con la articulación del precepto con otros principios, en particular, con aquellos que establecen el deber reforzado de protección hacia los niños, que este mismo tribunal ha prohijado.

Tampoco se vislumbra un entendimiento inadecuado del precepto legal acusado. Aunque, tal como lo destaca la Vista Fiscal, el artículo 68 de la Ley 906 de 2004 no se refiere explícitamente a la hipótesis propuesta por el actor, en la que un menor de edad es víctima de un delito y tal circunstancia es conocida por el cónyuge, compañero o pariente próximo del autor del hecho punible, sí establece una regla general dentro de la cual queda comprendido el caso concreto puesto a consideración de este tribunal, y la solución que ofrece

¹⁸ Sobre la excepcionalidad de la exoneración al deber de denuncia *cf.* la sentencia C-540 de 2012, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio,

el precepto, al menos desde una interpretación textual, es la de que los familiares del victimario no tienen la obligación de denunciar la comisión de tales delitos.

En consideración a estas razones, la tesis de la Procuraduría sobre la ineptitud sustantiva de la demanda, tampoco es de recibo.

3.4. Ahora bien, independientemente de los señalamientos de la Procuraduría sobre la ineptitud sustantiva de la demanda, la Corte debe examinar dos cuestiones adicionales: Por una parte, si el escrito de acusación satisface la carga argumentativa exigible en los casos en los que el demandante solicita la declaratoria de constitucionalidad condicionada y no pretende directamente la inexecutable simple del precepto acusado. Y por otro lado, si hay lugar al examen del precepto con respecto a todos los cargos propuestos en la demanda, o si éste cabe únicamente en relación con algunos de ellos.

3.4.1. Con respecto al primero de estos asuntos, la Corte advierte, por un lado, que a la luz del ordenamiento superior, es viable la presentación de demandas de inconstitucionalidad cuya pretensión principal o subsidiaria sea la declaratoria de exequibilidad condicionada¹⁹, y por otro lado, que en esta oportunidad los cargos planteados por el actor satisfacen los requisitos para llevar a efecto el examen de constitucionalidad frente a este tipo de solicitudes.

En efecto, aunque inicialmente esta Corporación entendió que a la luz de lo dispuesto en el artículo 242.1. de la Carta Política los ciudadanos únicamente pueden solicitar la declaratoria de inconstitucionalidad de los actos legislativos, leyes y decretos con fuerza de ley, y no un fallo condicionante de tales actos normativos, más adelante concluyó que, como en estricto sentido en éste último tipo de demandas se solicita implícitamente una declaración sobre la inconstitucionalidad de algunos de los posibles entendimientos de la preceptiva impugnada, era viable el examen y el pronunciamiento frente a este tipo de requerimientos²⁰.

Ahora bien, en la medida en que los cargos en este tipo de demandas deben ajustarse a las especificidades de la solicitud contenida en ellas, no basta con

¹⁹ Sobre la viabilidad de este tipo de pretensiones *cfr.* la Sentencia C-462 de 2013, M.P. Mauricio González Cuervo, en la que se solicitó de manera principal la declaratoria de inexecutable de la expresión “*ocurridas con ocasión del conflicto armado interno*”, contenida en el artículo 3 de la Ley 1448 de 2011, y subsidiariamente, que se aclare que con dicho enunciado “*no se está limitando [a las víctimas] a las vulneraciones ocurridas a partir de una relación de causalidad directa con el conflicto armado, sino en su contexto, y por tanto, abarque vulneraciones tales como las basadas en violencia sociopolítica, violencia de género, desaparición forzada, desplazamiento interno, entre otras*”. En un sentido semejante se encuentran las sentencias C-802 de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, y el Auto 254 de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

²⁰ En este sentido se encuentran, entre otras, las sentencias C-758 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis; C-1299 de 2005, M.P. Álvaro Tafur Galvis; y C-1300 de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

indicar la oposición normativa entre el texto legal impugnado y el ordenamiento superior, como ocurre cuando se solicita la declaratoria inexecutable simple, sino que se deben señalar las distintas alternativas hermenéuticas, la forma en que algunas de ellas se oponen a la Carta Política, y la manera en que tal oposición puede ser superada mediante el condicionamiento requerido.

En este caso particular, en la demanda se precisan, por un lado, las razones por las cuales, de entenderse que el artículo 68 de la Ley 906 de 2004 exceptúa del deber general de denuncia a los parientes, cónyuges y compañeros de los autores o cómplice de delitos cometidos contra menores de edad, el mismo infringiría tanto el deber constitucional en cabeza de la familia, la sociedad y el Estado de proteger a los niños, como los derechos de estos últimos de acceder a la justicia y, por otro, las razones por las que tal inconstitucionalidad puede ser superada, no por vía de la declaratoria de inexecutable simple de la norma impugnada, sino estableciendo una excepción a la regla general allí contemplada.

De este modo, este tribunal concluye que la carga argumentativa especial de las demandas con esta pretensión especial, fue satisfecha en esta oportunidad.

3.4.2. Pese a lo anterior, se advierte que los señalamientos por la presunta vulneración de los artículos 3, 4 y 13 de la Carta Política, no cumplen los requisitos para la estructuración de un juicio de constitucionalidad.

3.4.2.1. En cuanto al cargo por la infracción del artículo 4 superior, el accionante afirma que como la norma impugnada pasa por alto el deber de protección hacia los menores de edad, también desconoce la fuerza vinculante y la superioridad jerárquica de la Constitución Política dentro del sistema jurídico y por consiguiente, el referido artículo 4, según el cual *“la Constitución es norma de normas”*.

Así configurada la acusación, no es viable el examen de constitucionalidad, porque como la tesis del peticionario es que el artículo 68 de la Ley 906 de 2004 desconoce la superioridad jerárquica de la Constitución, el esfuerzo argumentativo debería estar dirigido, no a poner de manifiesto que la disposición legal desconoce cualquier precepto de la Carta Política, sino a evidenciar que éste desdibuja el sistema de fuentes previsto en el artículo 4 superior, o que torna inoperante o anula la prevalencia y superioridad jerárquica de la Constitución sobre las demás categorías normativas. En este caso, por el contrario, únicamente se alega el desconocimiento del interés superior del niño, y tan solo de manera consecencial y tangencial, el principio de superioridad de la Constitución, sin que se presentara una acusación autónoma y específica con respecto a estas disposiciones.

Adviértase, además, que la lógica argumentativa subyacente al planteamiento del actor conduce al resultado inaceptable de entender que cada vez que se alega la infracción a cualquier norma del texto superior, automáticamente se vulnera el artículo cuarto superior. Ello hace evidente la necesidad de que la demanda, o contenga una argumentación autónoma con respecto a cada precepto constitucional cuya vulneración se alega o, al menos, la justificación del vínculo o nexo causal entre la norma constitucional cuyo desconocimiento tiene un cargo independiente, y el precepto respecto del cual se postula la transgresión consecucional. Claramente, esta carga no fue satisfecha.

3.4.2.2. Tampoco se avocará el análisis del cargo por la transgresión del principio de soberanía nacional establecido en el artículo tercero de la Carta Política. El peticionario se limitó a afirmar que como la norma crea obstáculos para la actuación de los poderes públicos en la prevención y sanción de los delitos contra los niños, de manera consecucional lesiona la soberanía popular, sin señalar la forma como la misma anularía o haría inoperante dicho principio. Nuevamente, una argumentación en este sentido llevaría al resultado inaceptable de asumir que siempre que una disposición desconoce un derecho constitucional, automáticamente viola también el artículo tercero superior. En definitiva, como no se encuentran consideraciones autónomas y específicas para esta norma constitucional, no hay lugar al examen de este cargo.

3.4.2.3. Finalmente, tampoco se evaluará la acusación por la supuesta transgresión del principio de igualdad previsto en el artículo 13 de la Carta Política. En efecto, las acusaciones de esta naturaleza deben acreditar, o bien que la normatividad demandada estableció un régimen jurídico unitario para sujetos que en virtud de sus especificidades empíricas constitucionalmente relevantes requerían de un tratamiento diferenciado, o bien que dicha normatividad estableció una diferenciación injustificada entre sujetos que debían tener el mismo tratamiento jurídico. En este caso, sin embargo, el actor se limitó a señalar que la medida cuestionada pone a los niños en una condición de inferioridad y de mayor vulnerabilidad, señalamiento que eventualmente podría implicar la infracción de otro precepto constitucional, pero que no guarda relación directa y estrecha con el desconocimiento del principio de igualdad.

3.5. De acuerdo con el planteamiento anterior, la Corte efectuará el control constitucional del precepto acusado, pero únicamente en relación con los cargos por la infracción a las disposiciones del ordenamiento superior que establecen los derechos fundamentales de los niños, la prevalencia de sus derechos, y el deber correlativo de garantizarlos y de brindarles asistencia y protección integral.

4. Integración normativa

Esta Corporación ha entendido que aunque no existe un control constitucional oficioso de la legislación, en hipótesis excepcionales es posible extender el análisis y el pronunciamiento de constitucionalidad a disposiciones jurídicas que a pesar de no haber sido demandadas, tienen un vínculo particular con aquellas otras que sí lo fueron, y se requiere un análisis y un pronunciamiento conjunto sobre todas ellas para dotar de eficacia el fallo judicial o para asegurar la supremacía de la Carta Política²¹.

En este caso existen tres hechos relevantes:

En primer lugar, el contenido del artículo 68 de la Ley 906 de 2004 coincide íntegramente con el del artículo 28 de la Ley 600 de 2000, circunstancia que en principio habilita al juez constitucional para efectuar la integración normativa. En efecto, esta última disposición establece que *“nadie está obligado a formular denuncia contra sí mismo, contra su cónyuge, compañero o compañera permanente o contra sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, ni a denunciar las conductas punibles que haya conocido por causa o con ocasión del ejercicio de actividades que le impongan legalmente secreto profesional”*²², y este contenido es equivalente al de la disposición ahora demandada.

Por otro lado, sin embargo, la Ley 600 de 2000 se encuentra derogada por el actual Código de Procedimiento Penal, hecho que en principio descartaría la viabilidad del control sobre el artículo no impugnado.

Finalmente, pese a la derogación antes descrita, en virtud de los artículos 528, 529 y 530 de la Ley 906 de 2004, es posible la aplicación ultra-activa de la disposición en cuestión, respecto de los delitos cometidos antes del 1 de enero de 2005²³. Es decir, aunque el artículo 28 de la Ley 600 de 2000 se encuentra

²¹ La sistematización de las reglas jurisprudenciales sobre la conformación de la unidad normativa, se encuentra en la sentencia C- 105 de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.// Según reiterada jurisprudencia de esta Corporación, la figura opera en tres hipótesis: (i) Cuando se demanda una disposición que individualmente considerada carece de un significado propio y de un sentido claro y unívoco, y cuya comprensión y aplicación requiere su integración con otro precepto no demandado; (ii) cuando el contenido de la disposición impugnada se encuentra reproducido en otras no demandadas, y se requiere un pronunciamiento de fondo sobre todos ellos para evitar que un fallo inocuo y carente de efectos jurídicos; y (iii) cuando la norma acusada se encuentra intrínsecamente relacionada con otra que a pesar de no haber estado comprendida dentro del escrito de acusación, presenta serias dudas de constitucionalidad.

²² La única diferencia es que mientras el artículo 28 de la Ley 600 de 2000 circunscribe la garantía en el parentesco civil al primer grado, el artículo 68 de la Ley 906 de 2004 la extiende hasta el cuarto grado, al igual que en el parentesco por consanguinidad. No obstante, en el contexto de la presente demanda, tal diferencia carece de trascendencia jurídica, por cuanto ninguno de los cargos tiene relación con la extensión de la excepción al deber de denuncia en el parentesco civil.

²³ Las disposiciones reseñadas establecen lo siguiente: (i) “Artículo 528. *Proceso de implementación.* “El Consejo Superior de la Judicatura y el Fiscal General de la Nación ordenarán los estudios necesarios y tomarán las decisiones correspondientes para la implantación gradual y sucesiva del sistema contemplado en este código.// En desarrollo de los artículos 4o y 5o del Acto legislativo 03 de 2002, la Comisión allí creada adelantará el seguimiento de la implementación gradual.”; (ii) “Artículo 529. *Criterios para la*

derogado, excepcionalmente podría ser aplicado para los hechos punibles anteriores a la fecha indicada, por lo que la norma aún podría seguir desplegando efectos jurídicos, y en este sentido, es susceptible de control constitucional.

Así las cosas, en la medida en que disposiciones no demandadas, derogadas pero susceptibles de producir efectos jurídicos, pueden ser integradas a las que sí lo fueron cuando exista una coincidencia material entre unas y otras, y en la medida en que en este caso el artículo 28 de la Ley 600 de 2000 tiene un contenido idéntico al del artículo 68 de la Ley 906 de 2004, y la norma puede ser aplicada cuando la conducta que da lugar al proceso penal fue cometida antes del 1 de enero de 2005, se procederá a la conformación de la unidad normativa, para efectuar el análisis de constitucionalidad respecto de ambos enunciados.

5. Formulación del problema jurídico y metodología de resolución

5.1. Según el peticionario, la norma que establece las excepciones al deber general de denuncia para los cónyuges, compañeros permanentes y parientes del autor o partícipe del hecho punible es inconstitucional, en tanto no contempla una salvedad cuando la víctima es un menor de edad, una persona en situación de discapacidad, o un adulto mayor que no puede valerse por sí mismo. A su juicio, este derecho a guardar silencio por parte de las personas que son familiares de los agresores, perpetúa el maltrato y la violencia hacia los referidos sujetos pasivos de los hechos punibles, y por esta vía, anula sus derechos fundamentales. Y esta misma afectación de los derechos de las personas en situación de indefensión, es la que explica que la facultad para no incriminar a los familiares cercanos, prevista en el artículo 33 superior, no sea aplicable en estos casos específicos.

Así planteada la controversia, la Corte debe definir el alcance del juicio de constitucionalidad. En este sentido, se encuentran cuatro elementos relevantes para delimitar el examen judicial.

implementación. Se tendrán en cuenta los siguientes factores para el cumplimiento de sus funciones: 1. Número de despachos y procesos en la Fiscalía y en los juzgados penales. 2. Registro de servidores capacitados en oralidad y previsión de demanda de capacitación. 3. Proyección sobre el número de salas de audiencia requeridas. 4. Demanda en justicia penal y requerimiento de defensoría pública. 5. Nivel de congestión. 6. Las reglas de la gradualidad fijadas por esta ley”; (iii) “Artículo 530. Selección de distritos judiciales. Con base en el análisis de los criterios anteriores, el sistema se aplicará a partir del 1o de enero de 2005 en los distritos judiciales de Armenia, Bogotá, Manizales y Pereira. Una segunda etapa a partir del 1o de enero de 2006 incluirá a los distritos judiciales de Bucaramanga, Buga, Cali, Medellín, San Gil, Santa Rosa de Viterbo y Tunja // En enero 1o de 2007 entrarán al nuevo sistema los distritos judiciales de Antioquia, Cundinamarca, Florencia, Ibagué, Neiva, Pasto, Popayán y Villavicencio. // Los distritos judiciales de Barranquilla, Cartagena, Cúcuta, Montería, Quibdó, Pamplona, Riohacha, Santa Marta, Sincelejo y Valledupar, y aquellos que llegaren a crearse, entrarán a aplicar el sistema a partir del primero (1o) de enero de 2008//. Para los delitos cometidos con posterioridad al 1o. de enero de 2005 rige la Ley 906 de 2004, con sujeción al proceso de implementación establecido en su Artículo 528”.

5.2. En primer lugar, el actor no considera que el enunciado general contenido en el artículo 68 de la Ley 906 de 2004 sea contrario a la preceptiva constitucional, sino más bien que éste debería contemplar una excepción cuando el agredido es un niño o persona en situación de vulnerabilidad análoga.

Lo anterior significa que la falencia señalada en el escrito de acusación es la inconstitucionalidad de la regla frente a una hipótesis específica, y no la de toda la disposición, y que la pretensión apunta, no a una declaratoria de inexecutable simple, sino una *declaratoria de constitucionalidad condicionada*, en la que se establezca una regla exceptiva frente a un supuesto fáctico específico. Así las cosas, el examen de este tribunal no estará encaminado a determinar la compatibilidad del enunciado general con el ordenamiento superior, sino la constitucionalidad de la previsión especial implícita contenida en el precepto legal, referida a los casos particulares planteados por el accionante.

5.3. En segundo lugar, el supuesto fáctico que según el peticionario tiene una solución contraria al ordenamiento superior, se encuentra integrado por dos elementos. Por un lado, la excepción al deber general de denuncia sería constitucionalmente problemática en los casos en los que la *víctima es un niño*, y, por consideraciones análogas, *una persona con discapacidad o un mayor adulto* que por sus condiciones físicas o mentales, no puede valerse por sí mismo²⁴.

Destaca la Corte que aunque los cargos se formulan en estos términos globales, los argumentos que soportan el señalamiento giran en torno a los menores de edad, y solo por extensión, y de manera consecencial, en torno a quienes padecen alguna discapacidad y a los adultos mayores.

Ahora bien, como los cargos se estructuraron en torno a los niños, y no existe una argumentación autónoma con respecto a los demás sujetos especial protección, en este caso el examen de constitucionalidad debe recaer exclusivamente en relación con los primeros. En efecto, pese a que todas estas personas comparten ciertos rasgos de vulnerabilidad y debilidad en razón de las cuales son calificados como sujetos de especial protección constitucional, las especificidades fácticas de unos y otros, y las particularidades en su régimen constitucional, impiden extender automáticamente las consideraciones en

²⁴ En la demanda se sostiene al respecto lo siguiente: “Para culminar y con base en los argumentos expuestos de forma precedente, considero que los mismos deben ser aplicados por analogía a las personas discapacitadas y adultos mayores, que por sus condiciones psíquicas y/o físicas no puedan valerse por sí mismos. Lo anterior en virtud del principio de solidaridad y del derecho fundamental a la igualdad, artículos 1 y 13 respectivamente de la Constitución Política de Colombia; pues si estas personas depende de otras para llevar a cabo sus actividades diarias e incluso sostener su vida, con mayor razón necesitarían ayuda para acceder a la administración de justicia en caso de ser víctimas de abuso, derecho que no puede verse limitado por la aplicación de la norma acusada en la presente demanda”.

relación con los menores de edad, a las personas con alguna discapacidad y a los adultos mayores dependientes.

Así, ni desde el punto de vista físico, ni desde el síquico es posible la equiparación total entre unos y otros, y las diferencias empíricas podrían tener implicaciones en el juicio de constitucionalidad que ahora se propone. Así por ejemplo, mientras en principio los niños *“no saben o no identifican estos actos [la violencia] como agresiones, pues el perpetrador pertenece su entorno próximo”*²⁵, o mientras en ellos las experiencias vitales, y especialmente la violencia, tiene un impacto a lo largo de toda la existencia y en todas las esferas de la vida²⁶, ello no necesariamente ocurre en los adultos mayores dependientes o en los individuos que tienen alguna discapacidad.

