

# Jurisprudencia

## Corte Suprema de Justicia DERECHO DE DEFENSA DEL MENOR Inexequibilidad parcial del artículo 646 del Código de Procedimiento Penal

Magistrado ponente, doctor MANUEL GAONA CRUZ

Actor: Alfonso López Carrascal

Mayo 10 de 1983.

El ciudadano *Alfonso López Carrascal*, solicita la declaratoria de inexequibilidad del precepto de la referencia.

### I. *Texto de la norma acusada*

Ella forma parte del decreto extraordinario 409 de 1971, por el cual se reformó el Código de Procedimiento Penal y se codificaron sus normas, y que dice: "Art. 646.—*Comparecencia del menor. Exclusión de abogados.* El menor comparecerá personalmente ante el juez de menores; podrán acompañarlo los padres o personas de quienes dependa. Este acto, así como todo lo relacionado con la defensa del menor, a excepción de los casos especiales preceptuados en este capítulo, se llevará a cabo sin intervención de abogado".

### II. *Fundamentos de la demanda*

En sentir del actor el precepto acusado es violatorio de los arts. 2º, 16, 17, 26, 31, 40 y 76-12 de la Constitución.

Sus argumentos esenciales son los siguientes:

1. Las leyes 16 de 1968 y 16 de 1969, no facultaban expresamente al presidente de la República para excluir el ejercicio no oficial de la abogacía ni para permitir

que abogados no oficiales pudieran en cambio pedir pruebas contra un menor acusado (C. de P. P., art. 645).

El ejecutivo excedió lo expresamente ordenado en dichas leyes, al expedir el precepto acusado.

2. De conformidad con el art. 2º de la Carta, la justicia penal, y más lade menores, debe asegurar, como poder público, la garantía constitucional del derecho de defensa. El art. 646, en cuanto niega esa garantía, infringe el constitucional citado.

3. Frente al art. 16 de la Constitución, todas las personas tienen derecho a una defensa íntegra, y si los menores no tienen plena capacidad para comparecer por sí mismos, los padres o el propio juez deben designarle defensor. Y es inaceptable que unos funcionarios públicos que forman parte del Instituto de Bienestar Familiar, sean los únicos que puedan defender al menor.

4. Según el art. 1º del decreto 196 de 1971 sobre la abogacía, en concordancia con el 17 de la Carta, la principal misión del abogado es el perfeccionamiento del orden jurídico, la realización de una recta y cumplida administración de justicia y defender en ella los derechos de la sociedad y de los particulares. Al limitarle al

abogado con el artículo acusado el ejercicio de su profesión, se desprotege el derecho al trabajo consagrado en el art. 17 de la Carta.

5. Restringirle al menor y a sus padres el derecho a ser defendido por abogados particulares y obligarlo a la defensa oficial del defensor de menores, es contrario al art. 26 de la Carta, que consagra el derecho de defensa, y al numeral 3 del art. 14 de la ley 74 de 1968, por la cual se aprobó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en el que se establece que toda persona tendrá derecho en plena igualdad a la garantía mínima de ser asistida por un defensor de su elección.

6. El precepto acusado viola además el art. 31 superior en cuanto consagra un monopolio del Instituto Colombiano de Bienestar familiar, discriminatorio del ejercicio de la abogacía.

7. Conforme al art. 40 de la Carta, que consagra que solo podrán ser inscritos como abogados los que tengan título y que este es condición para ejercer la profesión, es distinta la calidad de defensor de menores, como funcionario remunerado por el Estado, respecto del cual la ley no exige que sea abogado, de la de abogado titulado en ejercicio, por lo cual no siempre coinciden esas dos calidades y el precepto acusado viola el constitucional.

### III. El procurador

El jefe del Ministerio Público solicita que se declare inexecutable en art. 646 acusado, por estimarlo contrario a los arts. 10, 16 y 26 de la Constitución, con fundamento en los siguientes razonamientos:

1. Los procesos que adelantan los jueces de menores no son propiamente criminales o penales, sino correctivos, de reorientación, protectores y educativos del menor infractor, pero ello no implica que a los menores infractores se les pueda desconocer las garantías procesales consagradas en favor de todas las personas en los arts. 16 y 26 de la Carta. Tales garantías comprenden el derecho pleno de defensa, con la asistencia jurídica de

apoderado o defensor que lo represente a lo largo del proceso.

2. Se transcribe al respecto la sentencia de la Corte, de octubre 2 de 1981, en la que se precisa el alcance del art. 26 de la Constitución en cuanto a los principios del debido proceso, de la libertad, de la igualdad ante la ley y de la seguridad y el derecho de defensa.

Dichas garantías, agrega el procurador, buscan asegurar que todo proceso se cumpla observando la plenitud de sus formas, especialmente el derecho de defensa y de postulación, de controversia probatoria, de presentar explicaciones, de alegar, allegar y hacer valer en su favor pruebas y de cuestionar las decisiones que se adopten.

3. Impedir al menor infractor ser representado por un abogado es una discriminación odiosa que hace ilusorias las garantías constitucionales del debido proceso y del derecho de defensa, y contradice el principio de igualdad de las partes, que es una manifestación del de la igualdad de las personas ante la ley, según el art. 10 de la Carta, ya que, según sentencia de la Corte, de 30 de marzo de 1978: "La ley debe ser la misma para todos, sin distinción de ninguna naturaleza, refiérase a derechos u obligaciones. Es la igualdad jurídica, que otorga iguales facultades e impone idénticos deberes, y da igual protección a unos y otros".

### IV. Consideraciones de la Corte

Primera: *La competencia y el principio de la cosa juzgada.*—1. Según lo ordenado en el art. 214 de la Constitución, la Corte es competente para conocer de la demanda formulada contra el art. 646 del Código de Procedimiento Penal, por formar parte de un decreto extraordinario con fuerza de ley.

2. Deja en claro esta corporación que mediante sentencia suya de 7 de setiembre de 1953, a la que no alude la Procuraduría, había sido declarado executable el art. 30 de la ley 83 de 1946, "orgánica de la defensa del niño"; pero que esta

norma fue luego subrogada por la que se acusa e incorporada al Código de Procedimiento Penal.

Con todo, respecto del precepto acusado no opera el principio de la cosa juzgada, porque su redacción no es idéntica a la del legal que había sido declarado executable, y porque, además, aquel es de contenido y de naturaleza diferente y corresponde a contextos constitucionales y legales distintos, como en seguida se analizará:

3. Se transcriben a continuación los textos de ambos artículos con el propósito de lograr su cabal comprensión comparativa:

a) El art. 30 de la ley 83 de 1946, que fue declarado executable, decía:

"Art. 30.—El menor comparecerá personalmente ante el juez de menores; podrán acompañarlo los padres o personas de quienes dependa. Este acto, así como todo lo relacionado con la defensa del menor, a excepción de los casos especiales preceptuados por esta ley, se llevará a cabo sin intervención de abogado".

b) El art. 646 ahora acusado del Código de Procedimiento Penal, que subrogó el precedente, dice:

"Art. 646.—*Comparecencia del menor. Exclusión de abogados.* El menor comparecerá personalmente ante el juez de menores; podrán acompañarlo los padres o personas de quienes dependa. Este acto, así como todo lo relacionado con la defensa del menor, a excepción de los casos especiales preceptuados en este capítulo, se llevará a cabo sin intervención de abogado".

Hace ver la Corte que las primeras expresiones que se subrayan del artículo 646 ("Comparecencia del menor. Exclusión de abogados"), no se encontraban en el art. 30, y que las subrayadas en segundo término ("en este capítulo"), son de redacción diferente. O sea que, formalmente, los cánones no son idénticos sino apenas similares.