De igual modo, tampoco existe una identidad plena en su régimen jurídico. A título ilustrativo, mientras los textos constitucionales y los instrumentos internacionales de derechos humanos han consagrado el interés superior del niño, la prevalencia de sus derechos sobre los de las demás personas²⁷, y el deber especial y reforzado de la familia, de la sociedad y del Estado de brindarles asistencia y protección, tales figuras no se han contemplado para los otros sujetos de especial protección, o al menos se ha hecho en términos distintos. Y como justamente el fundamento normativo de la acusación del actor tiene una relación directa con tales dispositivos, en este caso la especificidad normativa tiene relevancia constitucional.

Por este motivo, no bastaba con invocar un rasgo común entre estas tres categorías de sujetos para extrapolar automáticamente las consideraciones efectuadas en relación con alguna de ellos, a todas los demás. En este escenario, el actor debía, o bien elaborar una argumentación autónoma y específica para las personas con discapacidad y para los mayores adultos dependientes, o bien señalar el vínculo específico entre unos y otros que permite la analogía, mostrando cómo el rasgo que sirve de fundamento a la acusación original, es compartido por los demás sujetos respecto de los cuales no existe una justificación autónoma. Ahora bien, como tal carga no fue satisfecha, el examen del precepto acusado únicamente recaerá sobre las hipótesis en las que el sujeto pasivo del hecho punible es un niño, sin perjuicio, obviamente, de que en

²⁵ *Protegiendo a la niñez de la violencia sexual*, Boletín de Coyuntura No. 2 del Observatorio del Bienestar de la Niñez, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, 2012 p. 4. Documento disponible en: <http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/Observatorio/indicadores>. Último acceso: 2 de octubre de 2013.

²⁶ *Protegiendo a la niñez de la violencia sexual*, Boletín de Coyuntura No. 2 del Observatorio del Bienestar de la Niñez, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, 2012 p. 7. Documento disponible en: <http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/Observatorio/indicadores>. Último acceso: 2 de octubre de 2013.

²⁷ Este principio se encuentra en los siguientes instrumentos: (i) Artículo 44 de la Constitución Política; (ii) En el marco del sistema mundial de derechos humanos, en el Artículo 3.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño, y en la Observación General Nro. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, doc. CRC/C/GC/14; (iii) En el marco del sistema interamericano de derechos humanos, en la Convención Americana de Derechos Humanos y en la Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002, Serie A No. 17.

ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, se pueda plantear una acusación semejante a la esbozada en esta oportunidad, en relación con los adultos mayores y los discapacitados, y sin perjuicio de que las consideraciones aquí vertidas, puedan servir como precedente.

5.4. Por otro lado, en atención a que la acusación pone de presente la necesidad de asistir y proteger a los niños frente a las formas más graves de agresión y de lesión de sus derechos, el control constitucional versará sobre la regla que exonera del deber de denuncia de los delitos que atenten contra la *vida, integridad personal, libertad individual, y libertad y formación sexual* de los niños. Excluye del análisis, por ejemplo, el deber de denuncia de tipos penales asociados a la integridad moral²⁸, al patrimonio económico²⁹, los derechos de autor³⁰ o análogos. Esta limitación también es consistente con el planteamiento del peticionario y de los intervinientes, cuya argumentación recayó exclusivamente sobre las manifestaciones más graves de maltrato y violencia infantil, vinculadas a la afectación de los bienes jurídicos reseñados.

5.5. De acuerdo con el planteamiento anterior, esta Corporación debe establecer si la regla derivable de los artículos 68 de la Ley 906 de 2004 y 28 de la Ley 600 de 2000, según la cual las personas están exoneradas del deber de denunciar los delitos cometidos contra niños, que atentan contra su vida, integridad, libertad personal o libertad y formación sexual, cuando el agresor es el cónyuge, compañero permanente o pariente cercano del potencial denunciante, desconoce los derechos de los niños, su interés superior, así como la obligación de la familia, de la sociedad y del Estado de brindarles asistencia y protección integral.

Para resolver la cuestión, la Corte estima necesario definir dos problemas jurídicos fundamentales: (i) en primer lugar, en la medida en que no existe ningún precepto constitucional que consagre expresamente el deber de denunciar los delitos contra niños que afecten su vida, integridad personal, libertad individual o su libertad y formación sexual, se debe determinar si éste es derivable de las normas del ordenamiento superior que consagran los derechos de los niños, y particularmente del artículo 44 de la Carta Política; (ii) y en segundo lugar, dado que, al menos en principio, la norma acusada se limita a concretar la garantía de no incriminación en el escenario específico de la denuncia en materia penal, reproduciendo casi que literalmente el artículo 33 superior, se definirá si el precepto constitucional efectivamente excluye el deber de denunciar al cónyuge, compañero o parientes cercanos, y si en tal caso, el enunciado normativo impugnado tiene un respaldo constitucional directo que torna inviable el requerimiento del accionante; (ii) una vez resueltos estos dos

²⁸ Por ejemplo, a través de la injuria y la calumnia.

²⁹ Por ejemplo, a través de los delitos de hurto, abuso de confianza o estafa.

³⁰ Por ejemplo, a través de los delitos de violación de los derechos morales y patrimoniales de autor y conexos, así como de los mecanismos de protección de tales derechos.

interrogantes, se evaluarán las acusaciones de la demanda, a efectos de determinar la constitucionalidad de los preceptos legales aludidos y la viabilidad de un fallo de constitucionalidad condicionada.

6. La existencia de un deber constitucional de denunciar los delitos contra niños que afecten su vida, integridad, libertad personal o libertad y formación sexual.

6.1. El demandante sostiene que la excepción al deber general de denuncia prevista en el artículo 68 de la Ley 906 de 2004, en los casos en que el sujeto pasivo del delito es un menor edad, comporta una transgresión del ordenamiento superior, y en particular, del interés superior del niño, de los derechos fundamentales de estos sujetos, y del deber de la familia, de la sociedad y del Estado de brindarles asistencia y protección. Como puede advertirse, el supuesto que subyace a esta acusación es que existe un deber constitucional de denunciar tales delitos, cuando el sujeto pasivo es un niño y el hecho punible afecta su vida, integridad, libertad personal o libertad y formación sexual. Así las cosas, la Corte habrá de establecer si efectivamente existe un deber semejante.

6.2. Lo primero que se advierte es que el texto constitucional no contiene una previsión expresa sobre el deber general de declarar, ni sobre el deber de denunciar los delitos de cuya comisión se tenga conocimiento, ni siquiera cuando la víctima es un niño. No obstante, con fundamento en los artículos 95.2 y 95.7 de la Carta Política, que consagran el principio de solidaridad social³¹, así como el deber de colaborar con el buen funcionamiento de la administración de justicia³², y con base en los derechos fundamentales que se materializan a través del sistema de justicia y en los bienes jurídicos protegidos por la ley penal, el artículo 67 de la Ley 906 de 2004 determinó que toda persona tiene la responsabilidad de “denunciar los delitos de cuya comisión tenga conocimiento y que deban investigarse de oficio”. Se trata entonces de una exigencia de orden legal que tiene fundamento en diversos principios constitucionales³³.

³¹ El Artículo 95.2 de la Carta Política establece que toda persona está obligada a “actuar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas”.

³² El Artículo 95.7 de la Constitución consagra la obligación de todas las personas de “colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia”.

³³ La denuncia es “la manifestación de conocimiento mediante la cual una persona, ofendido o no con la infracción, pone en conocimiento del órgano de investigación un hecho delictivo, con expresión detallada de las circunstancias de tiempo, modo y lugar que le consten. Se trata de un acto constitutivo y propulsor de la actividad estatal con cuanto vincula al titular de la acción penal –la Fiscalía- a ejercerla con el propósito de investigar la perpetración de un hecho punible”. Sentencia C-1177 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño. En este fallo se declaró la exequibilidad del precepto legal que ordena inadmitir las denuncias sin fundamento (Inciso 2 del Artículo 69 de la Ley 906 de 2004), pero en el entendido de que tal inadmisión precede cuando el hecho no existió, o no reviste las características de un delito, y de que debe ser motivada y comunicada al denunciante y al Ministerio Público. De igual modo, en la providencia se declaró la exequibilidad de la disposición que permite la ampliación de denuncia por una sola vez, contenida en los incisos 2 y 3 del artículo 69 de la misma ley.

6.3. La Corte considera sin embargo, que pese a que en general el deber de denuncia tiene rango legal y a que en principio puede ser exceptuado por esta misma vía, tal como se dispuso en el artículo 68 de la Ley 906 de 2004, cuando el hecho delictivo se comete en contra de un niño, la obligación de ponerlo en conocimiento de las autoridades adquiere un carácter constitucional. Este deber, además, resulta particularmente imperioso cuando el potencial denunciante es responsable del menor o tiene posición de garante frente a éste, y cuando el hecho punible afecta la vida, integridad, libertad personal o libertad y formación sexual. Es decir, aunque por regla general la obligatoriedad de la denuncia de los hechos punibles es un asunto cuya definición corresponde al legislador, y mientras que por esta misma razón este órgano detenta la facultad para limitar el alcance de dicha responsabilidad, cuando el hecho punible se comete en contra de un menor de edad, al menos en ciertos supuestos, este acto incriminatorio se convierte en un imperativo de orden constitucional.

6.4. Para esta Corporación, (i) el interés superior del menor y la prevalencia de sus derechos frente a los de las demás personas, (ii) los derechos de los niños, (iii) el deber de la familia, de la sociedad y del Estado de brindarles asistencia y protección, y (iv) la obligación de protegerlos frente a todo acto de violencia, en un escenario en el que (i) los delitos constituyen una de las formas graves de afectación de los derechos fundamentales de los niños; (ii) los menores tienen barreras físicas, emocionales, síquicas e incluso legales, para poner en conocimiento de las autoridades las agresiones que se cometen en su contra, y (iii) el acto de denuncia es el punto de partida para la investigación y sanción de los hechos punibles y para la activación del procedimiento administrativo de restablecimiento de derechos, la denuncia constituye un imperativo constitucional, y no un mandato legal que puede ser exceptuado discrecionalmente por el legislador.

6.5. En efecto, el artículo 44 de la Carta Política establece lo siguiente:

“Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos.

Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de sus infractores.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”.

En los términos anteriores, el referido precepto establece la obligación de toda persona de proteger a los niños frente a toda forma de violencia, el deber de la familia, de la sociedad y del Estado de brindarles asistencia y protección para asegurar el pleno ejercicio de sus derechos, y la prevalencia de sus derechos frente a los de los demás.

6.6. Para determinar los efectos jurídicos de las prescripciones constitucionales anteriores, deben tenerse en cuenta las particularidades del escenario puesto a consideración de la Corte, en el que un niño es víctima de un hecho punible que afecta su vida, integridad personal, libertad personal, o libertad y formación sexual. Delitos como el homicidio, las lesiones personales, el secuestro, la tortura, el tráfico de menores, el acceso carnal abusivo, o la inducción a la prostitución, hacen parte de este repertorio de conductas.

Para esta Corporación, existen tres circunstancias relevantes que deben incorporarse al análisis constitucional: (i) los referidos delitos constituyen una de las formas más graves de violencia contra los menores de edad, y comprometen directamente sus derechos fundamentales; (ii) el acto de denuncia constituye el punto de partida para la investigación y la sanción de los hechos punibles, y para el restablecimiento de los derechos de los niños; (iii) los menores tienen barreras físicas, emocionales, síquicas e incluso de orden legal, para denunciar los delitos que se cometen en su contra, especialmente cuando el victimario hace parte de su núcleo familiar, porque en este escenario las relaciones de jerarquía y subordinación, y los vínculos de amor, respeto, dependencia y miedo entre el agresor y el agredido, potencializan el alcance de dichos obstáculos.

6.7. En primer lugar, como el derecho penal como instrumento de *última ratio* sanciona los peores agravios a los derechos e intereses de los individuos, del conglomerado social y de la organización política y económica³⁴, lo que está en cuestión no es si las personas tienen el deber de denunciar cualquier irregularidad o anomalía en el funcionamiento social, sino si deben poner en conocimiento de las autoridades las peores y más graves afectaciones a los bienes, derechos e intereses personales e institucionales.

³⁴ Sobre la consideración del derecho penal como instrumento de *última ratio*, cfr. las sentencias C-742 de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa; C-365 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; C-636 de 2009, M.P. Mauricio González Cuervo; C-762 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-489 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Además, si de por sí toda conducta delictiva implica una agresión objetiva y grave a los bienes jurídicos sobre los cuales se asienta la organización social, pues justamente por ello es considerada como delito, cuando la víctima es un niño, cuando lesiona bienes jurídicos como la vida, la integridad personal, la libertad personal o la libertad y la formación sexual, los efectos nocivos de potencializan y se proyectan en todas las esferas de la vida, y a lo largo de toda la existencia del menor.

En este sentido, la facultad de psicología de la Pontificia Universidad Javeriana señaló en su escrito de intervención que algunos de estos delitos, como el maltrato intrafamiliar o el abuso sexual en menores de edad, producen, dependiendo de variables como la edad y el género del niño, el vínculo con el victimario, el tipo y magnitud de la agresión y su proyección en el tiempo o el entorno social, económico y cultural, una afectación y un impacto negativo profundo a nivel emocional, social, cognitivo e ideológico, que se manifiesta a través de sentimientos de baja autoestima, visión negativa de la vida, ansiedad, depresión, proclividad al suicidio, inestabilidad emocional, alternaciones de la personalidad, conductas de auto-lesividad y anti-sociales, trastornos de la alimentación, dificultades de aprendizaje, somatización, entre muchas otras.

De igual modo, el Comité de los Derechos del Niño ha llamado la atención sobre *“los efectos devastadores de la violencia contra los niños”*, porque pone en peligro su supervivencia y su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. Un primer nivel de efectos a corto, mediano y largo plazo se presentan en los propios menores de edad, y comprende lesiones mortales y no mortales, problemas de salud física, dificultades de aprendizaje, consecuencias nocivas a nivel psicológico y emocional, problemas de salud mental, y comportamientos perjudiciales para la salud. A su vez, lo anterior tiene repercusiones significativas en el entorno familiar y social, como el deterioro de las relaciones personales, la exclusión escolar, los conflictos con la ley y la reproducción de la violencia. Todo lo anterior provoca unos costos humanos, sociales y económicos inaceptables³⁵.

Además, la Corte toma nota de que el fenómeno de la violencia contra menores de edad se agrava por la circunstancia de que usualmente involucra también un componente de género. Investigaciones empíricas en el contexto colombiano han demostrado no solo que la población más golpeada por los delitos sexuales son los niños y que tales hechos punibles son más frecuentes que todas las demás conductas delictivas, sino también, que existe una amplia y significativa diferencia en el número de niñas y niños que son afectados del maltrato infantil.

³⁵ Observación General nro. 13 (2011) del Comité de los Derechos del Niño (Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia). Doc. CRC/C/GC/13. Documento disponible en: http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/CRC.C.GC.13_sp.pdf. Último acceso: 6 de septiembre de 2013.

Las investigaciones desarrolladas por el Instituto Nacional de Medicina Legal, por ejemplo, han puesto de presente que a partir del criterio de la edad, los niños constituyen el grupo etario más afectado por los delitos sexuales, como lo demuestra el hecho de que entre los años 2003 y 2010, los menores representan entre el 70 y el 75% de las víctimas de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales³⁶.

Asimismo, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ha señalado que las niñas están más expuestas al maltrato infantil que los niños³⁷, y que en el caso específico de la violencia sexual, el género femenino representa el 85% de los sujetos pasivos, mientras que el masculino tan solo el 15%³⁸. En el año 2011, por ejemplo, entre los 0 y los 4 años se recibieron 1.221 denuncias por delitos sexuales contra niñas, frente a 437 contra niños; entre los 5 y 9 años, la proporción es de 2.676 frente a 1.000, entre los 10 y los 14 años, de 4.574 frente a 756, y entre los 15 y los 17 años, de 1.841 frente a 254³⁹ 40. Y en el año 2010, de los 17.318 exámenes médicos legales efectuados a menores, 3.024 corresponden a niños, y los restantes 14.294 a niñas; en el año 2011 la proporción se mantuvo, pues de los 19.617 exámenes practicados, 3.405 fueron para varones, mientras que 16.212 para mujeres menores de edad⁴¹.

Así, el acto de denuncia cuya obligatoriedad hoy se examina, recae sobre conductas cuya gravedad es calificada por los daños a todo nivel que produce en los niños, y consecuentemente, en su entorno social.

6.8. En segundo lugar, debe tenerse en cuenta la particular importancia del acto de denuncia dentro del sistema de protección y garantía de derechos de las

³⁶ “Examen médico legal por presunto delito sexual”, Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, 2012, Bogotá. Documento disponible en: <http://www.medicinalegal.gov.co/images/stories/root/FORENSIS/2011/5-F-11-Sexologicos.pdf>. Último acceso: 8 de octubre de 2013

³⁷ “Caracterización del maltrato infantil en Colombia: Una aproximación en cifras”, en Boletín de Coyuntura No. 7 del Observatorio del Bienestar de la Niñez, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, 2013.

³⁸ “Protegiendo a la niñez de la violencia sexual”, Boletín de Coyuntura Nro. 2 del Observatorio del Bienestar de la Niñez, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, 2012. Documento disponible en: <http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/PortalICBF/Bienestar/Programas%20y%20Estrat%C3%A9gias/ObservatorioBienestar/Boletines/OBSERVATORIO%20DE%20LANI%C3%91EZn2.pdf>. Último acceso: 8 de octubre de 2013.

³⁹ “Protegiendo a la niñez de la violencia sexual”, en Boletín de Coyuntura No. 2 del Observatorio del Bienestar de la Niñez, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, 2012. Documento disponible en: <http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/PortalICBF/Bienestar/Programas%20y%20Estrat%C3%A9gias/ObservatorioBienestar/Boletines/OBSERVATORIO%20DE%20LANI%C3%91EZn2.pdf>. Último acceso: 8 de octubre de 2013.

⁴⁰ “Examen médico legal por presunto delito sexual”, Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, 2012, Bogotá. Documento disponible en: <http://www.medicinalegal.gov.co/images/stories/root/FORENSIS/2011/5-F-11-Sexologicos.pdf>. Último acceso: 8 de octubre de 2013.

⁴¹ “Examen médico legal por presunto delito sexual”, Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, 2012, Bogotá. Documento disponible en: <http://www.medicinalegal.gov.co/images/stories/root/FORENSIS/2011/5-F-11-Sexologicos.pdf>. Último acceso: 8 de octubre de 2013.

víctimas de delitos, por constituir el *punto de partida* para la *investigación y sanción de los hechos punibles*, para la *lucha contra la impunidad*, y para el *restablecimiento de los derechos*, especialmente cuando los agredidos son menores de edad.

6.8.1. En efecto, dentro del diseño del procedimiento penal, la actuación del *sistema de administración de justicia* comienza con la *noticia criminal*, que de manera regular se obtiene a través del acto de denuncia, y una vez iniciada, se despliega oficiosamente. Es así como el artículo 66 de la Ley 906 de 2004 establece que la Fiscalía General de la Nación, debe encargarse de “*ejercer la acción penal y [de] realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito, de oficio o que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o cualquier otro medio, salvo las excepciones contempladas en la Constitución Política y en este código.// No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para aplicar el principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez de control de garantías*”.

De este modo, la gestión estatal inicia con lo que se denomina la “*noticia criminal*”⁴². Aunque en abstracto esta noticia se puede obtener también por otros medios formales, como una petición especial del Procurador General de la Nación o del defensor de familia o del agente del Ministerio Público, u otro medio oficial como informes de policía o de otra autoridad que haya tenido conocimiento de la presunta conducta delictiva, o incluso por medios informales, como podrían ser notas de prensa o comunicaciones anónimas, el conducto regular y ordinario es el acto de denuncia, mientras que los demás mecanismos tienen más bien un carácter excepcional.

En el caso específico de los delitos de violencia o maltrato contra menores de edad, la noticia criminal se logra normalmente, o bien por la denuncia presentada directamente ante la Fiscalía, o bien por información remitida por otra autoridad pública, cuando previamente se ha puesto en conocimiento de esta última la comisión del delito. Pero en uno u otro caso, la función investigativa y sancionatoria del Estado se activa a partir de esta comunicación dirigida a las instancias estatales en la que se informa sobre la supuesta realización del hecho punible. Pocas veces se llega a ella por petición especial de la Procuraduría, por información difundida en los medios de comunicación masiva, o por datos alcanzados autónoma y espontáneamente por las entidades

⁴² La noticia criminal “*es el conocimiento o la información obtenidos por la policía judicial o la Fiscalía, en relación con la comisión de una o varias conductas que revisten las características de un delito, exteriorizada por medio por medio de distintas formas o fuentes. Puede ser verbal, escrito o formulada valiéndose de cualquier medio técnico que por lo general permite la identificación del autor de la misma*”. Fiscalía General de la Nación, *Manual de Procedimientos de la Fiscalía en el Procedimiento Penal Acusatorio*, Bogotá, 2009. Documento disponible en: <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2012/01/ManualdeProcedimientosdeFiscaliaenelSistemaPenalAcusatorio.pdf>. Último acceso: 8 de octubre de 2013.

estatales.

Este fenómeno se explica porque el escenario típico de la violencia y el maltrato infantil es el propio núcleo familiar del niño, y en el seno del hogar, cuyas dinámicas internas no están expuestas al control y al escrutinio público, en virtud del principio general que reconoce la autonomía y la intimidad de la familia⁴³. La conclusión del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, según la cual *“desafortunadamente, el lugar donde ocurren estos hechos violentos contra niños, niñas y adolescentes, es el hogar y los demás entornos creados para su protección y desarrollo”*⁴⁴, es respaldada por las estadísticas oficiales. Según el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, durante el año 2011 la mayor parte de delitos contra la vida e integridad personal, y contra la libertad y formación sexuales de menores de edad, corresponde a la violencia intrafamiliar; los principales agresores fueron los propios padres (62,3%) y en un grado significativamente más bajo las madres, seguidos por el padrastro (8.5%) y otros parientes consanguíneos y civiles (7%); el lugar donde ocurrió el maltrato es la vivienda (62.5%), mientras que su realización lugares sometidos al control público o social es altamente improbable; y finalmente, la mayor parte de estas agresiones ocurrió en la noche, especialmente entre las 6 y las 9 p.m.⁴⁵.

En este contexto en el que la violencia y el maltrato infantil permanece oculto y en principio inaccesible para el conjunto de la sociedad y para el Estado mismo, el sistema de administración de justicia se activa con el acto de denuncia de quienes tienen conocimiento de la comisión del delito, que por esta circunstancia, se convierte en un componente fundamental de la lucha contra la impunidad, y en particular, de la garantía de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación integral de los niños.

Adicionalmente, en la medida en que la administración de justicia no solo asegura los derechos a la verdad, la justicia y la reparación integral, pues los fiscales y jueces también deben adoptar las medidas de protección y atención a las víctimas que sean necesarias para garantizar su seguridad personal y familiar, y para resguardarlas frente a la publicidad que tenga la potencialidad de afectar su vida privada o dignidad⁴⁶, la denuncia se convierte en el

⁴³ En este sentido, el artículo 44 de la Carta Política establece que *“la familia es el núcleo fundamental de la sociedad (...) El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. (...) La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables”*.

⁴⁴ “Caracterización del maltrato infantil en Colombia: Una aproximación en cifras”, en Boletín de Coyuntura No. 7 del Observatorio del Bienestar de la Niñez, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, 2013, p. 4.

⁴⁵ Pedro A. Carreño Samaniego, *Comportamiento de la violencia intrafamiliar. Colombia, 2011*, Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Bogotá, 2012. Documento disponible en: <http://www.medicinalegal.gov.co/images/stories/root/FORENSIS/2011/4-F-11-VIF.pdf>. Último acceso: 10 de octubre de 2013.

⁴⁶ Fiscalía General de la Nación, *Manual de Procedimientos de la Fiscalía en el Procedimiento Penal Acusatorio*, Bogotá, 2009. Documento disponible en: <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp->

mecanismo que impulsa la seguridad personal de los menores⁴⁷.

No es casual que el mismo Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004) haya establecido el deber de denuncia, pues dentro del diseño del procedimiento penal, constituye la “*puerta de entrada*” al sistema de administración de justicia, y por esta vía, a la protección de los derechos que han sido violentados por la realización del delito.

6.8.2. Por otro lado, la denuncia también constituye el punto de partida para la actuación del Sistema Nacional de Bienestar Familiar. En efecto, el ingreso al Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos (PARD) se inicia con la recepción de las denuncias por violencia y maltrato infantil, con fundamento en la cual se abre el folio de Historia de Atención y se registra en el Sistema de Información Misional (SIM), se verifica la situación del menor y se adoptan las medidas necesarias para garantizar los derechos de los niños, que además de comprender la denuncia formal de los eventuales delitos cometidos a la Fiscalía General de la Nación, incluye la amonestación con asistencia obligatoria a curso pedagógico, la vinculación a programas de atención especializada, la ubicación inmediata del menor en el medio familiar de origen o en la familia extensa (hogar gestor, amigo, de paso o sustituto), su ubicación en un centro de emergencia, e incluso la declaratoria de adoptabilidad⁴⁸. Nuevamente, aunque el ingreso al proceso administrativo puede provenir también de información suministrada por autoridades públicas nacionales o extranjeras, organizaciones gubernamentales o no gubernamentales, o autoridades centrales o intermediarias en ejecución de convenios o tratados internacionales, la denuncia de particulares constituye el mecanismo ordinario con el que se moviliza el sistema de restablecimiento de los derechos de los menores víctimas de delitos, por la circunstancia de que normalmente la comisión de éstos es un hecho silencioso y no accesible directamente para el conglomerado social y las autoridades públicas. Es por este motivo que el Instituto de Bienestar Familiar ha destacado la necesidad de fomentar la conciencia social acerca de la importancia de las denuncias, “*si se tiene en cuenta que este tipo de delitos [contra niñas, niños y adolescentes] se producen generalmente en el entorno familiar o comunitario, es decir, en el medio más cercano a la niña, niño o adolescente. Incluso en algunos casos se trata de un familiar o conocido*”⁴⁹.

[content/uploads/2012/01/ManualdeProcedimientosdeFiscaliaenelSistemaPenalAcusatorio.pdf](#). Último acceso: 8 de octubre de 2013.

⁴⁷ Así por ejemplo, se podría incluir al menor en el Programa de Asistencia y Protección a Víctimas y Testigos de la Fiscalía General de la Nación, o solicitar una media especial de protección a un organismo de policía.

⁴⁸ Artículo 53 de la Ley 1098 de 2006; Lineamientos Técnico Administrativos de Ruta de Actuaciones y Modelo de Atención para el Restablecimiento de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes y Mayores de 18 años con Discapacidad con sus derechos amenazados, inobservados o vulnerados. Documento disponible en: <http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/Descargas1/RutadeActuacionesyModelo5929.pdf>. Último acceso: 10 de octubre de 2013.

⁴⁹ “Caracterización del maltrato infantil en Colombia: Una aproximación en cifras”, en Boletín de Coyuntura No. 7 del Observatorio del Bienestar de la Niñez, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, 2013.

6.8.3. Así las cosas, la denuncia constituye la “*puerta de entrada*”, tanto al sistema de administración de justicia, como al procedimiento administrativo de restablecimiento de derechos.

Esta consideración fue justamente el fundamento de la decisión contenida en la Sentencia C-853 de 2009⁵⁰, en la que se declaró la inexecutable parcial del artículo 18 de la Ley 1121 de 2006, modificadorio del artículo 441 del Código Penal⁵¹, por limitar indebidamente los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación de los niños víctimas de delitos comprendidos entre los 12 y los 18 años. En efecto, originalmente la norma consagraba el delito de “*omisión de denuncia de particular*”, que sancionaba, entre otras conductas, la infracción al deber de poner en conocimiento de las autoridades la realización del delito de proxenitismo en niños menores de 12 años; a juicio de este tribunal, como existe un deber general de protección a todos los niños, y no solo a un segmento de ellos, y como el acto de denuncia es fundamental para garantizar sus derechos, limitar el espectro de la disposición a los niños menores de cierta edad, y no a todos, equivaldría a desconocer sus derechos, así como su interés superior. Por tal motivo, este tribunal declaró la inexecutable del aparte normativo que establecía la restricción en función de la edad.

Fue esta misma consideración la que inspiró el Código de la Infancia y la Adolescencia, que enfatiza y reitera la importancia de la denuncia de los delitos cometidos contra menores de edad, por su vínculo inescindible con los derechos a la vida, integridad personal, libertad individual y libertad y formación sexual, y con los derechos a la verdad, la justicia y la reparación. En tal sentido, el artículo 40.4 establece como obligación de la sociedad “*dar aviso y denunciar por cualquier medio, los delitos o las acciones*” que amenacen o vulneren los derechos de los niños; el artículo 44.9 dispone que los miembros de la comunidad educativa deben “*reportar a las autoridades competentes, las situaciones de abuso, maltrato o peores formas de trabajo infantil detectadas en niños, niñas y adolescentes*”; en el mismo sentido, en el artículo 46.10 se radica en las instituciones de salud la obligación de “*capacitar a su personal para detectar el maltrato físico y psicológico, el abuso, la explotación y la violencia sexual en niños, niñas y adolescentes, y denunciar ante las autoridades competentes las situaciones señaladas y todas aquellas que puedan constituir una conducta punible en que el niño, niña o adolescente sea víctima*”. Por su parte, cuando las autoridades encargadas de velar por el menor

⁵⁰ M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁵¹ La norma demandada establecía al respecto lo siguiente: *Omisión de denuncia de particular. El que teniendo conocimiento de la comisión de un delito de genocidio, desplazamiento forzado, tortura, desaparición forzada, homicidio, secuestro, secuestro extorsivo o extorsión, narcotráfico, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, terrorismo, financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, enriquecimiento ilícito, testaferrato, lavado de activos, cualquiera de las conductas contempladas en el Título II y en el Capítulo IV del Título IV de este libro, en este último caso cuando el sujeto pasivo sea un menor de doce (12) años, omitiere sin justa causa informar de ello en forma inmediata a la autoridad, incurrirá en prisión de tres (3) a ocho (8) años*” (subrayado por fuera de texto).

conocen de la realización de un hecho punible en su contra, deben “denunciarlo ante la autoridad penal”, a la luz de lo dispuesto en el artículo 52.2; uno de los deberes básicos de los defensores de familia es “formular denuncia penal cuando adviertan que el niño, niña o adolescente ha sido víctima de un delito”, según se establece en el artículo 82.16. Y dentro de esta misma lógica, los comisarios de familia⁵² y los miembros de la Policía Nacional⁵³ tienen una obligación semejante, en el entendido de que este acto constituye, no un elemento complementario, adicional o suplementario del sistema de protección de los menores de edad, sino un componente estructural dentro de este engranaje.

6.9. Ahora bien. Pese a que la denuncia constituye el mecanismo de activación del sistema de protección de derechos del niño afectados por la violencia y el maltrato infantil, la confluencia de distintos factores impiden al menor proponer directamente este acto.

Por razones de orden físico, los menores de edad se encuentran imposibilitados para hacerlo. Esto es aún más cierto si se tiene en cuenta que dentro de la violencia y el maltrato infantil, la primera infancia es una de las más golpeadas por este fenómeno. Según el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, del total de niños afectados por la violencia intrafamiliar, los comprendidos entre los 0 y los 4 años representan el 20% del total de la población, cifra nada despreciable, habida cuenta de que en tal rango de edad no existe la más mínima posibilidad de defensa frente al agresor, y mucho menos de denuncia⁵⁴.

Además, por distintos factores de orden psicológico y emocional, usualmente los niños “no saben o no identifican estos actos como agresiones”⁵⁵. Como por regla general los victimarios son personas que integran su núcleo familiar o que hacen parte de su entorno social, de modo que quien ejerce violencia sobre el menor es al mismo tiempo la persona que le satisface sus necesidades emocionales, afectivas, materiales y económicas, calificar tales actos como reprochables, es un proceso complejo y difícil. Así por ejemplo, en las hipótesis de violencia sexual perpetrada por los padres u otros parientes próximos del niño, el vínculo entre el agresor y el agredido genera un mensaje contradictorio de afecto y protección, y de intimidación y violencia, que usualmente impide al menor reconocer dichas maniobras como auténticos actos censurables y

⁵² Artículo 86.8 del CIA.

⁵³ Artículo 89.13 del CIA.

⁵⁴ Pedro A. Carreño Samaniego, *Comportamiento de la violencia intrafamiliar. Colombia, 2011*, Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Bogotá, 2012. Documento disponible en: <http://www.Medicinalegal.gov.co/images/stories/root/FORENSIS/2011/4-F-11-VIF.pdf>. Último acceso: 10 de octubre de 2013.

⁵⁵ “Protegiendo a la niñez de la violencia sexual”, Observatorio del Bienestar de la Niñez, Boletín de Coyuntura No. 2, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, 2013, p. 4. Documento disponible en: <http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/PortalICBF/Bienestar/Programas%20y%20Estrat%C3%A9gias/ObservatorioBienestar/Boletines/OBSERVATORIO%20DE%20LANI%C3%91EZn2.pdf>. Último acceso: 8 de octubre de 2013.

reprochables.

A este ingrediente se añade que la estructura jerárquica y las dinámicas de la familia. En un contexto de dependencia y subordinación, en el que los menores requieren de sus padres o de sus otros cuidadores para su subsistencia, y en el que el núcleo familiar se conforma a partir de relaciones verticales de poder, mediadas también por sentimientos de amor, cariño y apoyo, difícilmente se puede esperar que los menores superen estas barreras y acudan a las autoridades públicas para informar sobre las irregularidades ocurridas en su entorno cercano, y para incriminar a sus propios cuidadores o parientes.

Incluso existen limitaciones de orden jurídico, pues el mismo ordenamiento prevé la incapacidad del menor de edad, y la necesidad de que éste interactúe en el mundo jurídico a través de otros actores, normalmente sus padres, quienes ejercen conjuntamente la patria potestad⁵⁶. Análogamente, en atención a sus particularidades, por regla general los niños no pueden trabajar, y su manutención y sostenimiento está a cargo de sus padres, a quienes corresponde la denominada “*responsabilidad parental*”. Aunque de manera progresiva, a los menores se les ha reconocido un ámbito irreductible de autonomía, que se incrementa en la medida en que adquieren consciencia de sí mismos y de sus preferencias e intereses vitales, tal reconocimiento es sustancial y cualitativamente distinto de la capacidad y de la facultad para defender directamente sus derechos e intereses legítimos.

Así las cosas, en condiciones regulares no es de esperar que el menor que ponga en conocimiento de las autoridades la comisión de los delitos cometidos en su contra. Antes por el contrario, es inusual es que un niño logre tal acto de denuncia⁵⁷.

6.10. Ahora bien. Si la satisfacción de los derechos de los niños que han sido vulnerados gravemente por la comisión de un hecho punible en su contra, se viabiliza y materializa a través del acto de denuncia que el menor mismo no puede interponer, la forzosa conclusión es que desde una perspectiva constitucional, las personas que tienen conocimiento de tales hechos tienen el deber, y no meramente la facultad de denunciarlo. Esta responsabilidad es

⁵⁶ El artículo 62 del Código Civil establece que “*las personas incapaces de celebrar negocios serán representados (...) por los padres, quien ejercerán conjuntamente la patria potestad sobre sus hijos (...)*”.

⁵⁷ Tan exótico resulta, que recientemente, un caso de denuncia por un menor de edad fue noticia de primera plana en un medio masivo de comunicación. No obstante, este hecho inusual ocurrió después de dos años de maltrato sistemático. Con el título “Niño de 11 años denunció que era violado por su papá”, en la versión digital de El Tiempo, el día 15 de octubre de 2013 se informó que un menor de edad acudió al CAI del Siete de Agosto en la ciudad de Bogotá para pedir ayuda, después de haber sido violado y maltratado por su padre durante cerca de dos años. Una vez activado el sistema de protección de derechos, el agresor fue llevado ante un juez de control de garantías que le dictó medida de aseguramiento por los delitos de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, actos sexuales abusivos e incesto, y por orden del ICBF, quedó bajo la custodia de una de sus tías. Documento disponible en http://www.eltiempo.com/colombia/bogota/menor-de-edad-en-bogota-dice-que-era-violado-por-su-papa_13125784-4. Último acceso: 18 de octubre de 2013.

particularmente imperiosa cuando el potencial denunciante tiene una obligación especial de protección respecto del niño en cuya contra se comete el hecho punible, como ocurre con los padres a los que corresponde su orientación, cuidado, acompañamiento y crianza durante su proceso de formación⁵⁸, y con los demás actores sociales que en virtud del principio de corresponsabilidad⁵⁹, tienen el deber específico y reforzado de atender, cuidar y proteger a los menores en contextos específicos⁶⁰.

6.10.1. Entender que no existe un deber de denuncia desconocería los derechos fundamentales de los niños, porque se eliminaría un componente fundamental del engranaje diseñado para garantizar los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas de los delitos, para impulsar la lucha contra la impunidad, y para materializar el restablecimiento de los derechos del menor.

Esta barrera es constitucionalmente inadmisibles, por cuanto el fenómeno de la delincuencia contra los menores de edad debe ser enfrentado desde un enfoque de derechos. Ya el Comité sobre los Derechos del Niño ha señalado enfáticamente que esta problemática requiere una nueva perspectiva que trascienda la consideración de los menores de edad como víctimas objeto de sentimientos de compasión y de actos de caridad y de mera liberalidad, para que sean tratados como titulares de derechos. En tal sentido, se sostuvo que *“un planteamiento de la atención y protección del niño (...) requiere dejar de considerarlo principalmente como ‘víctima’, para adoptar un paradigma basado en el respeto y la promoción de su dignidad y su integridad física y psicológica como titular de derechos (...)”*⁶¹.