4. Naturalmente la mera diferencia de redacción o de forma entre los dos preceptos no es asidero suficiente, sino mero punto de partida, para demostrar la enti-

dad diversa de la disposición. *Pero la distinción es también de contenido.*

En efecto:

Según el art. 30, que fue declarado executable por la Corte, el acto de comparecencia del menor y todo lo relacionado con su defensa se llevaba a cabo sin intervención de abogado, "a excepción de los casos especiales preceptuados en esta ley", es decir, en la 83 de 1946, parcialmente aún vigente, cuyo cuerpo es de 132 artículos y cuya materia se refiere no solo a la jurisdicción de menores, sino además a las medidas correctivas del juez, al procedimiento para el caso de menores abandonados o en peligro, a los establecimientos de educación, a las relaciones entre el juzgado y las casas de educación, a los alimentos, a la investigación de la paternidad, al Consejo Nacional de Protección Infantil, a los comités departamentales, al trabajo de menores, a su protección moral y física, y a "disposiciones varias" al final del estatuto. Tan extenso, orgánico y complejo contenido sobre la legislación de menores, permite colegir que el contexto de aquel art. 30 sobre la excepción de intervención de abogado respecto de la ley, era también amplio y múltiple.

Pero, en cambio, el art. 646 acusado establece que aquel acto de comparecencia y lo relativo a la defensa del menor se llevarán a cabo sin intervención de abogado, "a excepción de los casos especiales preceptuados en este capítulo", es decir, en el capítulo II, del título V, del libro tercero, del Código de Procedimiento Penal, que comprende de los arts. 627 a 659, cuyo contenido se refiere apenas a los "juicios ante los jueces de menores" y no a los demás aspectos mentados de la ley 83 de 1946; y, lo que es más llamativo, el predicamento exceptivo consagrado en dicho precepto es de mera forma, por cuanto al examinar los 34 artículos a que alude del capítulo que se comenta, encuéntrase que el *enunciado no corresponde a ninguna excepción*, pues en ninguno de los preceptos del capítulo se consagra la posibilidad de que el menor sea defendido o asistido por abogado: en este

aspecto específico el art. 646 es, además de inocuo, contradictorio, y no más por eso, de contenido diverso al del art. 30.

Más aún: el contexto legal del art. 646 del Código de Procedimiento Penal, es, *per se*, ya no en cuanto a la específica parte de la excepción antes referida, sino en cuanto a toda la norma, todo el Código, y, por absurdo contraste, dicho Código no solo no exime a ninguna persona de su derecho de ser defendida y asistida por abogados, sino que prohíbe que a alguien, así sea inimputable, se le desconozca o limite este derecho.

En consecuencia, también es distinto el contexto de la ley 83 de 1946 respecto de su art. 30, al del Código respecto de su art. 646; tan distintos que en relación con la no asistencia de abogado la ley permitía excepciones, y en cambio el Código solo termina consagrando como única excepción al principio general de asistencia de apoderado precisamente la del art. 646, que, por lo tanto, resulta contrario frente a toda la legislación procesal penal.

5. Tampoco puede olvidar la Corte que el contexto constitucional de la disposición que ahora se juzga, frente al de la que se declaró exequible, es también diferente, no tanto y solo porque los mismos preceptos constitucionales ante los que se confrontasen una y otra, siendo los mismos, deben estar referidos a otras disposiciones constitucionales, derogadas hoy, en un caso, o nuevas, en el otro, sino además y ante todo porque *dada la naturaleza diversa del art. 30, que lo era de una ley, acto formal del Congreso, como legislador ordinario, frente a la del art. 646, que lo es de un decreto-ley, acto del legislador extraordinario, investido de facultades por el ordinario*, hay necesidad en este caso de examinar el precepto acusado no solo respecto de los constitucionales que atañen a las leyes, sino a los decretos, en cuanto a su extemporaneidad, extralimitación material y adecuación del ejercicio de las facultades.

6. Entonces, por lo expresado, siendo diferentes el artículo legal declarado exequible y el ahora acusado del decreto, por

su redacción y forma, por su contenido, por su contexto legal y constitucional y por su naturaleza, no es permissible pensar en un fallo inhibitorio de la Corte por efectos del principio de la *res iudicata* sobre la disposición que se examina. En materia constitucional no hay traslación normativa hacia la cosa juzgada, no solo por las razones precedentes sino por el fenómeno de la supervención constitucional, conforme al cual, una norma de fuerza legal declarada exequible, puede luego resultar inconstitucional ante nuevas disposiciones constitucionales.

Por lo tanto, el fallo será de mérito.

Segunda: *Las leyes de facultades extraordinarias*.—1. Reitera la Corte que conforme a su jurisprudencia anterior al respecto, el art. 646 del decreto extraordinario 409 de 1971 no adolece del vicio de extemporaneidad con relación al tiempo señalado para su expedición en las leyes de facultades extraordinarias 16 de 1968 y 16 de 1969.

2. En cuanto a la alegada extralimitación por razón de la materia a que alude el demandante, tampoco se encuentra reparo alguno, pues según el literal a) del ordinal 11 del art. 20 de la ley 16 de 1968, el gobierno había sido investido de facultades extraordinarias, para "a) Determinar el procedimiento que debe seguirse en la investigación de los delitos; señalar los funcionarios a quienes compete la instrucción penal y disponer a quién o quiénes corresponde el nombramiento de estos funcionarios".

De la anterior disposición legal la Corte infiere que el gobierno estaba investido para regular mediante el art. 646 del Código de Procedimiento Penal la forma de comparecencia y de defensa de los menores en relación con los delitos por ellos cometidos y con las medidas correctivas y punitivas correspondientes.

Además, de conformidad con lo previsto en el art. 6° de la ley 16 de 1969, por la que se adicionó la de facultades 16 de 1968, estas se ampliaron y complementaron, en la siguiente forma: "El presidente de la República, al ejercer las facultades extraordinarias que le confirió

la ley 16 de 1968 en el ordinal 11), literal a) del art. 20, determinará lo relacionado con el procedimiento que haya de seguirse en la investigación de las infracciones penales; ordenará numéricamente todas las disposiciones procedimentales penales en forma sucesiva, y las sistematizará por títulos y capítulos, con el fin de integrarlas en un solo estatuto debidamente codificado".

De esta atribución extraordinaria de la ley al gobierno se deduce que este había quedado autorizado no solo para modificar el art. 30 de la ley 83 de 1946, sobre la forma de comparecencia y defensa del menor en materia penal, sino para incorporarla, subrogándola, como lo hizo, al Código de Procedimiento Penal.

Podría pensarse, por lo afirmado por la Procuraduría, que no quedó clara la atribución extraordinaria del ejecutivo para haber expedido el artículo acusado, pero solo si se partiera de la base de que el régimen jurídico de menores y su jurisdicción especial, fuese exclusivamente correctivo y educativo del menor, y no penal. Pero, aunque la Corte no niega la naturaleza especial de la jurisdicción "penal" de menores, de propósitos no solo punitivos, sino además protectores, preventivos y reorientadores, es evidente que la inclusión del precepto en la legislación codificada del procedimiento penal estaba autorizada al tenor de lo dispuesto en el ordinal 11 del art. 20 de la ley 16 de 1968 y del art. 6° de la ley 16 de 1969. De otra parte, aun el propio art. 30 de la ley 83 de 1946 que se subrogó por el acusado, tenía una fundamentación esencialmente penal según lo previsto en sus arts. 1°, 2°, 12, 14 y 39, entre otros, relativos, en su orden, a la enunciación de las materias penales sobre menores, al juez competente de juzgamiento de delitos de menores, a las circunstancias de flagrancia y cuasiflagrancia delictiva de los menores, a las modalidades de detención y retención de menores sindicados y delincuentes, y al tratamiento de reclusión en penitenciaría cuando el sujeto hubiera dejado de ser menor.

La Corte parte del supuesto de que el

precepto que aquí se juzga corresponde a una legislación protectora y a una jurisdicción especial de menores y al carácter no solo procesal penal sino también resocializador y educativo o pedagógico de ellas, pero no puede desconocer que el art. 646 sea también de entidad penal, no solo porque el tratamiento benévolo al menor no lo exonera de la imposición de medidas tuitivas, sino porque la legislación procesal penal es especialmente favorable al derecho de defensa de todo procesado, en su calidad de persona, sea o no menor.