6.10.2. Este obstáculo normativo también sería incompatible con el *interés*

⁵⁸ En este sentido, el artículo 14 del Código de la Infancia y la Adolescencia establece que *“la responsabilidad parental es un complemento de la patria potestad establecida en la legislación civil. Es además, la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación. Esto incluye la responsabilidad compartida y solidaria del padre y la madre de asegurarse que los niños, las niñas y los adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos. En ningún caso el ejercicio de la responsabilidad parental puede conllevar violencia física, psicológico o actos que impidan el ejercicio de sus derechos”*.

⁵⁹ El principio de corresponsabilidad se encuentra consagrado en el artículo 10 del Código de la Infancia y la Adolescencia, en los siguientes términos: *“Artículo 10. Corresponsabilidad. Para los efectos de este Código, se entiende por corresponsabilidad, la concurrencia de actores y acciones conducentes a garantizar el ejercicio de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes. // La familia, la sociedad y el Estado son corresponsables en su atención, cuidado y protección. La corresponsabilidad y la concurrencia aplican en la relación que se establece entre todos los sectores e instituciones del Estado. // No obstante lo anterior, las instituciones públicas o privadas obligadas a la prestación de servicios sociales, no podrán invocar el principio de la corresponsabilidad para negar la atención que demanda la satisfacción de derecho fundamentales de niños, niñas y adolescentes”*.

⁶⁰ En efecto, en algunos escenarios específicos, otros actores sociales se convierten en garantes del menor. Tal es el caso de las instituciones educativas, que tienen la obligación de garantizar la vida e integridad de los menores que son dejados bajo su cuidado, y de brindarles la asistencia, atención y cuidados requeridos según su condición especial (artículo 43 de la Carta Política).

⁶¹ Observación General Nro. 13 (2011) del Comité de Derechos del Niño (Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia). Doc. CRC/C/GC/13. Documento disponible en: http://www2.ohchr.org/english/bodies/docs/CRC.C.GC.13_sp.pdf. Último acceso: 6 de septiembre de 2013.

superior del niño, entendido como un derecho sustantivo, un principio interpretativo y una garantía procesal⁶². En efecto, los niños tienen derecho a que las medidas o decisiones que tengan un impacto en ellos, al menos de manera potencial, tanto en el ámbito público como en el privado, sean adoptadas e implementadas en función de la consideración especial a sus derechos e intereses⁶³. Para esta evaluación debe tenerse en cuenta, por un lado, que el interés del menor no responde a una determinación subjetiva y unilateral de sus cuidadores, de la familia, de la sociedad o el Estado sobre lo que le conviene al niño considerado individual o colectivamente, sino a pautas objetivas relacionadas con la necesidad de garantizar el goce efectivo de sus derechos⁶⁴, y con la de tener en cuenta sus propias prioridades e intereses vitales⁶⁵; y por otro lado, este examen es contextual, en la medida en que debe ser efectuado a partir de las circunstancias relevantes de cada caso, como las condiciones del menor involucrado y del contexto familiar, social, económico y cultural en el que se desenvuelve.

La Corte no entiende cómo podría postularse la prevalencia de los derechos de

⁶² En efecto, tanto doctrinal como jurisprudencialmente se ha entendido que este interés superior es, primero, un *derecho sustantivo* de los niños a ser considerados y valorados explícitamente en el proceso de toma de decisiones que tengan un potencial impacto en ellos; es también un *principio interpretativo*, de modo que cuando una disposición jurídica admita más de una interpretación, se debe asignar aquel sentido y significado que mejor satisface sus derechos; y finalmente, es una *garantía procesal*, en virtud de la cual, cuando una medida pueda tener una repercusión en los niños, considerados individual, colectiva o globalmente, el proceso de toma de decisiones debe comprender una estimación de su incidencia en la efectividad de sus derechos e intereses. Sobre el interés superior del niño *cf.*, Observación General Nro. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Doc. CRC/C/GC/14, Documento disponible en: http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/CRC.C.GC.13_sp.pdf. Último acceso: 8 de septiembre de 2013.

⁶² En este contexto, debe entenderse que el derecho de acceso a la administración de justicia es un derecho instrumental de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación integral.

⁶³ El Comité de Derechos del Niño a dicho al respecto lo siguiente: “*El artículo 3, párrafo 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño otorga al niño el derecho a que se considere y tenga en cuenta de manera primordial su interés superior en que toda las medidas o decisiones que le afectan, tanto en la esfera pública como en la privada*”. Observación General Nro. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Doc. CRC/C/GC/14, Documento disponible en: http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/CRC.C.GC.13_sp.pdf. Último acceso: 8 de septiembre de 2013.

⁶⁴ El Comité de los Derechos del Niño ha señalado que el fin último del interés superior del niño es garantizar su disfrute pleno y efectivo de los derechos convencionales, así como su desarrollo holístico. Observación General Nro. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Doc. CRC/C/GC/14, Documento disponible en: http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/CRC.C.GC.13_sp.pdf. Último acceso: 8 de septiembre de 2013.

⁶⁵ El Comité de los Derechos de los Niños ha aclarado que en razón del interés superior del niño, se debe tener en cuenta su opinión en las decisiones que lo afectan, y debe participar en estos procesos de toma de decisiones, incluso cuando se encuentran en situaciones de especial vulnerabilidad, como cuando padecen alguna discapacidad o pertenecen a grupos minoritarios. En este sentido, expresa que “*el artículo 12 de la Convención establece el derecho del niño a expresar su opinión en todas las decisiones que le afectan. Si la decisión no tiene en cuenta el punto de vista del niño o no concede la importancia que merece de acuerdo con su edad y madurez, no respeta la posibilidad de que el niño o los niños participen en la determinación de su interés superior. El hecho de que el niño sea muy pequeño o se encuentre en una situación vulnerable (por ejemplo, los niños con discapacidad, los pertenecientes a grupos minoritarios y los migrantes) no le priva del derecho a expresar su opinión, ni reduce su importancia que debe concederse a sus opiniones al determinar el interés superior*”. Observación General Nro. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Doc. CRC/C/GC/14, Documento disponible en: http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/CRC.C.GC.13_sp.pdf. Último acceso: 8 de septiembre de 2013.

los niños frente a los de los demás, ni el interés superior del menor, cuando por otro lado se considera que las personas pueden abstenerse a discreción, de poner en conocimiento de las autoridades los delitos cometidos contra niños que afectan su vida, integridad, libertad personal o libertad y formación sexual, cuando los menores mismos no pueden efectuar directamente este acto informativo, y cuando además, de dicho acto depende la activación del sistema judicial y administrativo encaminado a resguardar y salvaguardar sus derechos.

6.10.3. Por las mismas razones, el *deber de la familia, de la sociedad y del Estado de brindarles asistencia y protección*⁶⁶ conduce a la postular este deber de denuncia.

En el contexto del maltrato infantil, el Comité de los Derechos del Niño ha afirmado que en razón del deber reforzado de protección hacia los mismos, los Estados tienen la obligación diseñar e implementar auténtico sistema “*integrado, cohesivo, interdisciplinario y coordinado que incorpore toda la gama de medidas previstas en el artículo 19, párrafo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño*], para prevenir, sancionar y reparar la violencia infantil⁶⁷. Este sistema comprende la prevención⁶⁸, identificación⁶⁹,

⁶⁶ El artículo 44 de la Carta Política establece al respecto lo siguiente: “*ARTICULO 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. //Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. // La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. // Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás*” (subrayado por fuera de texto).

⁶⁷ Observación General Nro. 13 (2011) del Comité de los Derechos del Niño (Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia). Doc. CRC/C/GC/13. Documento disponible en: http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/CRC.C.GC.13_sp.pdf. Último acceso: 5 de septiembre de 2013.

⁶⁸ Según el Comité, la protección del niño requiere en primer lugar la “*prevención activa de todas las formas de violencia, y su prohibición explícita (...) la prevención consiste en medidas de salud pública y de otra índole, destinadas a promover positivamente una crianza respetuosa y sin violencia para todos los niños y a luchar contra las causas subyacentes de la violencia en distintos niveles: el niño, la familia, los autores de actos de violencia, la comunidad, las instituciones y la sociedad. Es fundamental la prevención general (primaria) y específica (secundaria) ocupen siempre un lugar central en la creación y el funcionamiento de los sistemas de protección del niños. Las medidas preventivas son las que mejores resultados surten a largo plazo*”. Observación General nro. 13 (2011) del Comité de los Derechos del Niños (Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia). Doc. CRC/C/GC/13. Documento disponible en: http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/CRC.C.GC.13_sp.pdf. Último acceso: 5 de septiembre de 2013.

⁶⁹ Según el Comité, la identificación implica la determinación de los factores de riesgo y los indicadores de las distintas formas de violencia, y el diseño e implementación de sistemas para su detección pronta y eficaz: “*Se identifican factores de riesgo que afecten a determinados niños o grupos de niños y a sus cuidadores (para dar curso a iniciativas específicas de prevención) y de detectan indicios fundados de maltrato (para facilitar una intervención adecuada y lo más rápida posible) (...)*. Observación General nro. 13 (2011) del Comité de los Derechos del Niños (Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia). Doc. CRC/C/GC/13. Documento disponible en: http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/CRC.C.GC.13_sp.pdf. Último acceso: 5 de septiembre de 2013.

notificación⁷⁰, remisión a una institución⁷¹, investigación⁷², tratamiento⁷³, observación ulterior e intervención judicial de toda forma de maltrato infantil. Entender que la denuncia de tales agresiones contra niños no es una obligación, desdibujaría, debilitaría y desestructuraría este sistema integral y holístico de protección, al suprimir uno de los elementos de la compleja red de asistencia al menor.

6.10.4. En definitiva, pese a que el deber general de denuncia no tiene una consagración expresa en la Carta Política, y a que en principio el legislador puede establecer excepciones a tal obligación, en el caso de los niños, el interés superior del menor, su status de sujeto de derechos, y el deber de la familia, de la sociedad y el Estado de brindarles asistencia y de resguardarlos frente a toda forma de violencia, según se establece en el artículo 44 superior, implica también la existencia de un imperativo constitucional de denunciar los delitos cometidos en su contra, deber que es particularmente imperioso cuando el potencial denunciante tiene la calidad de responsable del menor, y cuando el hecho punible afecta su vida, integridad, libertad individual o libertad y formación sexual. Un entendimiento distinto equivaldría a vaciar de todo contenido los preceptos constitucionales aludidos.

6.11. En conclusión, (i) el deber general de denuncia no se encuentra consagrado expresamente en el ordenamiento superior, pero su previsión legal tiene fundamento en diversos principios constitucionales asociados con las exigencias de solidaridad y de contribución con el sistema de administración de justicia; (ii) en principio, el deber de denuncia puede ser exceptuado por vía legal; (iii) pese a lo anterior, en virtud del artículo 44 superior, que establece el interés superior del niño, la prevalencia de sus derechos, y el deber del Estado

⁷⁰ Según el Comité, “los Estados deben diseñar e implementar mecanismos de atención, seguros, bien divulgados, confidenciales y accesibles a los niños, sus representantes y otras personas, que permitan notificar los casos de violencia (...) en todos los países, los profesionales que trabajan directamente con niños deben exigir, como mínimo, la notificación de casos, sospechas o riesgos de violencia. Deben existir procesos para asegurar la protección del profesional que haga una notificación, siempre que actúe de buena fe”. Observación General nro. 13 (2011) del Comité de los Derechos del Niños (Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia). Doc. CRC/C/GC/13. Documento disponible en: http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/CRC.C.GC.13_sp.pdf. Último acceso: 5 de septiembre de 2013.

⁷¹ Según el Comité, la investigación comprende: (i) la obligación de que sea adelantada por profesionales calificados y con formación específica en la problemática del maltrato infantil; (ii) la realización de procedimientos basados en los derechos del niño; (iii) la adopción de procedimientos de investigación rigurosos pero adaptados a la situación de los menores; (iv) la búsqueda de la verdad teniendo en consideración las experiencias y la opinión del niño. Observación General nro. 13 (2011) del Comité de los Derechos del Niños (Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia). Doc. CRC/C/GC/13. Documento disponible en: http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/CRC.C.GC.13_sp.pdf. Último acceso: 5 de septiembre de 2013.

⁷³ Según el Comité, el tratamiento comprende: (i) la obligación de recabar la opinión del niño y la de tenerla en consideración para adoptar las medidas de protección; (ii) adoptar medidas para asegurar la seguridad del menor; (iii) el impacto de las medidas a adoptar en el bienestar del niño, en el inmediato, corto, mediano y largo plazo. Observación General nro. 13 (2011) del Comité de los Derechos del Niños (Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia). Doc. CRC/C/GC/13. Documento disponible en: http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/CRC.C.GC.13_sp.pdf. Último acceso: 5 de septiembre de 2013.

de asistirlos y protegerlos para asegurar el máximo goce de sus derechos y para resguardarlos frente a todo acto de violencia, la excepción al deber de denuncia no podría comprender los delitos cometidos contra niños, cuando afectan su vida o integridad personal, libertad individual o libertad y formación sexual. La razón de ello es que la denuncia constituye el mecanismo de activación por excelencia del sistema de protección de los derechos del menor agredido, y que tal acto no puede ser propuesto por el propio menor en cuya contra se cometió el delito; (iv) por la razón anterior, la supresión de este deber implicaría anular los derechos de los niños a la verdad, la justicia y la reparación, así como el derecho a que se adopten medidas para su protección y asistencia integral.

7. La garantía constitucional de no incriminación como fundamento de la excepción al deber general de denuncia, cuando el delito tiene como sujeto pasivo un niño.

Hasta el momento se ha dicho que aunque en general el deber de denuncia tiene naturaleza y rango legal, cuando el sujeto pasivo del delito es un niño, y la conducta afecta su vida, integridad, libertad personal o libertad y formación sexual, el deber adquiere una connotación constitucional. No obstante, como quiera que la misma Constitución consagra la garantía de no incriminación, en virtud de la cual *“nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil”*, podría pensarse que cuando el hecho punible se realiza en contra de un menor, y uno de los testigos es el cónyuge o compañero, o pariente cercano del victimario, el ordenamiento superior ofrece soluciones jurídicas contradictorias y excluyentes: a la luz del artículo 44, debería denunciar el hecho, y a la luz del artículo 33, no tendría este deber y podría abstenerse válidamente de hacerlo. Desde esta perspectiva, habría una antinomia dentro de la propia Constitución, aunque no ya entre la garantía de no incriminación y el principio de igualdad, como se puso de presenten en la Sentencia C-1287 de 2001, sino entre aquella y los derechos de los niños, su interés superior y el deber de la familia, la sociedad y el Estado de ofrecerles asistencia y protección integral.

En este marco, si se afirmara la prevalencia del artículo 44 superior, habría que concluir que como el precepto demandado hace eco de la garantía de no incriminación para los parientes del victimario del niño, en detrimento de los derechos del niño, la Corte debería declarar la exequibilidad condicionada de la disposición, estableciendo una salvedad cuando el afectado por el hecho punible es un menor. Por el contrario, si se supone la prevalencia del artículo 33 superior, habría que concluir que, en la medida en que la norma impugnada se sustenta directamente en la mencionada previsión constitucional, no adolece del vicio alegado por el actor, y que por tanto, hay lugar a la declaratoria de exequibilidad simple.

Así las cosas, corresponde a la Corte determinar si en razón de la referida garantía, el deber constitucional de denunciar los delitos contra niños tiene una excepción, cuando quien tiene conocimiento del mismo, es el cónyuge, compañero permanente, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil del autor del hecho punible.

7.1. A juicio de esta Corporación, la garantía de no incriminación prevista en el artículo 33 de la Carta Política, no podría servir como fundamento de esta excepción, por las razones que se indican a continuación.

7.2. En primer lugar, el precepto constitucional aludido reconoce dos garantías claramente diferenciables: la de no autoincriminación, y la de no incriminación de los familiares próximos. Pese a que ambas se encuentran comprendidas dentro del mismo enunciado, se trata de dos figuras distintas en cuanto a su fundamento, contenido y alcance.

7.2.1. En efecto, la primera de ellas es un componente esencial del derecho de defensa, en tanto blinda a la persona cuya responsabilidad jurídica se intenta determinar, de la posibilidad de ser obligado o coaccionado para declarar contra sí mismo. Por tal motivo, tanto en el derecho nacional como en los instrumentos internacionales de derechos humanos y en el derecho comparado, la referida garantía se encuentra inescindiblemente vinculada al derecho al debido proceso⁷⁴, en el entendido de que la obligación de declarar contra sí mismo haría nugatoria la estructuración y la ejecución de la estrategia de defensa.

7.2.2. La garantía de no incriminación del cónyuge, compañero permanente y parientes cercanos tiene un fundamento sustancialmente distinto, pues persigue, no ya la protección del derecho de defensa, sino salvaguardar el vínculo entre el autor o cómplice del hecho punible y sus familiares, en distintos sentidos⁷⁵.

Primero, la norma resguarda al testigo-familiar que se encuentra en un

⁷⁴ Así se encuentra, por ejemplo, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuando en el artículo 8, referido a las garantías judiciales, establece que *“Toda persona (...) tiene (...9 derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable”*. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone en su artículo 14 que *“durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable”*. Y en términos semejantes, el Artículo 55 del Estatuto de la Corte Penal Internacional establece que *“cuando haya motivos para creer que una persona ha cometido para creer que una persona ha cometido un crimen de la competencia de la Corte y esa persona haya de ser interrogada por el Fiscal o por las autoridades nacionales (...) tendrá los derechos siguientes: (...) b) A guardar silencio sin que ello puede tenerse en cuenta a los efectos de determinar su culpabilidad o inocencia”*.

⁷⁵ Sobre los fines de la garantía de no incriminación de los parientes próximos y su problemática en el derecho comparado, con especial referencia al derecho español, *cfr.*, María Luisa Villamarín, *El derecho de los testigos parientes a no declarar en el proceso penal*, en Revista para el Análisis del Derecho, Universidad Complutense de Madrid, octubre de 2012. Documento disponible en: <http://www.indret.com/pdf/922.pdf>. Último acceso: 8 de octubre de 2013.

particular y complejo conflicto de intereses, cuando el deber abstracto de colaborar con la justicia se convierte en ese escenario concreto, en una pesada carga que normalmente no se tiene⁷⁶: si cumple la obligación legal y evita las sanciones por su infracción, contribuiría a la incriminación de su propio pariente y faltaría a la lealtad, por revelar información obtenida en la intimidad de la familia; y si elude el deber de declarar para proteger a su cónyuge, compañero o pariente, estaría expuesto a ser perseguido o sancionado, en contra de sus propios intereses. De este modo, la garantía busca liberar al testigo del hecho punible de este gravamen, permitiéndole no perjudicar con su conducta a la persona con la que tiene un sólido vínculo originado en los nexos familiares, y preservar un cierto deber de lealtad.