Tercera: *El debido proceso, el derecho pleno de defensa y la igualdad de las personas ante la ley y de las partes ante el juez*.—1. Tiene establecido la Corte, y no de ahora sino por tradición jurisprudencial, que toda disposición legal o de jerarquía menor, procesal o no, penal o no, debe respetar y en su caso garantizar los principios normados en los arts. 10, 16, 23 y 26 de la Constitución, sobre el debido proceso, el derecho de defensa y la igualdad de las personas ante la ley y de las partes ante su juzgador.

Es clara además la indeleble huella de la doctrina de esta corporación en el sentido de que esos principios cobran mayor realce cuando se juzga la exequibilidad de normas procesales de naturaleza punitiva y de que su indefectible entidad es prevalente sobre cualquiera otra regulación. Llámese pedagógica, educativa, reorientadora, resocializadora o benevolente, sobre conductas exculpativas, exonerativas, exentas, disculpables o atenuantes de responsabilidad punible.

No se pretende aquí imponer unos principios recientes de "penalización del derecho constitucional", sino de mantener los básicos de "constitucionalización del derecho penal", que son consustanciales a la doctrina sobrepositiva legal del "constitucionalismo", o, al decir de ahora, a la ideología o "ideocracia" del Estado de Derecho, y que son inherentes a los denominados "derechos y libertades procesales".

Es indispensable además hacer ver que tales presupuestos procesales consti-

tucionalizados han sido ya prohijados por el denominado "Derecho Ecuménico" de las naciones civilizadas del orbe, como una de las pocas conquistas claras de naturaleza universal, plasmadas en cláusulas normativas multilaterales de naturaleza supralegal, como pactos o tratados internacionales de derecho público.

2. Prohija de nuevo la Corte la jurisprudencia del fallo de octubre 2 de 1981, al cual se refiere el señor procurador, en relación con el alcance de los principios del debido proceso y del derecho de defensa, que en lo pertinente dice:

"El debido proceso.

"Este concepto se hace derivar especialmente de las normas contenidas en el art. 26 de la Constitución Nacional: toda persona debe ser juzgada conforme a ley preexistente al acto que se impute, ante funcionarios judiciales competentes y cumpliendo todas las formas propias de cada juicio. Además, en asunto penal ha de prevalecer la ley permisiva o favorable sobre la restrictiva o desfavorable, aun en el caso de que aquella sea posterior a esta".

Y en la que más adelante se agrega:

"El derecho de defensa.

"El derecho de defensa emana también del art. 26 de la Carta, porque pertenece al debido proceso. Más aún, esta norma constitucional tiene como objeto principal su garantía, dado que el mismo derecho es atributo fundamental de la persona como tal y se relaciona directamente con los derechos esenciales de la libertad, la igualdad ante la ley y la seguridad. Es, además, un derecho histórico. Los romanos instituyeron el principio *audiatur altera pars*, como regulador de todo proceso en garantía de sus partes. No hay, sistema procesal alguno que lo pueda excluir.

"El derecho de defensa en la práctica se descompone, entre otros, en los derechos de impugnación y de contradicción, esenciales a él y consecuencia jurídico-procesal de su aplicación. Su fuente constitucional es la misma. Se encuentran específicamente proclamados en los «Pactos Internacionales de Derechos Econó-

micos, Sociales y Culturales, de Derechos Civiles y Políticos», aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966, y convertidos en norma nacional mediante nuestra ley 74 de 1968..."

3. Hállase entonces que el art. 646 del Código de Procedimiento Penal es inconstitucional en cuanto dispone, en aras de una ambigua sobreprotección al menor, que el acto de su comparencia y otros relativos a su defensa se llevarán a cabo sin intervención de abogado. Este veto al abogado defensor es, a juicio de la Corte, un cercenamiento indebido del derecho constitucional del menor a ser defendido por abogado, como lo tiene todo ser humano, sindicado, imputable o no.

Si lo que se buscó con el artículo de que se trata fue favorecer al máximo al menor y presuponer su oficiosa e instituida defensa mediante la asignación de esa tarea a los denominados "defensores de menores", no resulta acorde con la Carta ese propósito si se toma en cuenta que según el art. 7° de la ley 83 de 1946, aún vigente, dichos funcionarios tienen por misión no solo "la defensa de los intereses del menor, ya presentando pruebas y razones en favor de su inocencia...", sino además la contradictoria respecto de cualquier defensor, de presentar pruebas, "...demostrativas de su culpabilidad".

Y si lo que el precepto acusado pretende es resocializar, reeducar o reorientar al menor que realice hechos previstos en la ley penal, y que esas medidas sean en ocasiones las "más convenientes para la salvación del menor" (art. 7°, *ibidem*), tampoco corresponde a la Carta que el bien de la libertad de la persona se pueda sacrificar por el de su reeducación sin libertad, tanto más cuanto que al tenor del art. 655 del mismo Código, cuando no se haya logrado la corrección del procesado este podrá ser recluso entre los 21 y 25 años de edad en una "penitenciaria".

4. Para el caso *sub lite*, destácase que el principio del debido proceso es inherente a todo ser humano y otorga a este el derecho a su defensa y a ser juzgado

por igual conforme a normas preexistentes, nitidas e inequívocas, por jueces constitucionales, señalados previamente, ceñidos a los lineamientos, garantías y rigores del proceso, también preestablecidos y claros.

Dicho postulado implica además el cumplimiento de los imperativos mandatos de aplicación de la norma más favorable al sindicado, procesado o condenado; de garantizar a estos que no se les condene por lo que no se les ha probado como acción u omisión suya respecto de la cual además le sea atribuible normativamente su conducta; del derecho a que se presume su inocencia mientras no se les demuestre lo contrario y a que en caso de duda esta favorezca al sindicado; de que la carga de la prueba ("demostrabilidad") corresponda al Estado; de que toda prueba alegada o allegada en su contra es controvertible por el procesado o por su apoderado; de que al sindicado no se le puede negar su derecho a solicitar la práctica de las pruebas que estime conducentes a su defensa y a la verificación de su inocencia, inimputabilidad o irresponsabilidad; de que no hay posibilidad de juzgamiento ni de condena sin que además se haya determinado o especificado la pena correspondiente al inculcado; y de que toda decisión condenatoria de primera instancia en su contra es recurrible ante otra de mayor jerarquía.

Y el derecho de defensa, que es otra de las esenciales manifestaciones del debido proceso, tiene como asidero fundamental la libertad de postulación y escogencia del defensor o del apoderado por parte del sindicado o de quien lo represente en sus intereses; la igualdad de opción y de controversia en la defensa ante la ley y de oportunidad ante el juzgador; la igualdad objetiva de aptitud y capacidad profesional y dedicación de quien asuma como defensor, y la obligación ética y constitucional de este de hacer todo lo válidamente posible para la idónea asistencia profesional de su poderdante.

Frente a la Constitución, por principio, la defensa ha de ser ejercida por el abogado escogido por el sindicado o por quien

lo represente en caso de que aquel sea menor, incapaz o inimputable. En forma subsidiaria, se dispone que el Estado le designe abogado de oficio. Y en ocasiones, por razones especiales de protección, como en este caso, al Estado se le asigna el deber social de apoderar de oficio, con funcionarios destinados al efecto, a los menores sindicados de hechos punibles. La Corte no recrimina esas tareas.

Pero lo que no resulta constitucionalmente admisible es que la obligación subsidiaria, supletiva u oficiosa del Estado de asegurar el derecho de defensa de los menores que por cualquiera razón no puedan ser asistidos por abogados, se convierta en prohibición absoluta para aquellos, sus padres o ascendientes potestativos, de estar representados en juicio por un abogado inscrito escogido a su guisa y con cargo a su peculio. Eso no es sustituir sino cercenar el derecho de defensa y contrariar los mandatos de los arts. 10, 16, 23 y 26 de la Carta.

Cuarta: *La abogacía*.—1. Mediante sentencia de mayo 22 de 1975, esta corporación declaró exequibles, entre otros, los arts. 1° y 2° del decreto extraordinario 196 de 1971, "por el cual se dicta el estatuto del ejercicio de la abogacía".

El texto de los dos mentados preceptos declarados constitucionales es el siguiente:

"Art. 1°.—La abogacía tiene como función social la de colaborar con las autoridades en la conservación y perfeccionamiento del orden jurídico del país, y en la realización de una recta y cumplida administración de justicia".

"Art. 2°.—La principal misión del abogado es defender en justicia los derechos de la sociedad y de los particulares. También es misión suya asesorar, patrocinar y asistir a las personas en la ordenación y desenvolvimiento de sus relaciones jurídicas".

Sustentóse la Corte, obviamente, en el art. 40 de la Carta, en el que se consagra la obligación de litigar valiéndose de quien tenga la calidad de abogado titulado e inscrito.

Y hallaba como razones de su fundamentación, estas:

“¿Cómo se puede, entonces, disociar la noble labor de la abogacía, para solo mirar el aspecto de interés privado que ella pueda tener y que se traduce en un emolumento o en algo crematístico, del otro aspecto fundamental de la interrelación entre lo que el abogado realiza y el ordenamiento jurídico y social del conglomerado dentro del cual actúa? Absurdo, por lo menos, es pretender que se pueda cumplir un encargo profesional de esta naturaleza, prescindiendo de los semejantes y del papel que estos juegan en el campo de la vida social y pública.

“El ejercicio profesional del derecho es, en términos generales, la materia propia de la abogacía; y el derecho es una regla de conducta que se impone a los hombres que viven en sociedad, creándoles obligaciones, que son, a la vez, deberes sociales y jurídicos. Luego, la función social de la abogacía es evidente, siendo necesaria y justa.

“...  
“La cooperación o colaboración con las autoridades «en la conservación y perfeccionamiento del orden jurídico del país y en la realización de una recta y cumplida administración de justicia», no es deber exclusivo del abogado sino de todas las personas. Es el principal y más importante de los deberes sociales, ya que sin un orden jurídico estable y una recta y cumplida prestación del servicio de justicia, no es posible adelantar tarea alguna de desarrollo o progreso colectivo. Y por razón de su conocimiento, es del abogado de quien se exige un mayor y permanente esfuerzo para alcanzar ese fin vital”. (“G. J.”, ts. CLII y CLIII, 1979, pág. 73).

2. Con fundamento en esta jurisprudencia, agrega ahora la Corte que el art. 40 de la Carta en ningún caso permite afirmar que se le pueda prohibir al abogado obedecer la exigencia constitucional de cumplir con su deber social de defender y asistir judicialmente a quienes lo requieran, ni con su obligación de colaborar con la autoridad en la administración de justicia.

Por sentido común, que de recibo es también en el derecho, no se puede incurrir

en el tropo jurídico de que lo que es obligatorio, o lo que no lo sea, esté prohibido; ni en el de que toda excepción a un principio general suponga la prohibición contraria a la razón de ser del principio. Si se examina el inciso 2° del art. 40 de la Constitución, lo que allí se dice es que “Nadie podrá litigar en causa propia o ajena, si no es abogado inscrito”, y que, “sin embargo, la ley establecerá excepciones”.

Sin embargo, al principio general de tener que litigar como o por medio de abogado inscrito solo se le puede oponer razonablemente la excepción legal, opcional y no imperativa, de defensa eventual sin necesidad de abogado para ciertos casos, porque el particular no pueda económicamente, o no quiera, valerse de él. Pero nunca se le podrá contraponer a aquel postulado normativo como excepción legal posible la que establezca la prohibición rotunda del derecho a solicitar a los abogados inscritos su asistencia en litigio, como lo ordena el precepto acusado. La enormidad conduce a afirmar que el abogado estorba o perjudica el derecho de defensa. Y la prohibición de ser defendido por abogado resulta aún más inconcebible cuando el proceso es precisamente de carácter penal, porque en este caso la legislación ni siquiera puede dar al procesado la opción de su defensa sin abogado, y por lo tanto menos puede imponer su prohibición. Lo que la legislación penal busca a toda costa es la defensa por parte del abogado: de oficio, como probabilidad mínima pero no como posibilidad única o excluyente, y en calidad de apoderado como probabilidad plena; pero jamás la prohibición de la plena defensa.

Por las anteriores razones, el precepto acusado es también contrario al art. 40 de la Constitución.

3. Advierte la Corte que la inconstitucionalidad parcial del art. 646 no significa que los menores sindicados no puedan seguir siendo asistidos por los defensores de menores, sino que si el menor, sus padres o sus representantes potestativos prefieren la escogencia de un abogado inscrito para su defensa, en lugar de la

minima oficiosa, la Constitución no permite que se les prohíba a ellos hacerlo. Además, la presencia del abogado defensor del menor no es incompatible con la función coadyuvante del “defensor de menores” y por ende no excluye la gestión de este.

En consecuencia, resulta contraria a la Constitución la segunda parte del título y del cuerpo del art. 646 del Código de Procedimiento Penal, por violatoria de los arts. 26 y 40 de la Carta e incompatible con lo previsto en los arts. 10, 16 y 23 de la misma. En cambio, respecto de la primera parte de aquel título y artículo no se encuentra violación de precepto alguno de la Constitución.

#### V. Decisión

Con fundamento en lo expresado, y por las razones anotadas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, oído el procurador general de la Nación, y en ejercicio de su atribución señalada en el art. 214 de la Constitución,

#### RESUELVE:

1°) Declarar exequible, por no ser contraria a la Constitución, la parte del art.

646 del decreto extraordinario 409 de 1971, Código de Procedimiento Penal, que dice:

“Art. 646.—Comparecencia del menor... El menor comparecerá personalmente ante el juez de menores; podrán acompañarlo los padres o personas de quienes dependa”.

2°) Declarar inexecutable, por ser contraria a la Constitución, la parte restante del art. 646 del decreto extraordinario 409 de 1971, Código de Procedimiento Penal, que dice:

“... Exclusión de abogados... Este acto, así como todo lo relacionado con la defensa del menor, a excepción de los casos especiales preceptuados en este capítulo se llevará a cabo sin intervención de abogado”.

Cópiese, publíquese, comuníquese, infórmese al Gobierno, insértese en la *Gaceta Judicial* y archívese el expediente.

José E. Gnecco Correa, Manuel Gaona Cruz, Luis Enrique Aldana Rozo, Jerónimo Argáez Castillo, Fabio Calderón Botero, Ismael Coral Guerrero, Manuel Enrique Daza A., José María Esguerra Samper, Dante L. Fiorillo Porras.

## SALVAMENTO DE VOTO

De los magistrados doctores CARLOS MEDELLÍN, RICARDO MEDINA MOYANO, LUIS CARLOS SÁCHICA, HUMBERTO MURCIA BALLÉN,

HÉCTOR GÓMEZ URIBE, FERNANDO URIBE RESTREPO y DANTE

L. FIORILLO PORRAS, en relación con la anterior providencia de la Corte.

Mediante la anterior providencia, la Corte por mayoría de votos ha resuelto declarar parcialmente inexecutable el art. 646 del Código de Procedimiento Penal, que forma parte del capítulo referente a los juicios ante los jueces de menores, en cuanto dispone que "Este acto, como todo lo relacionado con la defensa del menor, a excepción de los casos especiales preceptuados en este capítulo, se llevará a cabo sin intervención de abogado".

Consideramos, por el contrario, que la citada norma es executable. Disentimos, por lo tanto, respetuosamente, de la decisión mayoritaria, por las razones que someramente se expresan a continuación.

1º) Cabe observar, en primer término, en lo cual nos hallamos parcialmente de acuerdo con la ponencia mayoritaria, que ciertamente, en cuanto al ejercicio de las facultades otorgadas por el Congreso, no hubo extralimitación por parte del ejecutivo. Por supuesto no estamos de acuerdo en que el artículo acusado, por el mero hecho de su traslado de la ley "orgánica de la defensa del niño" al prementado capítulo del Código de Procedimiento Penal por razones de mera 'codificación', haya perdido su naturaleza esencial propia del régimen de menores, para en cambio adquirir la que corresponde a los delinquentes mayores de edad.