Por otro lado, la garantía atiende a la necesidad de que el Estado no interfiera en la relación entre el victimario y el pariente testigo. Como en circunstancias regulares la incriminación constituye un elemento probatorio definitivo en la determinación de la responsabilidad penal, y como ésta podría ser asumida como un acto de *“traición familiar”*, motivos ambos que normalmente conducen a una ruptura o al menos a un conflicto grave entre el autor o cómplice del delito y el cónyuge, compañero permanente o pariente que optó por declarar en su contra, se ha entendido que en este escenario específico, debería existir la posibilidad de abstenerse de incriminar a quien integra el núcleo familiar.

Finalmente, la medida blindada la institución familiar como tal, en la medida en que el establecimiento de un deber de declarar en contra del cónyuge, compañero o pariente que ha cometido o participado en un hecho punible, generaría un clima de desconfianza entre los miembros de la familia, por el peligro latente de que los asuntos que se conocen en la intimidad sean sometidos al escrutinio público, todo lo cual terminaría por debilitar los vínculos entre ellos y por desestabilizar la familia. En este sentido, se ha indicado que en atención a la intimidad y unidad de la institución, carece de sentido postular un deber de incriminación mutuo y recíproco entre sus integrantes.

La finalidad atribuida a esta salvaguardia es consistente con los resultados de las investigaciones empíricas que fueron reseñadas en las intervenciones en este proceso de constitucionalidad, que al poner de manifiesto tanto las dificultades de un deber de declarar para el pariente testigo de un delito, como el impacto que podría tener tal obligación en las relaciones de familia, vinculan el principio de no incriminación a la protección de los lazos familiares, más que al

⁷⁶ En otras latitudes la garantía de no incriminación a los parientes tiene un fundamento distinto, aunque en todo caso vinculada a la protección de la familia. Así por ejemplo, en algunos países se ha considerado que la previsión normativa responde a la necesidad de proteger la búsqueda de la verdad en los procesos penales, en el entendido de que los testigos que tienen un fuerte vínculo afectivo con el presunto autor o cómplice de un delito, no tienen las condiciones para dar cuenta de la realidad de los hechos.

derecho de defensa como tal.

Así, tanto el Instituto de Familia de la Universidad de La Sabana como la Facultad de Psicología de la Pontificia Universidad Javeriana, indicaron en sus escritos el tipo de conflictos a los que se enfrenta el testigo de un delito cometido por un pariente próximo, cuando considera la posibilidad de incriminarlo: el individuo podría afrontar un dilema moral por la posibilidad de “traicionar” y perjudicar a la persona con la que tiene un sólido y estrecho vínculo, en lugar de brindarle apoyo incondicional; pero además, la persona podría ser objeto de distintos temores por las potenciales consecuencias nocivas de su decisión de incriminar: una eventual ruptura en el hogar, con las consecuencias emocionales, afectivas y económicas que ello implica, la desprotección de los menores que se encuentran insertos en el núcleo familiar, las represalias del pariente incriminado que normalmente detenta una posición de poder, e incluso el estigma social que se genera cuando la violencia intrafamiliar es expuesta públicamente, especialmente en aquellos contextos en los que se confiere una especial importancia al honor familiar. De este modo, los hallazgos empíricos vendrían a explicar la garantía de no incriminación de los parientes, en la línea de la salvaguardia de la mencionada institución.

Así lo ha reconocido esta misma Corporación en múltiples oportunidades, afirmando que el fundamento de esta garantía es justamente la protección de la familia.

En la Sentencia C-1287 de 2001⁷⁷, por ejemplo, se examinó la constitucionalidad de las disposiciones legales que establecían la excepción al deber de denunciar a los parientes en el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil, con fundamento, justamente, en la garantía de no incriminación prevista en el artículo 33 de la Carta Política⁷⁸. A juicio del demandante, la norma establecía una diferenciación injustificada entre las familias conformadas por vínculos naturales, y las originadas en la adopción: así, mientras en el primer caso la protección se extendía hasta el cuarto grado, en el último caso únicamente hasta el primero. La Corte sostuvo que como la garantía de no incriminación tiene como fundamento la defensa del núcleo familiar, y en particular el resguardo de su intimidad y unidad, la distinción entre ambos tipos de familia era incompatible con el principio general de igualdad previsto en el artículo 13 del texto constitucional y con la regla de la igualdad entre las distintas categorías de hijos, prevista en el artículo 42.4 de la misma Carta: *“El principio que motiva la regla del artículo 33 de la Carta es el de no incriminación de familiares, fundamentado a su vez en los valores y principios más generales de respeto a la dignidad de la persona humana,*

⁷⁷ M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁷⁸ Se trata de los artículos 431 de la Ley 522 de 1999 (Código Penal Militar), y 267 de la Ley 600 de 2000 (el Código de Procedimiento Penal vigente en aquel momento).

respeto a la autonomía de la voluntad y a la libertad de conciencia, y en la protección especial a la intimidad y unidad de la familia. No obstante, la redacción de esta última norma (la del artículo 33) limita la vigencia de los aludidos principios en relación con los hijos adoptivos, pues respecto de ellos la excepción al deber de declarar se restringe al primer grado de parentesco civil, como ya se explicado. Para esta categoría de hijos (...) el artículo 33 de la Constitución ha restringido el alcance de los principio de no incriminación de familiares, respeto a la intimidad familiar (...) Por esto los hijos adoptivos deben ser llamados a declarar contra sus parientes más próximos en las mismas condiciones en que son llamadas las demás categorías de hijos". A partir de este argumento, la Corte declaró la exequibilidad de las expresiones "primero civil" contenidas en los artículos 283 del Decreto 2700 de 1991, 431 y 495 de la Ley 522 de 199 y 337 de la Ley 600 de 2000, pero aclarando que su aplicación debía tener en cuenta el principio de igualdad entre las distintas categorías de hijos.

Por su parte, en la Sentencia C-799 de 2005⁷⁹ se examinó la constitucionalidad del literal b) del artículo 8 de la Ley 906 de 2004, según el cual el imputado tiene derecho a no incriminar a su cónyuge, compañero permanente y parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, y cuestionado en su momento porque, siguiendo las pautas del artículo 33 de la Carta Política, únicamente prevé la garantía para los parientes civiles en el primer grado y no en el cuarto. En este fallo la Corte reiteró la tesis ya expuesta en la Sentencia C-1287 de 2001, afirmando que como la norma pretende salvaguardar los lazos familiares, su ampliación por vía legal para establecer unas mismas condiciones entre los hijos naturales y los hijos biológicos no representaba una lesión a ningún precepto superior, sino justamente una extensión de la protección a la familia.

Siguiendo la misma línea argumentativa, en la Sentencia C-029 de 2009⁸⁰, este tribunal sostuvo que como la garantía de no incriminación de los parientes próximos atiende a la necesidad de amparar las relaciones de afecto y solidaridad, evitando que las personas sean obligadas a declarar en contra de quienes hacen parte de este núcleo de individuos con las que se ha consolidado tal vínculo, en los procesos penales, penales militares y disciplinarios la mencionada garantía debía comprender también a las parejas permanentes constituidas por personas del mismo sexo. En este sentido, el fallo expresó que la garantía prevista en el artículo 33 de la Carta Política "tiene su fundamento principal en la consideración del especial vínculo de afecto, solidaridad y respeto que existe entre determinadas personas, que surge de la decisión de adelantar un proyecto de vida en común, y frente al cual las obligaciones de declarar, denunciar o formular queja, contempladas de manera general por el

⁷⁹ M.P. Jaime Araujo Rentería.

⁸⁰ M.P. Rodrigo Escobar Gil.

ordenamiento jurídico, serían demasiado gravosas y darían lugar a conflicto que atentan contra la autonomía, la dignidad y la intimidad personales. Específicamente en cuanto hace a la protección que se otorga a los compañeros permanentes, ella se explica en razón de los vínculos morales y afectivos que surgen en virtud de una comunidad de vida permanente y singular, aspecto en relación con el cual no se aprecian diferencias entre las parejas heterosexuales y las homosexuales. En ese contexto, las situaciones de ambos tipos de pareja son asimilables y no existe razón alguna para que, si se establece la excepción a los referidos deberes en relación con los compañeros permanentes en una pareja heterosexual, no ocurra lo propio con los integrantes de una pareja homosexual". Así las cosas, asumiendo que la garantía de no incriminación tiene por objeto preservar y tutelar estos lazos, la Corte declaró la constitucionalidad condicionada de los preceptos legales que la desarrollan en materia penal, penal militar y disciplinaria, en el entendido de que tales previsiones se aplican también, en igualdad de condiciones, a los integrantes de parejas homosexuales⁸¹.

Más recientemente, en la Sentencia C-115 de 2008⁸² se resolvió la demanda interpuesta contra el artículo 110 del Código Penal, que prevé como causal de agravación punitiva del homicidio culposo, el abandono, sin justa causa, del lugar de la realización de la conducta punible. Aunque a juicio del demandante la norma desconocía la garantía de no incriminación, por obligar a las personas a asumir una conducta que eventualmente podría perjudicarla, la Corte sostuvo, entre otras cosas, que la salvaguardia contenida en el artículo 33 superior atendía no solamente a la necesidad de permitir la estrategia de defensa del presunto responsable de un hecho punible sino también la protección de la armonía familiar, que su alcance debía definirse a la luz de este objeto⁸³, y que en todo caso debía ser articulado con los demás principios constitucionales, como el de solidaridad; en este marco, la Corte argumentó que como la causal de agravación punitiva desarrollaba el principio de solidaridad, y que como en estricto sentido no se afectaba ni la defensa del autor del homicidio ni sus vínculos familiares, el cargo no estaba llamado a prosperar.

En definitiva, la prohibición constitucional de obligar a las personas a declarar en contra del cónyuge, compañero o pariente próximo, tiene como fundamento la protección de los lazos de amor, afecto y solidaridad, y en general, el respeto

⁸¹ Las normas respecto de las cuales la Corte se pronunció en la Sentencia C-029 de 2009, son las siguientes: artículos 8-b, 282, 303 y 385 de la Ley 906 de 2004, 222, 431 y 495 de la Ley 522 de 1999 y 71 de la Ley 734 de 2002.

⁸² M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

⁸³ En este sentido, parafraseando la sentencia C-776 de 2001, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, en el fallo se sostuvo lo siguiente: "Además de favorecer la indemnidad del ser humano ante sí mismo y frente al Estado, para que no sea compelido a expresar algo que resulte contrario a su propia intimidad e intereses personales, la Corte Constitucional ha señalado que el precepto constitucional en cuestión también ampara la "armonía familiar" y 'el derecho de una persona a procurar el bienestar suyo y de sus familiares, pues cualquier conducta que la obligue a declarar contra sí mismo o parientes más cercanos debe ser censurada'".

a la autonomía y la unidad de la institución de la familia.

7.2.3. La distinción anterior entre la garantía de no autoincriminación y la de no incriminación de los miembros del núcleo familiar, explica su diferente espectro de protección.

En el primer caso, por estar asociada indisolublemente al derecho de defensa, en los sistemas mundial y regional de derechos humanos ha sido reconocida unánime y uniformemente, como una salvaguardia que en principio no admite ningún tipo de excepción o salvedad. Por el contrario, la garantía de no incriminación de los parientes no constituye un estándar mínimo de los sistemas de protección de derechos humanos, y en el derecho comparado su consagración ha sido un asunto contingente. En otras palabras, mientras que la primera hace parte integral del “núcleo duro” del derecho de defensa y del derecho al debido proceso, la segunda no es un componente esencial de los referidos derechos.

Así, el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que *“toda persona inculpada de delito tiene derecho (...) a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable”*. En el mismo sentido, el artículo 14 del Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos dispone que *“durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad (...) a no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable”*; y el artículo 55 del Estatuto de la Corte Penal Internacional prescribe que *“cuando haya motivos para creer que una persona ha cometido un crimen de la competencia de la Corte y esa persona haya de ser interrogada por el Fiscal o por las autoridades nacionales (...) tendrá derecho (...) a guardar silencio, sin que ello pueda tenerse en cuenta a los efectos de determinar su culpabilidad o inocencia”*. Así pues, en el derecho internacional de los derechos humanos la garantía se extiende únicamente a la autoincriminación, y no a la de los miembros del núcleo familiar.

Por su parte, en el derecho comparado se encuentran grandes contrastes, desde aquellos ordenamientos que no contemplan la garantía de no incriminación de los parientes, hasta aquellos que la prevén en términos similares a la garantía de no auto-incriminación, pasando por los que la consagran pero con amplias y considerables limitaciones. Por tan solo mencionar algunos ejemplos, el artículo 199 del Código de Procedimiento Penal de Italia, aunque establece que los parientes cercanos del imputado no están obligados a declarar, también consagra como excepción la presentación previa de una denuncia, querrela o *“istanza”* en contra del pariente, o cuando la víctima es ella misma o un familiar suyo. En la *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, la garantía se consagra únicamente respecto del cónyuge, y en esta hipótesis existe la obligación de declarar en su contra cuando se trata de delitos sexuales o delitos

contra niños. En Inglaterra, el *Police and Criminal Evidence Act* de 1984 contempla una serie de salvedades a la prohibición de obligar a declarar en contra del cónyuge cuando existan intereses públicos en juego, como en los delitos de violencia doméstica, y en particular, los cometidos contra menores de 16 años que conviven en el núcleo familiar, en el entendido de que la exoneración al deber de declarar constituiría un ingrediente fundamental de la impunidad⁸⁴. Y la reciente Constitución de 2008 de la República de Ecuador dispone en su Artículo 77.8 que *“nadie podrá ser llamado a declarar en juicio penal contra su cónyuge, pareja o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, excepto en el caso de violencia intrafamiliar, sexual y de género. Serán admisibles las declaraciones voluntarias de las víctimas de un delito o de los parientes de éstas, con independencia del grado de parentesco”* (subrayado por fuera de texto).

7.2.4. Ahora bien, como la hipótesis abstracta examinada en este proceso recae sobre la garantía de no incriminación de los parientes próximos, y no sobre la prohibición de autoincriminación, el alcance de la primera debe ser determinado a la luz de las finalidades a las cuales atiende, es decir, a la necesidad de proteger los lazos familiares en tres sentidos: primero, liberando al pariente testigo de un conflicto de intereses, al tener que decidir entre cumplir el deber de colaborar con el sistema de administración de justicia, y el deber moral de lealtad con el pariente autor o cómplice del hecho punible. Segundo, garantizando la no interferencia del Estado en el vínculo entre el agresor y su pariente testigo, al “forzar” una incriminación que razonablemente sería asumida por aquel como un acto de “traición”, y que conduciría a la ruptura de los lazos. Y finalmente, blindando a la institución familiar como tal, evitando que la incriminación de los parientes se convierta en un factor de desconfianza y de desestabilización, y asegurando la autonomía e intimidad de la familia, piedras angulares del sistema constitucional.

No obstante, en la hipótesis abstracta examinada, tales finalidades no podrían ser sobredimensionadas, y sobre esta base conferir a la garantía de no incriminación un carácter absoluto. En efecto, si bien existe un reconocimiento general de la intimidad y la autonomía de la familia, éste se hace sobre la base

⁸⁴ Los apartes 2^a y 3^a de Sección 80 del referido acto establece lo siguiente: “(2A) In any proceedings the spouse or civil partner of a person charged in the proceedings shall, subject to subsection (4) below, be compellable—

(a) to give evidence on behalf of any other person charged in the proceedings but only in respect of any specified offence with which that other person is charged (...)

(3) In relation to the spouse or civil partner of a person charged in any proceedings, an offence is a specified offence for the purposes of subsection (2A) above if—

(a) it involves an assault on, or injury or a threat of injury to, the spouse or civil partner or a person who was at the material time under the age of 16; (...). Documento disponible en: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1984/60/section/80#commentary-c1133025>. Último acceso: 13 de octubre de 2013. .

de que normalmente involucra solo cuestiones privadas que no deben estar sometidas al escrutinio y al control público. No obstante, la autonomía y la intimidad deben ceder cuando se encuentra comprometidos el interés público y la afectación de los derechos fundamentales de personas que no pueden reivindicarlos por sí mismas, pues ello equivaldría a convertir a la familia en un escenario que se sustrae a las exigencias básicas del Estado Constitucional de Derecho.

Por esta misma razón, el interés del Estado en proteger la unidad familiar y los lazos de afecto y solidaridad, pierde su objeto cuando de facto éstos se han roto por situaciones de violencia y maltrato. Propiamente hablando, si las relaciones de familia están mediadas por la intimidación, la violencia y el crimen, ya no existe un vínculo familiar susceptible de ser salvaguardado y amparado por el derecho positivo. En estas hipótesis se encuentra sólo la apariencia de un vínculo familiar y el interés de preservar su honor frente a la sociedad, pero tales pretensiones no son susceptibles de salvaguardia constitucional cuando implican la desprotección de niños cuyos derechos han sido violentados.

Y finalmente, si el objeto de la garantía es liberar al testigo de la dura carga de verse forzado a incriminar a su propio pariente para satisfacer un deber abstracto de colaborar con la justicia, en el contexto de la violencia intrafamiliar ésta finalidad pierde sentido cuando de hecho existe una víctima concreta que está inserta en el mismo núcleo familiar del testigo. Es decir, en estos casos ya no se trata de cumplir con la carga abstracta de solidaridad que en el caso concreto implicar incriminar y traicionar al propio familiar, sino de proteger a un familiar con el que también existe un vínculo estrecho y profundo, y que además, se encuentra indefenso frente a la violencia y el maltrato.

Así, a la luz de la finalidad de la garantía de no incriminación, no resulta razonable suprimir el deber de denuncia de los delitos cometidos contra menores de edad.

7.3. En segundo lugar, como el efecto jurídico específico de la garantía constitucional de no incriminación de los parientes próximos es la de impedir que las personas sean obligadas a declarar en contra de ellos por las autoridades, pero no liberar a los individuos de la obligación de declarar, las excepciones al deber de denuncia no podrían ampararse en una garantía que propiamente hablando, no contempla una salvedad o una excepción al deber de declarar, sino una protección de naturaleza, contenido y efectos distintos.

En efecto, en virtud de la referida garantía, las personas tienen el derecho a no ser forzadas a dar declaraciones incriminatorias, ni por medios coercitivos directos, ni por medios indirectos que formalmente confieran la posibilidad de abstención, pero atribuyan consecuencias adversas para quien no lo hace. Es

decir, la consecuencia jurídica de la garantía no consiste en liberar a las personas de la obligación de declarar contra sus familiares, sino en otorgarles una salvaguardia especial, para que no puedan ser forzadas, ni por vías directas ni por vías indirectas, a dar estas manifestaciones.

Este alcance se encuentra previsto en el artículo 33 del texto superior y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, de acuerdo con la lectura dominante de los mismos en la comunidad jurídica. Esta prohibición es el elemento definitorio del principio, tal como fue puesto de presente por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en su intervención.