Se expresa en efecto en la decisión mayoritaria, para destacar esta última diferencia, aludiendo al texto acusado que "aquel es de contenido y de naturaleza diferente y corresponde a contextos cons-

titucionales y legales distintos... en materia constitucional no hay ósmosis ni traslación normativa hacia la cosa juzgada, no solo por las razones precedentes sino por el fenómeno de la supervención constitucional".

Con respecto al ejercicio de las facultades extraordinarias, basta con tener en cuenta lo siguiente: El Congreso de la República, mediante la ley 16 de 1968, revistió al presidente de la República "por el término de tres años a partir de la sanción", de facultades extraordinarias, entre otras cosas para "reorganizar el procedimiento penal" sobre ciertas bases determinadas en el ordinal décimo primero del art. 20.

Más tarde a dicho ordinal se le introdujeron algunas modificaciones mediante el art. 6º de la ley 16 de 1969, sin que fuera variado el plazo determinado para el ejercicio de las facultades. En desarrollo de estas, el 27 del mes de marzo de 1971 se expidió por el ejecutivo el decreto 409, mediante el cual se introdujeron algunas reformas al citado Código de Procedimiento Penal y se codificaron sus normas.

Fue así como el ordinal decimoprimer del art. 20 de la primera de las leyes citadas, revistió al presidente de facultades "para reorganizar el procedimiento penal sobre las siguientes bases:

"a) Determinar el procedimiento que debe seguirse en la investigación de los delitos; señalar los funcionarios a quienes compete la instrucción penal y disponer a quién o quiénes corresponde el nombramiento de estos funcionarios;

"b) Señalar el número de funcionarios de instrucción criminal, sus atribuciones, su organización, dotación y asignaciones, con la finalidad de hacer eficaz la administración de justicia;

"c) Crear y organizar en la Procuraduría General de la Nación las dependencias y cargos que se consideren indispensables para el cumplimiento efectivo de sus funciones actuales, de las otras que se le confieren de acuerdo con la presente ley, y para la dirección, vigilancia y coordinación de las labores de la policía judicial;

"d) Fijar los viáticos y gastos de transporte, así como suministrar el material de trabajo y vehículos que requieran los instructores para el cumplimiento de sus funciones y establecer un sistema que agilice el pago oportuno de los primeros y la rápida obtención de los otros".

Y ulteriormente, la segunda de las leyes mencionadas, la núm. 16 de 1969, dispuso al respecto en su art. 6º lo siguiente:

"El presidente de la República al ejercer las facultades extraordinarias que le confirió la ley 16 de 1968 en el ordinal 11, literal a) del art. 20, determinará lo relacionado con el procedimiento que haya de seguirse en la investigación de las infracciones penales; ordenará numéricamente todas las disposiciones procedimentales penales en forma sucesiva, y las sistematizará por títulos y capítulos, con el fin de integrarlas en un solo estatuto debidamente codificado".

En desarrollo de tales facultades, el ejecutivo incorporó en el Código de Procedimiento Penal el texto demandado. Cabe observar empero que los arts. 614 a 622 del Código de Procedimiento Penal, correspondientes al capítulo II "Juicios ante los jueces de menores", del título V "Juicios especiales", habían sido derogados por la ley 83 de 1946 *orgánica de la defensa del niño*, la cual dispuso en su art. 30 lo siguiente:

"El menor comparecerá personalmente ante el juez de menores; podrán acompañarlo los padres o personas de quienes depende. Este acto, así como todo lo relacionado con la defensa del menor, a ex-

cepción de los casos especiales preceptuados por esta ley, se llevará a cabo sin intervención de abogado".

Una perfunctoria comparación de esta norma con el artículo impugnado, conduce a las siguientes conclusiones:

1º) El texto de la norma no sufrió absolutamente ninguna *modificación sustancial*.

2º) El ejecutivo se limitó, de un lado a incorporar la norma al estatuto de procedimiento penal, condicionándola bajo el número 646 y de otra a titular la norma con el epígrafe "*Comparecencia del menor. Exclusión de abogados*".

3º) Finalmente, en la última parte del artículo, al aludirse a los casos exceptuados, el art. 30 de la ley 83 dice "por esta ley", y el art. 646 expresa a su turno: "en este capítulo", cambio este meramente mecánico determinado por la actividad codificadora, si se advierte que el último artículo citado, corresponde al capítulo II "Juicios ante los jueces de menores", nuevamente incluido o codificado en su totalidad, en el estatuto de procedimiento penal.

Conclúyese diáfamanamente de lo anterior, como ya se ha observado, que el ejecutivo legislador del año 71, en uso de las atribuciones conferidas por el Congreso para 'codificar' las normas de procedimiento penal, lo único que hizo en el caso que se comenta fue incluir o transcribir bajo el número 646 el art. 30 de la ley 83 de 1946.

Así, pues, los antecedentes de la norma acusada demuestran sin equívoco alguno que el legislador del año 71 no hizo otra cosa que "codificar" en el estatuto de procedimiento penal, con el número 646, el art. 30 de la ley 83 de 1946, sin introducirle modificación alguna en cuanto al procedimiento en él previsto, y sin modificar, por lo tanto, ni sus fines ni su contenido esencial.

Y comoquiera que para tales efectos el gobierno se encontraba facultado, según ya se ha visto, por el art. 6º de la ley 16 de 1969, no es dable predicar en modo alguno una extralimitación de funciones por parte de aquel. Ciertamente

el dicho artículo dispone que el presidente "ordenará numéricamente todas las disposiciones procedimentales penales en forma sucesiva, y las sistematizará por títulos y capítulos, con el fin de integrarlas en un solo estatuto debidamente codificado".

Entre otras cosas, si la 'codificación' del artículo entrañaba la modificación esencial de su alcance y de su contenido, como lo expresa la ponencia, entonces sí, sin lugar a dudas, se estarían desbordando las facultades otorgadas al ejecutivo.

2º) En cuanto a la violación del derecho de defensa de los menores, invocado por el libelista y por la Procuraduría y aceptado por la ponencia; y por supuesto teniendo en cuenta los antecedentes ya precisados, resulta indispensable observar que la ley 83 de 1946, tanto en el ámbito teórico como en el práctico significó una auténtica revolución social y jurídica, en la cual se pretendió despenalizar el tratamiento de los menores infractores, para incluirlos por el contrario en un contexto normativo esencialmente pedagógico o educativo, familiar y mayormente de carácter proteccionista y paternalista.

En tales términos, no encontramos razón alguna valedera para que la Corte se aparte ahora de lo decidido por ella unánimemente en la sentencia dictada el 7 de setiembre del año de 1953, precisamente al declarar la exequibilidad, con el concepto favorable de la Procuraduría General de la Nación, del tantas veces citado art. 30 de la ley 83 de 1946 ("G. J.", t. LXXVI, núm. 2133, págs. 196 y ss.). Allí se afirmó ciertamente que:

"Las leyes dictadas en favor de la niñez no pueden reputarse de índole estrictamente penal, no puede tomarse el sustantivo 'defensa', usado en aquellas como sinónimo de la 'defensa' que pueden ejercer los delincuentes mayores del límite de 18 años que fija la ley para ser sujetos al derecho penal común y en los cuales es obvio presuponer la existencia de un juicio. La ley 83 de 1946 no ordena al juez formar un proceso para imponer sanciones penales al menor que ha violado la ley, sino que lo obliga a tomar una información

detañada del hecho y de las circunstancias en que se ha consumado, de los motivos determinantes, de la conducta de los padres o de las personas de quienes ha dependido el menor, del ambiente social en que ha vivido, de sus enseñanzas y ejemplos y de todas las condiciones de índole personal, familiar y social en que ha nacido el pequeño trasgresor, a fin de prestarle «la asistencia y protección» a que tiene derecho y para reeducarlo con la finalidad primordial de reintegrarlo a la sociedad como elemento sano y eficaz.

"Para decirlo claramente, la ley 83 de 1946 no tiene por orientación primordial estatuir la penalidad propiamente dicha de los menores infractores, sino la de salvar al menor a fin de que no prosiga la senda delictiva.