Así, el Artículo 33 del texto superior establece que *“nadie podrá ser obligado a declarar (...) contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil”* (subrayado por fuera de texto). Tal entendimiento de la garantía coincide con el alcance que se la ha dado en los instrumentos internacionales de derechos humanos; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece como componente fundamental del derecho al debido proceso el derecho de la persona *“a no ser obligada a declarar”*. En el marco del sistema interamericano, la CADH establece en el Artículo 8.2.g. que los individuos tienen el *“derecho a no ser obligado a declarar”*.

Los intérpretes autorizados de estos instrumentos han coincidido en que la consecuencia jurídica de la garantía es que las personas no pueden ser compelidas de ningún modo a declarar, ni siquiera bajo la modalidad indirecta, en la que formalmente se admite la no incriminación, pero se atribuyen consecuencias adversas a quien se abstiene de ejecutar tales declaraciones incriminatorias. Así se encuentra en las sentencias C-024 de 1994⁸⁵, C-102 de 2005⁸⁶, C-258 de 2011⁸⁷, C-621 de 1998⁸⁸, C-776 de 2001⁸⁹, T-1031 de 2001⁹⁰,

⁸⁵ M.P. Alejandro Martínez Caballero. En esta sentencia se sostuvo que el artículo 33 superior proscribió e invalida todo tipo de procedimientos encaminados a obtener confesiones forzadas o no voluntarias de quienes declaran ante las autoridades públicas, y sobre esta base concluyó que la disposición legal que permite la aprensión del testigo renuente no infringe la referida garantía, porque esta no comprende el derecho a no servir como testigos.

⁸⁶ M.P. Alfredo Beltrán Sierra. En este fallo se advirtió que la garantía del Artículo 33 de la Carta Política impide las confesiones forzadas, y a partir de este supuesto concluyó que las normas procesales de la legislación civil y laboral que contemplan la confesión como medio de prueba, no desconocen el ordenamiento superior.

⁸⁷ M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. En esta providencia la Corte sostuvo que la disposición que establece como criterio para graduar las sanciones disciplinarias de los miembros de la Policía Nacional, haber eludido la responsabilidad durante el correspondiente proceso disciplinario, debía ser entendida en el sentido de haber ejecutado *“conductas dolosas orientadas de manera positiva a obstruir la investigación”*.

⁸⁸ M.P. José Gregorio Hernández Galindo. En este fallo la Corte declaró la inexecutable parcial del artículo 357 del Decreto 2700 de 1991, en el que se establecía que durante la investigación se debía *“exhortar”* al imputado a decir la verdad y solo la verdad, y advirtiéndole sobre las consecuencias del incumplimiento de tal deber. A juicio de la Corte, la preceptiva legal infringía el principio de no autoincriminación previsto en el artículo 33 de la Carta Política, pues era una forma vedada de coacción ejercida sobre el imputado, para forzarlo a declarar contra sí mismo.

⁸⁹ M.P. Alfredo Beltrán Sierra. En esta oportunidad la Corte declaró la inexecutable parcial del artículo 368 de la Ley 600 de 2000, en la cual se condicionaba la libertad provisional a que el procesado prestara *“la*

C-422 de 2002⁹¹, C-431 de 2004⁹², C-782 de 2005⁹³ de esta Corporación, en diversas Observaciones Generales del Comité de Derechos Humanos⁹⁴, y en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, órgano de cierre de la justicia ordinaria⁹⁵.

Es decir, tanto del tenor literal del texto constitucional y de los instrumentos internacionales de derechos humanos, como de una interpretación teleológica y del entendimiento dominante en la comunidad jurídica del principio de no incriminación, se sigue que el efecto del mismo es impedir las declaraciones forzosas, lo cual no necesariamente excluye la existencia de un deber de declarar, así su cumplimiento no pueda ser exigido por las autoridades.

En este contexto, tampoco se justifica conferir a la garantía constitucional un alcance que el ordenamiento mismo no le ha dado, para sobre esta base exceptuar el deber constitucional de denuncia de los delitos cometidos contra niños. Esta distinción, aparentemente sutil, entre la prohibición para las autoridades de forzar las declaraciones incriminatorias y la de relevar del deber de efectuar tales declaraciones, resulta de la mayor relevancia en este contexto, pues es sustancialmente distinto afirmar que las personas no tienen el deber de informar a las autoridades sobre la comisión de delitos cometidos contra niños,

colaboración necesaria para el esclarecimiento de los hechos". Este tribunal consideró que se trataba de una forma sutil de presionar al procesado para declarar, y que en tales circunstancias, la norma vulneraba el Artículo 33 de la Carta Política.

⁹⁰ M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

⁹¹ M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. En la referida providencia se declaró la exequibilidad del artículo 31 del Decreto Ley 522 de 1971, que disponía que la persona que fuese requerida por funcionario o empleado público en sus funciones, y declarara falsamente o se rehusara a proporcionar información sobre su propia persona o de otra conocida, incurriría en multa. No obstante, teniendo como fundamento el Artículo 33 de la Carta Política, se aclaró que la persona requerida podría abstenerse de dar información que lo autoincrimine, y que tal conducta no era sancionable.

⁹² M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. En esta oportunidad la Corte se pronunció sobre la constitucionalidad de algunas disposiciones de la Ley 836 de 2003 que fijaban el régimen disciplinario de las fuerzas militares. En este contexto, sostuvo que la regla que establecía como un deber "*reconocer con entereza de carácter los errores y faltas cometidas*", era contraria a la garantía de no autoincriminación, en la medida en que su inobservancia implicaba una sanción disciplinaria. De igual modo, se sostuvo que el mandato según la cual "*la palabra del militar será siempre expresión auténtica de la verdad*" no podía ser entendida en el sentido de imponer a los militares del deber de declarar contra sí mismos. Finalmente, condicionó la exequibilidad de las disposiciones que contemplaban como falta disciplinaria "*ocultar al superior, intencionalmente, irregularidades o faltas cometidas contra el servicio, o tratar de desorientarlo sobre la realidad de lo sucedido*", en el sentido de que no comprenden las irregularidades propias.

⁹³ M.P. Alfredo Beltrán Sierra. En este caso, la Corte declaró la exequibilidad del artículo 394 de 2004, "(...) en el entendido que el juramento prestado por el acusado o coacusado declarante no tendrá efectos penales adversos respecto de la declaración sobre su propia conducta; y que, en todo caso, de ello se le informará previamente por el juez, así como del derecho que le asiste a guardar silencio y a no autoincriminarse. Ni del silencio, ni de la negativa a responder, pueden derivarse consecuencias penales adversas al declarante."

⁹⁴ Observación General No. 13 del Comité de Derechos Humanos (1984) sobre Administración de Justicia. Documento disponible en: <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/crc/>. Último acceso: septiembre 8 de 2013; Observación General No. 32 del Comité de Derechos Humanos (2007), sobre el derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia. Documento CCPR/C/GC/32. Disponible en: <http://daccessdds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G07/437/74/PDF/G0743774.pdf?OpenElement>. Último acceso: agosto 8 de 2013.

⁹⁵ Sentencia del 13 de julio de 2006 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, exp. 25410, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

que afirmar que tal deber subsiste, pero que las autoridades públicas no pueden ejercer presión o coacción para obtener tal acto informativo.

Ahora bien, así entendida la garantía de no incriminación, en el sentido de que prohíbe las declaraciones inculpativas forzadas, más no en el sentido de que suprime el deber de efectuar tales declaraciones, podría postularse a un mismo tiempo el deber de denunciar los delitos en contra de menores de edad incluso cuando el denunciante es pariente del agresor, y la garantía de no incriminación en favor del cónyuge, compañero permanente o pariente cercano. Es decir, entendida correctamente la garantía constitucional, no existiría ninguna contradicción entre el artículo 33 de la Carta Política, y el deber constitucional de denunciar los delitos cometidos por un familiar contra un niño previsto en el artículo 44 superior, habida cuenta de que la primera de estas garantías no tiene como efecto jurídico establecer excepciones o salvedades a las declaraciones inculpativas, dentro de las cuales se encuentra comprendida la denuncia, sino únicamente impedir a las autoridades apelar a la coacción, directa o indirecta, para obtener tales declaraciones.

7.4. En tercer lugar, debe tenerse en cuenta que la previsión del artículo 33 de la Carta Política se refiere genéricamente al derecho a no ser obligado a “*declarar*”, y no solo a la formulación de denuncias por la comisión de delitos. Es decir, la garantía constitucional comprende no solo el acto inicial de denuncia, que se debate en esta oportunidad, sino cualquier otra declaración, como la ampliación de denuncias, rendición de testimonios, o declaraciones juramentadas ante notario o ante funcionario judicial, por lo que el enunciado constitucional no contiene una previsión específica para el acto de denuncia⁹⁶.

Aunque en estricto sentido la denuncia es una modalidad de declaración, existen diferencias relevantes entre aquella y las demás incriminaciones: (i) mientras en aquella se pone en conocimiento de las autoridades la comisión de un hecho punible que en principio es desconocida para el Estado, en las demás este conocimiento ya existe y por este motivo, ya se ha activado todo el sistema de protección de derechos, tanto en la administración de justicia, como en la administración pública; (ii) y mientras que en principio la primera de ellas prima la iniciativa y el impulso propio, aquella normalmente se produce por

⁹⁶ Existen otros debates sobre el sentido y alcance de la garantía de no incriminación, que pese a su importancia, no tienen relación directa con el problema jurídico debatido en esta oportunidad.//Así por ejemplo, se ha discutido ampliamente acerca de las materias sobre las cuales recae el Artículo 33 de la Carta Política; la Corte no ha mantenido en este punto una línea uniforme, pues aunque inicialmente sostuvo que la garantía se circunscribe a asuntos penales, correccionales y de policía (Sentencia C-416 de 1997, M.P. Jorge Arango Mejía), progresivamente extendió el alcance de la figura (sentencias C-422 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis y C-776 de 2001, M.P. Alfredo Beltrán Sierra), hasta finalmente sostener que solo es plenamente aplicable en asuntos sancionatorios, tanto penales como disciplinarios (Sentencia C-258 de 2011, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza)// También se ha debatido sobre los sujetos sobre los cuales recae la garantía, aclarándose que comprende a los parientes en el cuarto grado civil (Sentencia C-1287 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra) y a las parejas homosexuales (Sentencia C-029 de 2009, M.P. Rodrigo Escobar Gil), y sobre su extensión temporal (Sentencia C-258 de 2011), M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

solicitud de las autoridades encargadas de investigar y sancionar los delitos, o de las entidades gubernamentales encargadas de restituir los derechos de las víctimas.

Lo anterior significa que existen diferencias constitucionalmente relevantes entre las declaraciones inculpativas en general, y el acto de denuncia en particular, asociadas a la aptitud de esta última para activar el sistema de protección de derechos, y tales diferencias podrían justificar un régimen jurídico especial y diferenciado para el acto de denuncia.

Por tal motivo, la excepción al deber constitucional de denuncia de los delitos cometidos contra niños que afectan su vida, integridad, libertad personal o libertad y formación sexual, tampoco podría ampararse en la garantía de no inculpativa.

7.5. Finalmente, dado que el derecho penal contemporáneo se edifica no solo a partir del reconocimiento de los derechos de los autores de los hechos punibles, sino también a partir del reconocimiento de los derechos de las víctimas, este eje fundamental debe tener incidencia en la definición del alcance de todas las instituciones que concretan la política criminal del Estado, como ocurre justamente con la garantía de no inculpativa. Es decir, para determinar el alcance del artículo 33 constitucional, constituyen variables ineludibles de análisis los principios y reglas del ordenamiento superior que establecen el status jurídico de los niños, así como la importancia del acto de denuncia dentro de la protección de los menores de edad, y las dificultades y barreras que estos enfrentan para reivindicar sus derechos por sí mismos. Y en este escenario, una vez articulada la garantía de no inculpativa con los demás preceptos que integran el ordenamiento superior, la consecuencia inexorable es que dicha garantía no puede tener un carácter absoluto.

7.6. En síntesis: (i) el principio de no inculpativa, consagrado en el artículo 33 del texto constitucional, contiene dos garantías: la de no autoinculpativa y la de no inculpativa del cónyuge, compañero permanente o parientes próximos; la primera constituye un elemento esencial del derecho de defensa, mientras que la segunda persigue la protección de los vínculos familiares; (ii) la diferencia anterior se proyecta al derecho positivo, pues el texto constitucional, los instrumentos internacionales de derechos y el derecho comparado confieren una protección plena a la garantía de no autoinculpativa por su vínculo inescindible con el derecho al debido proceso, mientras que la de no inculpativa de los familiares cercanos no constituye un estándar mínimo obligatorio, y puede ser exceptuado; (iii) el efecto jurídico de la referida salvaguarda es la prohibición de las declaraciones forzadas en contra de las personas que integran el núcleo familiar, más no la supresión del deber de declarar; (iv) la garantía constitucional de no inculpativa, no contiene una

previsión expresa y específica para el acto de denuncia, sino que versa genéricamente sobre las declaraciones inculpativas; (iv) dadas las especificidades de la referida garantía, ésta no podría servir como fundamento para limitar el espectro del deber constitucional de denunciar los delitos contra niños, por las siguientes razones: primero, la garantía atiende a la protección de los vínculos familiares y la intimidad familiar, pero la necesidad de esta salvaguardia decae cuando los lazos familiares están mediados por la violencia y el maltrato, y cuando se ventilan asuntos públicos como la afectación grave de los derechos de los niños; segundo, la garantía de no inculpativa no suprime el deber de declarar, sino que establece el derecho a no ser forzado a dar declaraciones inculpativas; y tercero, la garantía no se refiere específicamente al acto de denuncia, sino en general a las declaraciones, inculpativas, y existen diferencias relevantes entre unas y otras que justifican un régimen jurídico diferenciado. En definitiva, para esta Corporación es constitucionalmente inadmisibles que en un contexto marcado por la violencia y el maltrato infantil, en el que la prolongación de este fenómeno está determinada, al menos parcialmente, por el silencio, la tolerancia y la impunidad, se pretenda atribuir a la garantía de no inculpativa un alcance que excede su propia finalidad y racionalidad interna, y su propio diseño normativo, para sobre esta base, exceptuar el deber constitucional de denunciar los delitos contra niños.

8. Examen de constitucionalidad del precepto demandado

8.1. El demandante sostiene que la disposición legal que exonera del deber de denuncia contra el cónyuge, compañero o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, es contraria al ordenamiento superior, en tanto no contempla una salvedad cuando la víctima del delito que afecta la vida, integridad personal, libertad individual o libertad y formación sexual, es un menor de edad. A su juicio, tal exoneración vulnera tanto los derechos de estos sujetos de especial protección, como el deber de la familia, la sociedad y el Estado de brindarles asistencia y protección.

8.2. Para determinar la exequibilidad del precepto demandado se deben tener en cuenta las conclusiones obtenidas en los acápites anteriores: (i) Por un lado, existe un deber derivado directamente del artículo 44 superior, de denunciar la realización de delitos contra niños que afecten su vida, integridad personal, libertad individual o libertad y formación sexual, deber que es particularmente imperioso cuando quien tiene conocimiento del mismo, es responsable del menor. (ii) Por otro lado, el artículo 33 superior, contenido de la garantía de no inculpativa, no podría justificar una exoneración a este deber, como quiera que éste precepto no tiene como efecto una liberación al deber de declarar, tampoco contiene una previsión específica sobre la denuncia, y tampoco tiene un carácter absoluto e incondicionado; (iii) Finalmente, y sin perjuicio de lo

anterior, en virtud de la misma garantía de no incriminación, las autoridades públicas no se encuentran facultadas para forzar tales declaraciones ni por vías directas ni por medios indirectos, y el ordenamiento tampoco podría establecer ninguna sanción u otra consecuencia adversa para el infractor de tal deber.

8.3. Sobre la base de estas premisas, se debe emprender el examen de los artículos 68 de la Ley 906 de 2004 y 28 de la Ley 600 de 2000. En aquella se establece que *“nadie está obligado a formular denuncia contra (...) su cónyuge, compañero o compañera o contra sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y civil, o segundo de afinidad”*, y en esta, que *“nadie está obligado a formular denuncia contra sí mismo, contra su cónyuge, compañero o compañera permanente o contra sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil”*. En uno y otro caso la disposición se encuentra precedida de la expresión *“Exoneración del deber de denunciar”*.

Como ya se explicó anteriormente, ambas normas exceden la garantía constitucional de no incriminación, pues no solo prohíben forzar por cualquier medio la denuncia de los familiares cercanos, sino que también liberan a las personas del deber de denuncia. Aunque en general el legislador puede establecer excepciones a la obligación general de denuncia, en razón del artículo 44 superior, que prevé el interés superior del niño, la prevalencia de sus derechos, y la obligación de la familia, de la sociedad y del Estado de brindarle asistencia y protección, tal excepción es inadmisibles cuando la víctima es un menor, por las razones que se explicaron en el acápite precedente. Ahora bien, como la garantía de no incriminación también debe ser satisfecha en su integridad, debe entenderse que si bien en la hipótesis examinada subsiste el deber de denuncia, su infracción no podría ser forzada por las autoridades públicas, ni a su infracción se pueden atribuir consecuencias jurídicas adversas.

Así las cosas, la Corte deberá declarar la constitucionalidad del artículo 68 de la Ley 906 de 2004 y del artículo 28 de la Ley 600 de 2000, en el entendido de que la garantía allí prevista no excluye el deber de denunciar los delitos cometidos en contra de los niños, que afecten su vida, integridad personal, libertad individual o libertad y formación sexual, sin perjuicio de su infracción no puede ser forzada ni sancionada.

8.4. La Corte toma nota de las observaciones de la Procuraduría General de la Nación que apuntan a demostrar la inocuidad e inutilidad de la imposición de un deber de denuncia para los familiares de los autores de delitos contra menores, en tanto su protección y la satisfacción de sus derechos podría obtenerse a través de las estructuras ordinarias de imputación penal, como la autoría, la coautoría y la formas de participación, y así como las circunstancias de mayor punibilidad establecidas en función del parentesco o en función del

vínculo matrimonial o de la unión permanente, e incluso a través de la figura de la posición de garante.

A juicio de esta Corporación, sin embargo, no es cierto que la defensa de menor que se deriva del deber de denuncia, se pueda garantizar en iguales términos a través de las estructuras ordinarias de imputación.

8.4.1. Por una parte, el acto de denuncia y las estructuras ordinarias de imputación operan en momentos procesales distintos. La primera de ellas tiene por ejemplo, justamente, activar la función investigativa del Estado, y así permitir dar inicio al procedimiento penal, mientras que, en contraste, estas otras operan cuando institucionalmente ya ha ocurrido la noticia criminal y se ha activado el aparato represivo del Estado. Por este motivo, mal podrían estos dispositivos pretender sustituir el acto de denuncia.