"Esta es la razón por la cual se creó una jurisdicción especial, encargada del estudio profundo del menor que ha violado la ley penal, del ambiente dentro del cual ha venido actuando y de los medios más adecuados o eficaces para obtener su preservación, reeducación y readaptación al medio social. Es también el motivo para que se haya otorgado al juez de menores la facultad de adoptar aquellas medidas que su sabiduría y su celo provisor le indiquen para lograr la salvación del menor, ya que su misión es altamente paternal y protectora y está dotada del carácter singularísimo de procurar la reeducación del menor que ha delinquirido, o de la de preservarlo cuando se halla en trance de delinquir.

"Sin embargo, en el supuesto remoto de que el funcionario aludido diera espalda al cumplimiento de esta función, entonces el mismo estatuto dota al menor de eficientes instrumentos de defensa, como lo son el señor promotor-curador, los padres, siempre que sean dignos de hacerlo, o los curadores, guardadores o personas de quienes dependa".

Por lo tanto, tampoco nos hallamos de acuerdo con la ponencia cuando se refiere a la aplicación de los principios propios del derecho de defensa en los procesos penales, al tratamiento de los menores, que en sentido estricto ni es proceso ni

es penal y que parece concretar, cuando aludiendo a tales principios expresa que ellos:

"son consustanciales a la doctrina sobrepositiva legal del 'constitucionalismo', o al decir de ahora, a la ideología o 'ideocracia' del Estado de Derecho, y que son inherentes a los denominados 'derechos y libertades procesales'".

A lo acertadamente afirmado por la Corte en la sentencia, cuyos apartes hemos transcrito, conviene sin embargo añadir las siguientes observaciones:

a) A partir de la ley 75 de 1968 con la creación de los defensores de menores, se hizo, de ser ello posible, más amplia y precisa la defensa de los menores trasgresores, no solamente por el número de aquellos creado por el legislador, sino por la exigencia de ser abogados titulados según las normas correspondientes y por la naturaleza y alcance de las funciones a ellos encomendadas. Tales funciones son las siguientes:

"Absolver las consultas jurídicas expuestas por las personas que concurran a su despacho y aquellas que se les formulen por escrito.

"Celebrar audiencias con el objeto de obtener la conciliación de los conflictos conyugales y familiares, para prevenir litigios judiciales.

"Solicitar investigaciones sociales al trabajador social, y cuando el caso lo requiera, estudios psicológicos y siquiátricos, para los procesos de adopción y los negocios de protección.

"Pedir al juez la práctica de estudios sociosociales por los equipos multiprofesionales del ICBF, en especial para los procesos de patria potestad, custodia personal de los menores y reglamentación de visitas, de acuerdo a lo previsto en el numeral 15 del art. 21 de la ley 7ª de 1979.

"Solicitar al Laboratorio de Genética, la práctica de exámenes antropono-biológicos, con el fin de preconstituir la prueba de que trata el art. 36 del decreto 2388 de 1979.

"Elaborar y presentar las demandas relacionadas con los procesos civiles de competencia de los juzgados de menores.

"Defender los intereses del menor ante los juzgados de menores en los procesos civiles de competencia de estos y en las demás diligencias o actuaciones que allí se adelanten.

"Asistir a todas las audiencias, notificarse personalmente de los autos dictados, descorrer traslados, propiciar conciliaciones, emitir conceptos de fondo o alegatos de conclusión e interponer recursos cuando sean procedentes".

b) La presencia permanente en el curso de las diligencias respectivas de los padres del menor, de otros familiares y aun de simples 'interesados' demuestra hasta más allá de toda exigencia, la preocupación de la ley 83 por la defensa del menor.

A modo de ejemplo basta con citar entre otros el propio artículo acusado, que permite que el menor comparezca acompañado de los "padres o personas de quienes dependa" y el art. 21 que regula lo referente a la celebración de la audiencia, diligencia importantísima en la investigación respectiva, la cual, según el segundo inciso:

"Se verificará privadamente con la asistencia del médico del juzgado, del promotor-curador de menores, del delegado que hubiere sido encargado de la encuesta sobre el menor, y de los padres o parientes más próximos, si concurrieren, así como de las personas interesadas en la protección del menor, a juicio del juez. También podrá asistir el director de la casa de observación".

c) El juez de menores (art. 3º), según la ley 83 del 46, debe ser persona casada legítimamente, padre o madre de familia "y tener además" versación en ciencias educativas. Está, pues, concebido como juez-educador, que no falla en derecho, sino que dicta en el momento oportuno "el fallo más conveniente para el menor" (art. 23), el cual, por otra parte, puede reformar (art. 36) en cualquier tiempo.

Pese al empleo en el contexto de la ley de algunos términos penales, lo cual resultaba inevitable en su momento, no existe la menor duda de que el juez de menores no define cuestiones de orden técnico

penal. Tampoco puede considerarse por ningún aspecto que el proceso respectivo, si así puede llamarse, sea un proceso penal, ni en él por lo tanto se define en ningún momento un problema de responsabilidad penal.

Así, pues, la presencia de los abogados en tales procesos, constituye un elemento ajeno a su naturaleza y a sus finalidades; y de haberlo considerado necesario el legislador en el año 46, hubiera requerido para su intervención seguramente los mismos requisitos que se estipularon para el juez de menores, según ya se ha dejado visto.

En síntesis, el gran propósito, y el gran avance de la legislación colombiana en el año de 1946 fue descriminalizar o despenalizar el tratamiento de los menores trasgresores. Por ello pensamos respetuosamente que la declaración de inexecutable del artículo acusado, significa retrotraer la situación a casi medio siglo, eliminar en gran medida las conquistas realizadas frente al gravísimo problema de tales menores, y volver a colocarlos a ellos y en gran medida a la jurisdicción de menores, en un marco jurídico penal contrario a lo perseguido por el legislador en el Código del Niño, como también hacer, a la postre, un injerto híbrido entre normas pedagógicas de protección del menor y normas penales previstas dentro de la jurisdicción ordinaria para los delinquentes mayores de edad.

3º) En cuanto a la violación del derecho de litigar por parte de los abogados, en iguales términos acogemos sin reserva alguna lo expresado sobre dicho tema, en la mentada sentencia de exequibilidad. En efecto, allí se dijo en tal sentido:

“Se deriva de lo dicho, que la presencia de un apoderado abogado en la justicia contra menores, lejos de favorecer a estos puede convertirse y se convierte a menudo en factor que conspira contra altos intereses morales que la sociedad desea proteger con normas como la acusada de inexecutable.”

“Lo anterior sería bastante para concluir que el art. 30 acusado no viola el derecho de litigar que el inciso 2º del art.

40 de la Constitución Nacional consagra en favor de los abogados titulados e inscritos.

“Con todo, el error del demandante des cansa en que ha pensado que este derecho es absoluto e ilimitado, siendo así que es fundamentalmente restringido y condicionado a la potestad que tiene el legislador de establecer excepciones, entre las cuales se cuenta la establecida en la propia ley 83 y en la ley reglamentaria de aquel estatuto (ley 69 de 1945). Por eso la misma disposición constitucional dice: *Nadie podrá litigar en causa propia o ajena, si no es abogado inscrito. Sin embargo, la ley establecerá excepciones* (subraya la Corte). Y es obvia esta previsión constitucional, no solamente en tratándose de este derecho, sino de cualquiera otro, puesto que no existen, ni podrían existir, derechos absolutos o ilimitados”. (Ob. cit., pág. 201).

Pese a la contundencia de los argumentos anteriores, no resultaría justo olvidar que la norma que ahora se declara inexecutable fue tomada de la legislación que en materia de menores adoptó el ordenamiento jurídico de la Segunda República Española, el cual por su inspiración, por su influencia en las reformas constitucionales colombianas del año 36 y por muchas otras razones, no puede pensarse que haya sido parco en la protección del derecho de defensa y de la actuación de los abogados.