8.4.2. Además de lo anterior, la Corte disiente del argumento de la Vista Fiscal, según el cual el deber de denuncia no se encuentra subsumido en las formas generales de responsabilidad penal, pues se trata de figuras que responden a objetivos y a una lógica distinta, y que se configuran a partir de criterios sustancialmente diferentes. Así, mientras la obligación de denuncia obedece a la necesidad de materializar el deber de solidaridad y el de contribuir efectivamente con la administración de justicia, las figuras de la coautoría y participación sancionan penalmente la contribución activa con el delito.

Por este motivo, tanto los requisitos como los efectos jurídicos difieren en uno y otro caso: mientras en este último caso se requiere la intervención en la comisión de un hecho punible, bien sea ejecutando directamente la conducta descrita en el tipo penal, solo o mediante división de trabajo, o determinando a otro a hacerlo, o contribuyendo a su realización prestando ayuda posterior, en el caso de la omisión de denuncia la infracción al deber se configura simplemente cuando la persona se abstiene de informar formalmente a las autoridades correspondientes de la comisión de un delito propio o ajeno.

Los efectos jurídicos también son sustancialmente diferentes. En la comisión por omisión por infracción a los deberes inherentes a la posición de garante, y de las formas de autoría y participación, al tratarse de formas de responsabilidad en la comisión de delitos, el efecto jurídico es estrictamente penal; así, según el artículo 25 del Código Penal, *“quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevar a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal”*. Por su parte, en la autoría y coautoría también *“se incurre en la pena prevista para la conducta punible”* (art. 29), y en la complicidad se incurre *“en la pena prevista para la correspondiente infracción disminuida de una sexta parte a la mitad”*.

Por el contrario, la infracción al deber de denuncia por sí misma no tiene efectos penales, sino tan solo en cuanto el legislador la prevea como un delito autónomo. En la legislación penal colombiana tal infracción sólo se configura de manera excepcional, así: Primero, cuando, en razón del oficio, cargo o actividad, se tiene conocimiento de la utilización de menores para el proxenitismo y se omite informar a las autoridades administrativas o judiciales sobre el hecho (artículo 312B)⁹⁷; según el Código Penal, el proxenitismo comprende la inducción a la prostitución, el constreñimiento a la prostitución, la trata de personas, el estímulo a la prostitución de menores, la pornografía con menores de 18 años, el turismo sexual y la utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer servicios sexuales de menores. Segundo, cuando el servidor público tiene conocimiento de un hecho punible que deba ser investigado de oficio y no lo informa a la respectiva autoridad (art. 417)⁹⁸. Y finalmente, cuando una persona tiene conocimiento de la comisión de un delito de genocidio, desplazamiento forzado, tortura, desaparición forzada, homicidio, secuestro, secuestro extorsivo, narcotráfico, enriquecimiento ilícito, testaferrato, lavado de activos, proxenitismo con menores, y no lo informa de manera inmediata a la autoridad (art. 441)⁹⁹.

8.4.3. Tampoco es válido el argumento de que el bienestar del menor exige la excepción del deber de denuncia, para garantizar la unidad familiar que se pone en peligro cuando se obliga a las personas a denunciar a las personas más cercanas.

Lo primero que debe tenerse en cuenta es que este razonamiento parte del falso supuesto de que la persona que se encuentra exceptuada del deber de denuncia en el precepto acusado, es al mismo tiempo familiar del menor víctima del delito, y también del potencial denunciante. Sin embargo, este presupuesto no es necesariamente cierto, porque la norma demandada únicamente exceptúa de

⁹⁷ El Artículo 312B establece al respecto lo siguiente: “*Omisión de denuncia. El que, por razón de su oficio, cargo, o actividad, tuviere conocimiento de la utilización de menores para la realización de cualquiera de las conductas previstas en el presente capítulo y omitiere informar a las autoridades administrativas o judiciales competentes sobre tales hechos, teniendo el deber legal de hacerlo, incurrirá en multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes. // Si la conducta se realizare por servidor público, se impondrá, además, la pérdida del empleo. // PARÁGRAFO TRANSITORIO. Tan pronto como entre en vigencia la Ley 599 de 2000, el presente artículo tendrá el número 219B.*”.

⁹⁸ El Artículo 417 del actual Código Penal establece al respecto lo siguiente: “**Artículo 417.** *Abuso de autoridad por omisión de denuncia. El servidor público que teniendo conocimiento de la comisión de una conducta punible cuya averiguación deba adelantarse de oficio, no dé cuenta a la autoridad, incurrirá en multa y pérdida del empleo o cargo público. La pena será de dos (2) a cuatro (4) años de prisión si la conducta punible que se omitiere denunciar sea de las contempladas en el delito de omisión de denuncia de particular*”.

⁹⁹ El Artículo 417 del actual Código Penal establece al respecto lo siguiente: “**Artículo 441.** *Omisión de denuncia de particular. El que teniendo conocimiento de la comisión de un delito de genocidio, desplazamiento forzado, tortura, desaparición forzada, homicidio, secuestro, secuestro extorsivo, narcotráfico, enriquecimiento ilícito, testaferrato, lavado de activos, cualquiera de las conductas contempladas en el título II de éste Libro o de las conductas contenidas en Capítulo IV del Título IV del Libro II cuando el sujeto pasivo sea un menor de doce (12) años, omitiere sin justa causa informar de ello en forma inmediata a la autoridad, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años.*”.

la obligación de denunciar al cónyuge, compañero permanente y pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad y civil, o segundo de afinidad del *victimario*, y no de la *víctima*, y no siempre el familiar de aquel es también familiar del menor víctima del delito. En otras palabras, este argumento se edifica a partir de una hipótesis cuya ocurrencia es tan solo eventual, de modo que las conclusiones que se extraen de ella, son aplicables únicamente a un tipo de casos que no agotan el repertorio de casos comprendidos en la norma acusada.

Pero incluso asumiendo que el potencial denunciante es al mismo tiempo familiar de la víctima y del victimario, el argumento tampoco es procedente. Como ya se indicó anteriormente, la violencia contra los niños debe ser enfrentada a través de un enfoque de derechos, y el interés abstracto por una unidad familiar que ya de por sí se encuentra maltrecha por la violencia y el maltrato, no puede suprimir el derecho de los niños a la verdad, la justicia y la reparación. En otras palabras, no podría sacrificarse los derechos de los niños con el pretexto de mantener la unidad familiar, que en todo caso tampoco puede mantenerse a través del silenciamiento del delito en el seno de la propia familia.

Así las cosas, el argumento sobre la unidad familiar debe conducir, no a exonerar del deber de denuncia de los delitos cometidos contra menores de edad, sino a exigir de las instancias estatales, tanto gubernamentales como judiciales, enfrentar estos fenómenos a través de mecanismos que permitan la reconstitución y el fortalecimiento de los vínculos familiares, y no a profundizar los conflictos existentes.

8.5. La postulación del deber de denuncia en los términos en los que se ha planteado en esta providencia, sin embargo, conduce a la dificultad de afirmar la existencia de deberes que no tienen adscrita una consecuencia jurídica. Este tipo de disposiciones podrían ser cuestionadas porque, en primer lugar, en principio carecen del elemento de coercibilidad con el que tradicionalmente se han caracterizado las normas jurídicas, y en segundo lugar, porque podría ponerse en entredicho su eficacia.

8.5.1. Pese a la dificultad anterior, para la Corte tiene pleno sentido la afirmación de este deber. Por una parte, porque el reconocimiento de los derechos de los niños, de la prevalencia de tales derechos sobre los de las demás personas, y de la obligación de la familia, la sociedad y el Estado de protegerlos y asistirlos, tiene como consecuencia ineludible afirmar el deber de toda persona de denunciar las formas más graves de violencia contra los niños, incluso cuando este acto incriminatorio se efectúe en contra de una persona con la que se tiene un estrecho vínculo familiar. En otras palabras, desconocer este deber denuncia convertiría en un discurso meramente retórico y carente de todo contenido, los principios y reglas relativas al interés superior del niño y a su

calificación como auténtico sujeto de derecho, por lo que en últimas, a afirmación de este deber dota de contenido, y materializa el artículo 44 de la Carta Política. Por su parte, la imposibilidad de adscribir una sanción a quien infringe este deber materializa la exigencia de la garantía de no incriminación contenida en el artículo 33 de la Carta Política, en tanto en ella se prohíbe a las autoridades ejercer todo tipo de fuerza o coacción para obtener declaraciones incriminatorias en contra del cónyuge, compañero permanente o pariente cercano.

Es decir, la fórmula jurisprudencial que postula el deber de denuncia de los delitos en contra de menores de edad, y al mismo tiempo la imposibilidad de sancionar su infracción cuando ésta se ampara en la existencia de un vínculo matrimonial, marital o de parentesco, dota de contenido y eficacia la preceptiva constitucional, y armoniza y hace compatibles preceptos que en apariencia son contradictorios.

8.5.2. Por otro lado, este tribunal encuentra que existe una diferencia constitucionalmente relevante entre afirmar la existencia de un deber no sancionable, y negar la responsabilidad de las personas frente a las formas más graves de violencia contra los niños. En el primer caso, aunque en virtud de la garantía de no autoincriminación se limitan los efectos jurídicos de la transgresión al deber de denuncia, se reafirma el compromiso de la familia, la sociedad y el Estado con los menores de edad, y el consecuente deber de impedir que se silencie el delito contra estos sujetos de especial protección. En el segundo caso, por el contrario, se transmitiría el mensaje de que el propio ordenamiento jurídico admite y avala una postura omisiva frente a los actos de agresión contra los menores de edad. Esta última alternativa resulta incompatible con la preceptiva constitucional, y en particular, con el artículo 44 de la Carta Política que impone la obligación de toda persona de proteger a los niños contra toda forma de violencia, y la de la familia, la sociedad y el Estado de asistirlos y protegerlos para garantizar el pleno goce de sus derechos, así como su interés superior.

8.5.3. Asimismo, no obstante la extrañeza que pueda provocar este tipo de enunciados jurídicos que postulan un derecho o un deber, pero sin adscribirle una consecuencia jurídica, lo cierto es que la complejidad de los sistemas jurídicos contemporáneos ha llevado a admitir estas modalidades *sui generis* de preceptos. El voto, por ejemplo, aunque tiene la condición de un deber jurídico, al ser también un derecho subjetivo con una dimensión positiva y una dimensión negativa que habilita a abstenerse de ejercer las prerrogativas contenidas en él, no tiene adscrito, y no puede tenerlo, un efecto jurídico determinado por su infracción. Es por esta razón que en la Sentencia C-224 de 1994¹⁰⁰, la Corte declaró la inexecutable de los preceptos legales que fijaron

¹⁰⁰ M.P. Rodrigo Escobar Gil.

una serie de incentivos por el cumplimiento de los deberes asociados al voto, en el entendido de que se trataba de una forma indirecta de sanción, inadmisibles con la condición *sui generis* de este deber jurídico.

En el contexto mismo de la denuncia, se predica algo semejante. El artículo 67 de la Ley 906 de 2004 consagra el deber general de denuncia, no obstante lo cual, únicamente de manera excepcional se sanciona su infracción. En efecto, en la legislación colombiana el desconocimiento de tal obligación solo configura un delito en tres hipótesis: Primero, cuando se tiene conocimiento de la utilización de menores para el proxenetismo en razón del oficio, cargo o actividad y se omite informar a las autoridades administrativas o judiciales sobre el hecho (Artículo 312B)¹⁰¹. Según el Código Penal, el proxenetismo comprende la inducción a la prostitución, el constreñimiento a la prostitución, la trata de persona, el estímulo a la prostitución de menores, la pornografía con menores de 18 años, el turismo sexual y la utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer servicios sexuales de menores. Segundo, cuando el servidor público tiene conocimiento de un hecho punible deba ser investigado de oficio y no lo informa a la respectiva autoridad (Art. 417)¹⁰². Y finalmente, cuando una persona tiene conocimiento de la comisión de un delito de genocidio, desplazamiento forzado, tortura, desaparición forzada, homicidio, secuestro, secuestro extorsivo, narcotráfico, enriquecimiento ilícito, testaferrato, lavado de activos, proxenetismo con menores de 12 años, y no lo informa de manera inmediata a la autoridad (Art. 441)¹⁰³. Así las cosas, en la mayor parte de casos la infracción al deber de denuncia no se encuentra sancionada en el derecho positivo, a pesar de lo cual ostenta la calidad de una obligación.

En otras palabras, pese a la perplejidad que pueda provocar este deber que no solo no tiene una consecuencia jurídica, sino que tampoco podría tenerla en virtud de la garantía de no incriminación, aun así puede sostenerse su condición de deber jurídico.

¹⁰¹ El Artículo 312B establece al respecto lo siguiente: “*Omisión de denuncia. El que, por razón de su oficio, cargo, o actividad, tuviere conocimiento de la utilización de menores para la realización de cualquiera de las conductas previstas en el presente capítulo y omitiere informar a las autoridades administrativas o judiciales competentes sobre tales hechos, teniendo el deber legal de hacerlo, incurrirá en multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes. // Si la conducta se realizare por servidor público, se impondrá, además, la pérdida del empleo. // PARÁGRAFO TRANSITORIO. Tan pronto como entre en vigencia la Ley 599 de 2000, el presente artículo tendrá el número 219B.*”.

¹⁰² El Artículo 417 del actual Código Penal establece al respecto lo siguiente: “**Artículo 417.** *Abuso de autoridad por omisión de denuncia. El servidor público que teniendo conocimiento de la comisión de una conducta punible cuya averiguación deba adelantarse de oficio, no dé cuenta a la autoridad, incurrirá en multa y pérdida del empleo o cargo público. La pena será de dos (2) a cuatro (4) años de prisión si la conducta punible que se omitiere denunciar sea de las contempladas en el delito de omisión de denuncia de particular*”.

¹⁰³ El Artículo 417 del actual Código Penal establece al respecto lo siguiente: “**Artículo 441.** *Omisión de denuncia de particular. El que teniendo conocimiento de la comisión de un delito de genocidio, desplazamiento forzado, tortura, desaparición forzada, homicidio, secuestro, secuestro extorsivo, narcotráfico, enriquecimiento ilícito, testaferrato, lavado de activos, cualquiera de las conductas contempladas en el título II de éste Libro o de las conductas contenidas en Capítulo IV del Título IV del Libro II cuando el sujeto pasivo sea un menor de doce (12) años, omitiere sin justa causa informar de ello en forma inmediata a la autoridad, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años.*”.

8.5.4. Finalmente, aunque la circunstancia anterior podría tener algún impacto en la eficacia del mecanismo de la denuncia, la Corte tiene en cuenta las múltiples limitaciones del derecho como instrumento de control social, y que no solo tienen relación con la existencia de estos deberes atípicos.

La Corte también toma nota de la existencia de múltiples enfoques y aproximaciones al problema de la eficacia del derecho, que parten de distintos presupuestos teóricos, conceptuales y metodológicos. Así por ejemplo, frente a la denominada concepción instrumental del derecho, en la que la eficacia se establece y se mide a partir de un estricto modelo de causalidad directa, existen modelos alternativos que evalúan la utilidad de la justicia constitucional a partir de otros parámetros, visibilizando cambios sociales sutiles y en principio no cuantificables, pero que implican transformaciones sustanciales y duraderas relacionadas en las dinámicas sociales e incluso en la comprensión como individuos y como sociedad, y que responden a fenómenos distintos a la mera coerción que normalmente se adscribe al derecho positivo: giros lingüísticos más inclusivos, cambios discursivos que responden a nuevos paradigmas sobre el rol del derecho, reconocimiento del status jurídico de personas o grupos de personas históricamente discriminadas, pueden producir cambios profundos en la dinámica social, más allá de su carácter simbólico. Desde esta perspectiva, tampoco un argumento de esta estirpe desdibujaría la postulación del deber constitucional de denuncia de los delitos contra menores de edad, pese a que su infracción no podría ser sancionada ni directa ni indirectamente¹⁰⁴.

III. RECAPITULACIÓN

- El peticionario demandó el artículo 68 (parcial) de la Ley 906 de 2004, en el que se establece que ninguna persona está obligada a formular denuncia contra sí mismo, su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil o segundo de afinidad.
- A juicio del actor, el precepto acusado es inconstitucional, en tanto faculta a las personas a no denunciar los delitos cometidos contra menores de edad, las personas en situación de discapacidad y los adultos mayores que no pueden valerse por sí mismos, a pesar de que se trata de sujetos de especial protección constitucional. Como consecuencia de ello, la norma demandada desconoce la obligación de proteger a las personas que se encuentran en situación de debilidad y vulneración manifiesta (arts. 41, 42 y 45 C.P.), la supremacía de la Carta Política (Art. 4 C.P.), el principio de

¹⁰⁴ Sobre estos modelos alternativos de comprender y medir la eficacia del Derecho, *cfr.*, Esteban Restrepo, *Reforma Constitucional y Progreso Social: La 'Constitucionalización de la Vida Cotidiana' en Colombia*, Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política, 2002. Documento disponible en: www.digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/14. Último acceso: 10 de octubre de 2013// Julieta Lemaitre, *Fetichismo legal. Derecho, violencia y movimientos sociales en Colombia*

igualdad (Art. 13), los fines del Estado y la soberanía popular (Art. 3).

- Aunque algunos de los intervinientes solicitaron un fallo inhibitorio, la demanda sí permite un examen de fondo, por las siguientes razones: (i) No es cierto que el juicio de constitucionalidad contenido en la demanda se haya estructurado entre dos preceptos constitucionales, a saber, entre el Artículo 33 de la Carta Política y el principio de dignidad humana consagrado en su artículo primero, sino entre la norma impugnada y el ordenamiento superior, sin perjuicio de definir previamente el sentido y alcance de la preceptiva constitucional; (ii) No es cierto que las acusaciones contenidas en el escrito de impugnación hayan partido de un entendimiento manifiestamente inadecuado de la preceptiva constitucional y de la norma acusada; aunque su entendimiento del principio de no autoincriminación no coincide con una interpretación textualista, sí se aportaron las razones de la línea hermenéutica seguida y el sentido asignado al referido artículo constitucional es compatible con el repertorio de principios y reglas contenidas en el ordenamiento superior. Sin perjuicio de lo anterior, el examen de constitucionalidad se circunscribe a los cargos por la presunta vulneración de los derechos de los niños de acceso a la justicia, y del deber de la familia, de la sociedad y del Estado de proteger a los menores de edad, pues los demás cargos no cumplen las cargas argumentativas elementales para la estructuración de un juicio de constitucionalidad.
- Dado que el contenido del precepto demandado coincide con el del Artículo 28 de la Ley 600 de 2000, que podría desplegar sus efectos de manera excepcional, la Corte procede a la integración normativa para pronunciarse sobre la constitucionalidad de ambas disposiciones.
- El demandante considera, no que la regla general contenida en el precepto acusado es inconstitucional en su integridad, sino que la norma debería contener una salvedad cuando la víctima del delito es un menor de edad. Según el peticionario, de los derechos fundamentales y del interés superior del niño, así como el deber de la familia, la sociedad y el Estado de brindarles asistencia y protección integral, se sigue la obligación de denunciar estas agresiones, por lo que la excepción contenida en el precepto impugnado vulnera los artículos 41, 42, 44, 45 y 229 de la Carta Política.
- Para determinar la constitucionalidad del precepto anterior, la Corte abordó dos interrogantes: por un lado, si existe un deber constitucional de denunciar o de poner en conocimiento de las autoridades públicas los delitos cometidos contra niños, y por otro, si este deber, en caso de existir, se contrapone de algún modo a la garantía de no incriminación contemplada en el artículo 33 de la Carta Política, que justamente establece que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo o contra sus familiares cercanos.