Tampoco puede pasarse por alto lo que al respecto han expresado quienes tanto en la teoría como en la práctica se han dedicado a las disciplinas referentes al tratamiento de los menores trasgresores. Así, por ejemplo, el doctor JOSÉ ANTONIO LEÓN REY, precisamente el autor del proyecto que viniera a ser ulteriormente la ley 83 de 1946, dice al respecto:

“Pero volviendo a nuestro tema abogadil, no pasemos sin copiar el art. 29 del reglamento que fue declarado ley por la número 15 de 1931 en la república española.

”«Art. 20.—La comparecencia y defensa en su caso, ante los tribunales de menores y tribunal de apelación, serán ex-

clusivamente personal (sic), sin intervención de procurador ni abogado.”

“Muy justificada me parece tal disposición porque, si bien es cierto que el derecho de defensa es incuestionable y a nadie debe negársele, también lo es que el mejor defensor del niño delincuente es y debe ser el juez de menores. En él no cabe malquerencia contra el niño, el que afortunadamente no tiene todavía derechos políticos: en sus determinaciones solamente debe primar un deseo de acertar con el procedimiento más eficaz para salvarlo. De ahí el que la ley le dé tan ilimitadas atribuciones, como no las tiene funcionario alguno; de ahí que hasta sus determinaciones sean inapelables, lo cual no excluye el consejo de personas entendidas, y de ahí el que tal suerte de magistratura debiera estar rodeada de completas garantías que asegurasen la carrera porque un juez de menores no se improvisa así no más.

“El mejor abogado del niño debe ser el propio juez. Los abogados, aunque tengan su título, siempre traen como criterio determinante de su actuación el obtener la libertad de su defendido. Ese es su éxito. Y no siempre conviene al menor la libertad. Por estas razones sería conveniente adoptar en la legislación colombiana el principio consagrado en la española sobre la no intervención de abogados en las tramitaciones ante los juzgados de menores”. (*Revelaciones de un juez*, Bogotá, Edit. Centro, S. A., págs. 126 y 127).

Recientemente, otro experimentado juez de menores y como el anterior, tratadista de la materia, afirma:

“La prohibición de admitir abogados

para la defensa del menor a que se refiere el art. 646 del C. de P. P., significa que en el respectivo proceso no se pueden ejercer los cargos de apoderado, defensor y vocero procedentes en el trámite del proceso ordinario. Esta prohibición está de acuerdo con la finalidad y características de la jurisdicción de menores, y para que se cumplan los requisitos de brevedad, informalidad y carácter tutelar es necesario que quienes pueden actuar dentro del proceso se identifiquen plenamente con su espíritu. El abogado, en los cargos mencionados, lo sabemos por experiencia, no está en capacidad de comprender un interés distinto al de la libertad de su defendido, aunque esté convencido que no merece tal beneficio. En los procesos ante los jueces de menores no está en juego la libertad del menor, sino una decisión que verdaderamente lo proteja. Un abogado, apoderado o defensor, difícilmente pediría al juez una medida de internamiento. Planteada así la defensa del menor, solo es posible encomendar tal función a un representante de la administración pública, como lo es el defensor de menores”. (*Aspectos socio-jurídicos del menor de conducta irregular*, Bogotá, Editorial Colombiana, Ltda., 1979, págs. 157 a 158).

Por todo lo anterior, pensamos que la norma acusada no se opone a los mandatos de la Constitución, debiendo, por lo tanto, a nuestro juicio, ser declarada exequible.

Fecha *ut supra*.

Ricardo Medina Moyano, Carlos Medellín, Luis Carlos SÁCHICA, Humberto Murcia Ballén, Héctor Gómez Uribe, Fernando Uribe Restrepo, Dante L. Fiorillo Porras.

## SALVAMENTO DE VOTO

Del magistrado DANTE L. FIORILLO PORRAS

A las muy atinadas, concisas y ampliamente fundamentadas consideraciones en que apoyan su salvamento de voto los magistrados MEDINA MOYANO, MEDELLÍN, SÁCHICA, MURCIA BALLÉN, GÓMEZ URIBE y URIBE RESTREPO, que comparto, debo agregar, una vez más, las siguientes razones que he venido exponiendo, tan insistente como infructuosamente, en relación con la no por inveterada menos equivocada doctrina de la Corte, conforme a la cual esta supone que es la Constitución Política la que establece en qué consiste el llamado "derecho de defensa", y ella misma la que reglamenta "el debido proceso", contrariando de este modo, ostensiblemente, la voluntad del propio constituyente, que atribuyó a la ley el señalamiento de tales requisitos y de los correspondientes procedimientos, como es fácil advertir no solo del texto del art. 26, que la Corte estima violado en este caso, sino del contenido de otras igualmente claras disposiciones constitucionales:

"Art. 23. Nadie podrá ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino a virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en las leyes..." (resaltados fuera del texto).

"Art. 26. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, ante tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio..." (resaltados fuera del texto).

"Art. 27. La anterior disposición no obsta para que puedan castigarse, sin juicio

previo, en los casos y dentro de los precisos términos que señala la ley..." (resaltados fuera del texto).

"Art. 28. Aun en tiempo de guerra nadie podrá ser penado *ex post facto*, sino con arreglo a la ley, orden o decreto en que previamente se haya prohibido el hecho y determinándose la pena correspondiente..." (resaltados fuera del texto).

No es posible, en consecuencia, que los requisitos y los procedimientos señalados en la ley puedan violar, en algún caso, el art. 26 de la Carta ni ningún otro de los textos constitucionales, todos los cuales dejan esas materias al legislador, lo que significa que el "derecho de defensa" es el que la ley reconozca en cada juicio y el "debido proceso" el que se cumpla con sujeción a ella y, en suma, que las violaciones de uno y otro principios solo pueden darse cuando los funcionarios desconocen las ordenaciones legales —que es lo que la Constitución prohíbe—, por ejemplo, molestando a las personas o a sus familiares sin mandamiento escrito de autoridad competente, sin las formalidades legales y sin que exista un motivo previamente definido en las leyes; o juzgándolas conforme a leyes derogadas o inexistentes para la fecha de la comisión del acto que se imputa, o ante tribunal incompetente o sin observar la plenitud de las formas propias de cada juicio; o penándolas *ex post facto*, sin que previamente se haya prohibido el hecho y determinándose la pena correspondiente.

Por lo tanto, solo se viola el "derecho de defensa" y se quebranta el "debido proceso" cuando, como lo ha sostenido invariablemente la Sala de Casación Pe-

nal, se desconocen las normas legales que, al amparo del art. 26 de la Constitución Política, se garantizan en los respectivos procesos penales:

"...Como reiterada e inveteradamente lo ha venido declarando la Corte, la nulidad con rango de violación del derecho constitucional que esta ha venido reconociendo se refiere, no a las informalidades o simples defectos procesales ni a la comisión u omisión de algunas actividades judiciales irrelevantes, para las cuales el propio Código de Procedimiento Penal y el Régimen Disciplinario prescriben las sanciones pertinentes, sino al quebrantamiento de uno cualquiera de los cuatro presupuestos fundamentales que el art. 26 de la Constitución Nacional señala para el debido juzgamiento de las personas, consistentes en que estas solo pueden serlo conforme a leyes preexistentes al acto que se imputa, por el tribunal legalmente competente para hacerlo, con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio y, si es el caso, mediante la aplicación de las leyes permisivas o favorables, aún siendo estas promulgadas con posterioridad a la ocurrencia del hecho..."

"...De estas cuatro hipótesis constitucionales resulta fácil advertir que a la que se refiere el casacionista es a la concerniente al desconocimiento del derecho de defensa, por violación de las formas propias del debido proceso, que se reputa quebrantada por el recurrente en el supuesto de que el rechazo del juez a la designación del vocero hecha por otro de los procesados, distinto al demandante, «complicó tanto la situación de (aquel), como la del (recurrente) para la defensa»..."

"...las llamadas nulidades constitucionales o supralegales son aquellas que atacan «las bases mismas de la organización judicial» (sent., 11 febrero 1948), esto es, las que «desfiguran el esquema del proceso, afectan fundamentalmente su estructura, socavan las bases del juzgamiento o desconocen garantías esenciales de las partes» (sent., 8 mayo 1970, CXXXIV, 295)..."