- Con respecto al primero de estos cuestionamientos, se encontró que aunque el texto constitucional no prevé expresamente el deber de poner en conocimiento de las autoridades las conductas delictivas cometidas contra niños, esta responsabilidad sí se deriva del interés superior del niño y del deber reforzado a cargo de la familia, de la sociedad y del Estado, de brindarles protección y asistencia, contemplados en el artículo 44 de la Carta Política. Uno y otro imperativo serían vaciados de todo contenido, de considerarse que la prevalencia de los derechos de los niños y la obligación de todas las personas de otorgarles el amparo y la custodia que requieran, no genera el deber de informar a las autoridades sobre las amenazas más graves a su vida e integridad derivadas de la comisión de delitos en su contra, cuando por otro lado, confluyen dos circunstancias constitucionalmente relevantes: (i) primero, la imposibilidad física, emocional y síquica de los menores para denunciar los hechos punibles realizados en su contra, máxime cuando con frecuencia, tales delitos son cometidos por integrantes de su propia familia, y en este escenario, las relaciones de jerarquía y subordinación, y los vínculos de amor, respeto, dependencia y miedo entre la víctima y el victimario, obstaculizan aún más el acto de denuncia; (ii) y segundo, la función que cumple este dispositivo dentro del sistema de protección de derechos de los menores, al ser el mecanismo por excelencia para la activación de la administración de justicia y del procedimiento administrativo de restablecimiento de derechos.

- A su vez, la postulación de este deber es compatible con la garantía de no incriminación prevista en el artículo 33 de la Carta Política, por las siguientes razones: (i) el efecto jurídico específico de la previsión normativa no consiste en liberar a las personas de la obligación de declarar contra sus familiares, sino en otorgarles una salvaguardia especial, para que no puedan ser forzados, ni por vías directas ni por vías indirectas, a dar estas manifestaciones; por este motivo, propiamente hablando, el precepto constitucional versa sobre las actuaciones que pueden desplegar las autoridades para obtener las declaraciones inculpativas, así como sobre los derechos que se derivan de tal limitación, y no sobre las excepciones al deber general de declarar; (ii) existe una diferencia sustantiva entre el derecho a la no auto incriminación, y el derecho a la no incriminación de los familiares próximos, pues obedecen a una finalidad, a una racionalidad y a una lógica distinta, y en consecuencia, su alcance y efectos jurídicos no pueden ser asimilados; en el primero de los casos, la referida garantía es un elemento estructural del derecho al debido proceso, porque a través del mismo se impide que las personas sean obligadas a suministrar los elementos de juicio que podrían determinar su responsabilidad, y por tanto, constituye un componente fundamental del derecho de defensa; en el segundo evento, por el contrario, la garantía de no incriminación atiende a la

necesidad de proteger los vínculos familiares así como la autonomía y la intimidad de la familia, por lo que, en este escenario específico, la extensión del derecho previsto en el artículo 33 de la Carta Política, debe establecerse en función de tal finalidad; ahora bien, en la medida en que tales lazos desaparecen cuando están mediados por la violencia y el maltrato, y en la medida en que dicha intimidad debe ceder cuando se involucran asuntos públicos como la vulneración grave de los derechos fundamentales de los niños, la garantía de no incriminación no podría ser invocada ni utilizada para justificar el derecho a silenciar el maltrato y la violencia contra los menores de edad; (iii) el artículo 33 de la Carta Política no contiene una previsión específica sobre la denuncia, sino que se refiere en general a las declaraciones inculpativas, y el primero de estos actos tiene particularidades y especificidades constitucionalmente relevantes asociadas a su aptitud para activar el sistema de protección de derechos, que justifica un régimen jurídico especial y diferenciado.

- En este contexto, el artículo 68 de la Ley 906 de 2004 y el artículo 28 de la Ley 600 de 2000 será declarado exequible, pero en el entendido de que la excepción al deber de denuncia no comprende las hipótesis en las que la víctima del delito contra la vida, integridad, libertad individual o libertad y formación sexual es un niño, sin perjuicio de la garantía de no incriminación prevista en el artículo 33 del ordenamiento superior.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE

Declarar la exequibilidad del artículo 68 de la Ley 906 de 2004 y del artículo 28 de la Ley 600 de 2000, en el entendido de que la exoneración allí prevista con respecto al cónyuge, compañero permanente y parientes en el cuarto grado de consanguinidad y civil, o segundo de afinidad, no comprende las hipótesis en las que el sujeto pasivo del delito es un menor de edad, y se afecta la vida, integridad personal, libertad física o libertad y formación sexual del niño, en los términos previstos en la parte motiva de esta sentencia.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase, publíquese, insértese en la Gaceta de la

Corte Constitucional y archívese el expediente.

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB
Vice-Presidente

ALFREDO BELTRÁN SIERRA
Conjuez
Con salvamento de voto

MARIA VICTORIA CALLE CORREA
Magistrada
Con salvamento de voto

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ
Magistrado

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO
Magistrado
Con impedimento aceptado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Magistrado
Con salvamento de voto

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO
Magistrada



MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ
Magistrada

ANDRES MUTIS VANEGAS
Secretario General (E)

**SALVAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS
MARÍA VICTORIA CALLE CORREA Y
GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
A LA SENTENCIA C-848/14**

Referencia: Expediente D-9590

Demanda de inconstitucionalidad contra el
Artículo 68 (parcial) de la Ley 906 de 2004,
*“por la cual se expide el Código de
Procedimiento Penal”*.

Magistrado Ponente:
LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

La defensa de la Constitución es la mejor protección de los niños y las niñas

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala, en esta ocasión nos apartamos del criterio de la mayoría por considerar que las normas enjuiciadas se ajustan plenamente a la Constitución y, por tanto, la Corte debió declarar su exequibilidad pura y simple.

1. No acompañamos la decisión de la mayoría porque consideramos, en primer lugar, que las disposiciones legales examinadas reproducen la garantía consagrada en el artículo 33 de la Constitución, por lo que mal podría considerarse que el contenido de las primeras contraría el ordenamiento superior. En efecto, la norma constitucional establece que *“nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil”*. La única diferencia es que en la norma legal demandada la expresión *“declarar”* se concreta en la más específica de *“formular denuncia”*, la cual constituye una modalidad específica de declaración inculpativa. En ocasiones anteriores la Corte se ha declarado inhibida para pronunciarse en relación con demandas de inconstitucionalidad contra normas legales que reproducen contenidos constitucionales¹⁰⁵ o, cuando ha resuelto el fondo de estas controversias, ha estimado improcedente proferir

¹⁰⁵ Tal fue el caso de la sentencia C-577 de 2011 (MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, AV. Juan Carlos Henao Pérez, SV y AV. María Victoria Calle Correa, AV. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, AV. Jorge Iván Palacio Palacio, AV. Nilson Pinilla Pinilla, AV. Luis Ernesto Vargas Silva).

un fallo de exequibilidad condicionada respecto de normas legales de contenido idéntico a preceptos constitucionales.¹⁰⁶

2. En segundo lugar, la sentencia elude reconocer la tensión que en este caso se plantea entre, el deber ciudadano de colaborar con la administración de justicia, a través de la denuncia y la participación como testigo en procesos penales (art. 95 num. 7 CP), el cual adquiere una especial connotación tratándose de ilícitos que atentan contra la vida, libertad e integridad de los menores, debido al mandato específico de protección previsto en el artículo 44 Superior; de otro lado, el respeto por los lazos de solidaridad y afecto entre parientes próximos, igualmente merecedores de protección constitucional en virtud del mandato de salvaguardar la intimidad y unidad familiar (art. 42). Esta tensión se actualiza allí donde una persona tiene noticia de que su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus familiares es responsable de la comisión de un delito, caso en el cual, en una situación que en parte evoca la tragedia de Antígona, la persona concernida se enfrenta a un conflicto entre el deber de denunciarle y el impulso fraterno de evitarle el mal que sobrevendría para su ser querido en caso de enfrentarse a un proceso y a una pena. Precisamente la garantía de no incriminación de familiares próximos, de honda raigambre en el constitucionalismo colombiano y hoy contenida en el artículo 33 Superior, establece una vía para armonizar estos principios en conflicto al disponer una excepción al deber de declarar, inclusive al deber específico de denuncia en caso de graves delitos contra menores, dispensando en estos casos de tal deber a las personas vinculadas por lazos de cercano parentesco con los presuntos responsables del hecho ilícito.

La garantía constitucional de no incriminación de familiares próximos establece una adecuada armonización de los principios constitucionales en tensión, sin sacrificar los derechos de los menores, porque la excepción consagrada en el artículo 33 no impide ni de modo alguno inhibe a los familiares del victimario de presentar denuncia y testificar contra su pariente en procesos donde esté en juego la afectación de los derechos de niños, niñas y adolescentes; de hecho, en muchas ocasiones la denuncia de estos delitos proviene del propio entorno familiar del menor y del victimario. Adicionalmente, los artículos 44 de la Carta Política y 40 numeral 4° de la Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia), radican en todos los integrantes de la sociedad un deber específico de denuncia de los delitos cometidos contra sus miembros más jóvenes y las propias autoridades tienen el deber de intervenir de oficio en estos casos. Así las cosas, al existir múltiples vías para activar el funcionamiento del sistema penal en este tipo de situaciones, excepcionar la garantía de no incriminación de familiares debilita de manera innecesaria la fuerza normativa

¹⁰⁶ C-1287 de 2001 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra, SV. Jaime Araujo Rentería, SPV. Alfredo Beltrán Sierra).

del artículo 33 de la Carta y de los importantes valores sustantivos que el constituyente quiso respetar y proteger a través de la misma.

3. Entendemos además que mantener indemne esta garantía constitucional contribuye a proteger el propio entorno familiar donde se desarrolla el menor. En no pocas ocasiones es difícil establecer con nitidez la línea que separa una expresión de afecto de una situación de abuso, o la que marca la frontera entre una forma de corrección legítima y un ejercicio de violencia contra un menor. Llegar a determinar cuándo alguien ha cruzado esta frontera en su relación con un niño puede requerir de una atenta inspección por parte de las personas que se encuentran en su entorno más próximo, antes de concluir que, en efecto, se trata de una situación que amerita la intervención del sistema penal. La posibilidad de que las personas que tienen a su cargo el cuidado de un menor puedan efectuar de manera responsable este tipo de indagaciones antes de activar la intervención del sistema penal, precave contra el riesgo de denuncias precipitadas, que no sólo afectan a la persona denunciada, sino que lesionan de manera irreparable los lazos de confianza, afecto y solidaridad del entorno familiar en donde se desenvuelve el niño. Desde esta perspectiva, el establecimiento de un deber de denuncia puede llegar a tener incluso un efecto adverso para el propio menor.

4. Consideramos que el condicionamiento aprobado por la mayoría no incrementa de manera significativa los niveles de protección legal de la infancia y adolescencia, en relación con los mecanismos ya existentes. En cambio, sí debilita en modo importante el sistema de garantías penales que, en tanto barreras de contención del poder punitivo establecidas en beneficio de todos los miembros de la sociedad, están llamadas a operar como reglas, en lugar de como principios, siempre expuestos al riesgo de ser derrotados en una ponderación.

La ganancia en términos de protección de los derechos de la infancia y la adolescencia no es significativa porque, como lo advierte la decisión de la mayoría, la existencia de un tal deber de denuncia de familiares ha de estar en todo caso desprovisto de sanción, lo que le convierte en un mecanismo llamado a tener más eficacia simbólica que instrumental. Por esta pírrica contribución a la protección de los menores se ha pagado el alto precio de socavar el sistema de garantías constitucionales que la sociedad y esta Corte Constitucional tienen el deber de preservar y acrecentar como legado para las futuras generaciones.

5. Así, en aras de afirmar un mandato de protección de la infancia y la adolescencia con efectos apenas simbólicos, la Corte en esta sentencia cercena alcance del artículo 33 Superior a través de dos vías: en primer lugar, al reducir la garantía de la no incriminación de familiares próximos a un mero contenido accidental o limitable de este derecho, de menor importancia que la garantía de

no declarar contra sí mismo, reconociendo sólo a esta última como el único contenido que integra el “núcleo duro” de este derecho. En segundo lugar, al negar que el artículo 33 establece una excepción al deber de declarar, cuando se trate de incriminar al cónyuge, compañero permanente y familiares próximos y reducirla apenas a una prohibición de emplear la coacción para obtener este tipo de declaraciones incriminatorias.

Discrepamos de esta interpretación por cuanto la misma:

(i) Desconoce la tradición constitucional colombiana, pues desde el inicio de la vida republicana la garantía de no incriminación ha comprendido el derecho a no declarar contra los familiares. Así quedó establecido en el artículo 167 de la Constitución de la República de Colombia, aprobada en Cúcuta en 1821¹⁰⁷; en el artículo 142 de la Constitución de 1830¹⁰⁸; en el artículo 188 de la Constitución del Estado de la Nueva Granada, aprobada en 1832¹⁰⁹; en el artículo 160 de la Constitución Política de la República de la Nueva Granada, de 1843¹¹⁰; en el artículo 25 de la Constitución de 1886¹¹¹ y, finalmente, en el artículo 33 de la Constitución de 1991.

(ii) Se aparta de la interpretación sostenida por la Corte en decisiones anteriores, en donde al artículo 33 se le ha dado el alcance de una regla que comprende no sólo la garantía de no autoincriminación, sino además el derecho a no declarar contra familiares próximos. Tal ha sido el sentido dado a este precepto en las sentencias C-426 de 1997¹¹², C-622 de 1998¹¹³, C-1287 de 2001¹¹⁴, C-422 de 2002¹¹⁵, C-102 de 2005¹¹⁶, C-782 de 2005¹¹⁷, C-799 de 2005¹¹⁸ y C-258 de 2011.¹¹⁹

¹⁰⁷ **Constitución Política de la República de Colombia, 1821. Artículo 167:** Nadie podrá ser juzgado, y mucho menos castigado sino en virtud de una ley anterior a su delito o acción; y después de habersele oído o citado legalmente; y ninguno será admitido, ni obligado con juramento, ni con otro apremio, a dar testimonio contra sí mismo en causa criminal; ni tampoco lo serán recíprocamente entre sí, los ascendientes y descendientes y los parientes hasta el cuarto grado civil de consanguinidad y segundo de afinidad.

¹⁰⁸ **Constitución Política de la República de Colombia, 1830. Artículo 142.** Ningún colombiano será obligado con juramento ni otro apremio a dar testimonio en causa criminal contra sí mismo, contra su consorte, sus ascendientes o descendientes y hermanos.

¹⁰⁹ **Constitución Política de la Nueva Granada, 1832. Artículo 188.** Ningún granadino dará testimonio en causa criminal contra su consorte, sus ascendientes, sus descendientes y hermanos, ni será obligado con juramento u otro apremio a darlo contra sí mismo.

¹¹⁰ **Constitución Política de la Nueva Granada, 1843. Artículo 160.** Ningún granadino está obligado a dar testimonio en causa criminal contra sí mismo, ni contra su consorte, ascendientes, descendientes o hermanos.

¹¹¹ **Constitución Política de la República de Colombia, 1886. Artículo 25.** Nadie podrá ser obligado, en asunto criminal, correccional o de policía, a declarar contra sí mismo o contra sus parientes dentro del cuarto grado civil de consanguinidad o segundo de afinidad.

¹¹² MP. Jorge Arango Mejía, SV. Eduardo Cifuentes.

¹¹³ MP. Fabio Morón Díaz.

¹¹⁴ MP. Marco Gerardo Monroy Cabra, SV. Jaime Araujo, SPV. Alfredo Beltrán Sierra.

¹¹⁵ MP. Álvaro Tafur Galvis.

¹¹⁶ MP. Alfredo Beltrán Sierra.

¹¹⁷ MP. Alfredo Beltrán Sierra.

¹¹⁸ MP. Jaime Araujo Rentería.

¹¹⁹ MP. Gabriel Eduardo Mendoza.

(iii) Se fundamenta en una utilización indebida del derecho internacional para fijar el alcance del derecho interno, al desconocer que el sentido de los tratados de derechos humanos es reconocer estándares mínimos de protección y, en razón de ello, no pueden ser utilizados para reducir el alcance con que están garantizados los derechos en los ordenamientos nacionales.

(iv) Finalmente, la interpretación según la cual la garantía de no incriminación de familiares no establece una excepción al deber de declarar, sino una prohibición de emplear la coacción para obtener este tipo de declaraciones, representó un avance civilizatorio hace 300 años, cuando Beccaria y otros Ilustrados abogaban por desterrar el uso de la fuerza como mecanismo de obtención de la verdad procesal. Pero hoy, en el contexto de un Estado de Derecho la presión sobre las personas se ejerce, de manera regular, a través del establecimiento de obligaciones jurídicas y no a través de la coacción física o moral. Por tanto, la interpretación que plantea esta sentencia supone un notable retroceso y reduce el contenido protegido por el artículo 33 a uno que, por lo demás, ya se encuentra garantizado por la prohibición de tortura establecida en el artículo 12 de la Constitución.

Fecha ut supra,

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA
Magistrada

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Magistrado

**SALVAMENTO DE VOTO DEL CONJUEZ
ALFREDO BELTRÁN SIERRA
A LA SENTENCIA C-848/14**

Referencia: expediente D-9590

Demanda de., inconstitucionalidad contra el artículo 68 (parcial) de la Ley 906 de 2004 *"por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal"*.

Magistrado Ponente:
Luis Guillermo Guerrero Pérez

Con el mayor respeto por las decisiones de la Corte Constitucional, manifiesto mi salvamento de voto en relación con la sentencia C-848 de 2014, conforme a los argumentos expuestos durante la sesión de 12 de noviembre de 2014.

Son ellos los contenidos en el salvamento de voto suscrito por los Magistrados María Victoria Calle Correa y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, razón por la cual adhiero integralmente al mismo.

Adicionalmente he de expresar que, como se dijo por el suscrito en la sesión aludida, la defensa de las víctimas como orientación del derecho procesal penal no autoriza, en ningún caso para dejar expósitos derechos fundamentales como el de la no autoincriminación y la exención del deber de declarar contra el cónyuge, compañero permanente o contra las personas con las que se tiene vínculo consanguinidad, afinidad o civil, expresamente señalados por el artículo 33 de la Carta Política. De no ser así, una ley tendría primacía sobre la Constitución, lo que no es admisible conforme a lo dispuesto por el artículo 40 de la Carta Política.

Atentamente,

ALFREDO BELTRAN SIERRA
Conjuez