"...La jurisprudencia ha admitido, en

guarda de los principios superiores de la Const. Nac. y para casos extremos, nulidades no establecidas por la ley procesal de modo expreso, deducidas de lo dispuesto en el art. 26 de la suprema ley y a las que ha denominado nulidades supralegales o constitucionales, cuando se trate de irregularidades procedimentales que ataquen las bases mismas de la organización judicial o consagren flagrante violación del derecho de defensa del procesado. Como tales se han considerado, en la elaboración jurisprudencial de casación, la vocación a juicio de un sindicado y el seguimiento de causas con aplicación de leyes sustantivas posteriores al delito (sent., 19 febrero 1943); la denominación anfibiológica del cargo en el auto de proceder, cuando la ambigüedad en la formación de la acusación impida la precisión del delito materia del juicio (sents., 19 febrero 1943 y 27 enero 1948 la falta absoluta de defensa técnica o formal del acusado (sents. 18 mayo 1942, 15 diciembre 1950, 11 julio 1952, 23 enero 1953, 7 diciembre 1955, 7 noviembre 1961, entre otras); la omisión en el cuestionario sometido al jurado de elementos tipificadores de la infracción o de circunstancias modificadoras de la responsabilidad del procesado (sent., 26 julio 1944, 10 noviembre 1955 y 12 noviembre 1956, entre otras); la falta de asistencia del procesado menor (sent., 11 febrero 1948)..."

"...La nulidad de rango constitucional, como es de fácil comprensión, desfigura el esquema del proceso, afecta fundamentalmente su estructura, socava las bases del juzgamiento, desconoce garantías esenciales de las partes. Por ello no se puede pretender, al amparo de la elaboración jurisprudencial que ha dado paso a esa clase de nulidad en guarda del art. 26 de la Constitución Nacional, que toda omisión o informalidad en que se haya incurrido en el desenvolvimiento del proceso, así no lesione los intereses básicos del Estado ni de los sujetos vinculados a la relación procesal, sea aceptada como motivo de esa nulidad superior, empeño que ha venido observándose con inusitada frecuencia en alegatos de casación... (sent., 8 ma-

yo 1970, CXXXIV, 295)...” (Sent., 30 agosto 1979, proc. núm. 24470).

Si esto es así y es la propia Constitución Política de Colombia la que dice expresamente que lo es, resulta absolutamente inaceptable que pueda afirmarse, menos por la Corte, que el juzgamiento de menores conforme a leyes preexistentes al acto que se les imputa, ante jueces legalmente competentes y observando la plenitud de las formas propias del juicio respectivo, quebrante, no obstante, el debido proceso y el derecho de defensa y francamente insostenible que se haga decir al art. 26 de la Carta todo lo que la Corte le atribuye en la sentencia de mayoría y, por lo tanto, que es la norma constitucional y no la ley la que contiene las garantías procesales a que se refiere el fallo:

“... (la garantía de que a los sindicados) no se les condene por lo que no se les ha probado como acción u omisión suya, respecto de la cual además les sea atribuible normativamente su conducta; del derecho a que se presuma su inocencia mientras no se les demuestre lo contrario y a que en caso de duda, esta favorezca al sindicado; de que la carga de la prueba (“demostrabilidad”) corresponde al Estado; de que toda prueba alegada o allegada en su contra es controvertible por el procesado o por su apoderado; de que al sindicado no se le puede negar su derecho a solicitar la práctica de las pruebas que estime conducentes a su defensa y a la verificación de su inocencia, inimpugnabilidad o irresponsabilidad; (...) y de que toda decisión de primera instancia en su contra es recurrible ante otra de mayor jerarquía...”.

“...Y el derecho de defensa, que es otra de las esenciales manifestaciones del debido proceso, tiene como asidero fundamental la libertad de postulación y escogencia del defensor o del apoderado por parte del sindicado o de quien lo representa en sus intereses; la igualdad de opción y de controversia en la defensa ante la ley y ante el juzgador; la igualdad objetiva de aptitud y capacidad profesional y dedicación de quien asuma como defensor, y la obligación ética y constitucional de este de hacer todo lo válidamente posible para la idónea asistencia profesional de su poderdante en su proceso y en su causa...”.

De la anterior exhaustiva enumeración de principios y postulados de derecho procesal penal, la casi totalidad de ellos recogidos entre nosotros en el decreto 409 de 1971, “por el cual se introducen reformas al Código de Procedimiento Penal y se codifican todas sus normas”, que el fallo de la Corte reputa disposiciones de la Constitución, solo garantiza esta la observancia de cuatro de ellos en el juzgamiento de las personas, “consistentes en que estas solo pueden serlo conforme a leyes preexistentes al acto que se imputa, por el tribunal legalmente competente para hacerlo, con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio y, si es el caso, mediante la aplicación de las leyes permisivas o favorables, aún siendo estas promulgadas con posterioridad a la ocurrencia del hecho”.

Por ello, salvo el voto.

Dante L. Fiorillo Porras

20 de mayo de 1983.

## SALVAMENTO DE VOTO

Me permito agregar algunas breves consideraciones al salvamento de voto redactado por el magistrado Ricardo Medina Moyano, que he tenido el honor de suscribir.

Es realmente lamentable para la evolución del derecho en Colombia, que la Corte en el presente fallo se haya visto en el caso de contribuir a desnaturalizar la avanzada legislación sobre menores, vigente entre nosotros a partir de la ley 83 de 1946, al menos formalmente.

La ley Orgánica de la Defensa del Niño constituye sin duda un señalado logro del derecho social que apunta directamente al bien común, con sentido de tutela y promoción humanas, con base en un enfoque científico y bajo la inspiración de acuciantes imperativos éticos. Las medidas de protección al menor abandonado o en situación de peligro moral o físico, que constituyen el contenido específico y principal de esta legislación tuitiva, se verán sin duda obstaculizadas, cuando no tergiversadas, con la intervención de abogados de parte en el papel de supuestos defensores.

Resulta un verdadero contrasentido lógico y jurídico aducir el clásico derecho individual de defensa (Const., art. 26) contra el moderno propósito de defensa social que se traduce en medidas de asistencia y protección al menor (ley 83, art. 1°), para su salvación y promoción: se defiende judicialmente al menor contra quienes solo pretendan defenderlo socialmente. Como también resulta impropio anteponer el derecho profesional de los abogados a litigar en causa ajena (Const., art. 40) cuando no debe haber enfrentamiento alguno entre el menor amenazado o desprotegido y el Estado que busca precisamente ampararlo en cumplimiento de un deber social indeclinable (Const., art. 16).

La intervención de litigantes profesionales a sueldo no se aviene a los casos muy frecuentes en que el menor necesita ser protegido precisamente de sus propios padres o guardadores —irresponsables, inmorales o delincuentes (ley 83, arts. 42-43 y 45)—, quienes paradójicamente serán los que contraten y paguen al abogado litigante, para así poder continuar explotando o corrompiendo al menor “defendido”. Situación aberrante que se repite cuando los representantes legales, victimarios del menor “defendido”, intenten con fines proditorios ser rehabilitados en sus pretendidos derechos (ley 83, art. 65).

El fallo de la Corte, atendidos únicamente los anteriores aspectos, resulta desconociendo los objetivos sociales de la ley 83, para enfrentarla a normas de la Constitución interpretadas según un anacrónico criterio individualista.

Es evidente, sin embargo, que la decisión de la Corte tiene piso muy firme si tan solo se consideran los aspectos penales de la ley 83, involucrados antitécnica-mente en ella por incongruencia imputable al legislador. No se puede criticar a la Corte por exigir, en cumplimiento de su función constitucional, que se respete el derecho de defensa en asuntos penales. Y de otra parte parecería a primera vista que el fallo no podía limitar a este aspecto punitivo la intervención de abogados litigantes —como sería lo jurídico— puesto que a la Corte le está vedado legislar. En todo caso, lamentablemente, la parte se ha impuesto sobre el todo.

Dejo así aclarado mi salvamento de voto.

Fecha *ut supra*.

Fernando Uribe Restrepo.