

Del Análisis en la Responsabilidad Penal de los Menores Y adolescentes, al alcance de la ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia) *

Aristides Baldomero Contreras Fernández

Natalia Miranda Hernández

Facultad de Derecho

Bogotá D.C. 10 de febrero de 2012

Del Análisis en la Responsabilidad Penal de los Menores Y adolescentes, al alcance de la ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia) *

Aristides Baldomero Contreras Fernández**

Natalia Miranda Hernández***

Resumen

En el presente artículo se realizará la identificación de los pilares jurídicos que protegen a los menores y adolescentes en Colombia, detenidamente se analizarán sus estructuras comparando otros países, que luego de generar leyes en el tema de una manera general, han recibido el impacto de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño en los sistemas Jurídicos.

Es una Investigación Jurídica, básica, con naturaleza comparativa y descriptiva, enfocado en analizar normatividad de varios países, sus alcances en la materia, calificando el interés superior del niño y adolescente, frente a la constitucionalidad de la imposición de medidas penales.

*Artículo realizado en el desarrollo de la Especialización en Procedimiento Penal Constitucional y Justicia Militar de la Universidad Militar Nueva Granada.

**Abogado de la Universidad Militar Nueva Granada, Profesional en Ciencias Militares de la Escuela Militar de Cadetes “Gral. José María Córdova”, Asesor y Defensor en Derecho Penal, docente del área de Normatividad Legal para la Superintendencia de Vigilancia y seguridad Privada. Correo electrónico: acoferz@hotmail.com

***Abogada de la Universidad Militar Nueva Granada, presta sus servicios profesionales para la Defensoría Militar para Demil, en el Área de Disciplinario Interno, Justicia Penal Militar y Administrativos. Correo electrónico: nataliamirandah@hotmail.com.

Palabras Clave

Menores, Infancia, Adolescentes, Responsabilidad Criminal, Medidas Penales.

From Analysis of Criminal Responsibility of Children and Adolescents, until scope of the law 1098 of 2006 (Code for Children and Adolescents)

Abstract

In this Article we will identify legal pillars that protect children and adolescents in Colombia, carefully analyzing their structures, comparing other countries which then generated laws on the

subject in a general way, and have been hit by the International Convention on the Rights of the Child in Legal Systems.

This is a legal Research, basic, in nature comparative and descriptive, focused on analyzing regulations of various countries, its scope in the field, and qualified the best interests of children and adolescents, compared to the constitutionality of the imposition of penal measures.

Keywords

Minors, Children, Adolescents, Criminal Responsibility, Penal Measures.

INTRODUCCIÓN

En la historia de la humanidad se sabe que los menores, cuando cometían un delito, eran tratados de igual manera que los adultos, posteriormente fue apareciendo un tratamiento jurídico penal diferenciado y así se advierte en las Leyes de Manú (India)¹, en el derecho romano la Ley de las XII Tablas (Año 449 a. C.) en la cual se considera a la pubertad como límite para otorgar al niño un trato diverso que el proporcionado al adulto. Será hasta la época clásica cuando se reconoce la inimputabilidad penal del menor.² Actualmente con el modelo de responsabilidad arriba mencionado, el menor es considerado como persona; En consecuencia el menor se somete a un régimen especial y por tanto no es inimputable ya que responde por las consecuencias de sus actos.

De hay que es importante resaltar el concepto del Derecho Penal Mínimo, el cual de acuerdo a FERRAJOLI, se refiere a los mayores vínculos garantistas estructuralmente

¹ Las Leyes de Manu, es un importante texto sánscrito de la sociedad antigua de la India, Varios historiadores creen que el texto fue escrito durante o después del reinado del rey hinduista Púsiyamitra Shunga (alrededor del siglo III a. C.), quien persiguió a los budistas y los echó de la India. Después de la ruptura de los imperios Maurya y Shunga, hubo un periodo de incerteza que llevó a un aumento del interés en normas sociales ultraconservadoras. Según Romila Thapar, «La severidad de los *dharma shastras* (escrituras sobre religión) fue sin duda un comentario que surgió de la inseguridad de los ortodoxos ante una era de fluctuaciones».

- Un escritor sostiene que el texto sería anterior a la época de Buda (siglo VI a. C.).
- Según la *Encyclopedia britannica concise*, el texto se ha preservado desde el siglo I a. C.
- Según Thomas J. Hopkins (1971), fue escrito entre el 200 a. C. y el 100 d. C.
- Según John Keay (2000), su forma final fue puesta por escrito en el siglo II d. C.
- Según Burjor Avari (2007) fue escrito entre el siglo II a. C. y el II d. C.
- Según Hermann Kulke y Dietmar Rothermund (1986) fue escrito entre los siglos II y III d. C.
- Según Gavin Flood (1996) fue escrito «entre el siglo II a. C. y el III d. C.» Información tomada de Wikipedia, la enciclopedia libre pagina web http://es.wikipedia.org/wiki/Leyes_de_Manú.

² MARTÍN CRUZ, Andrés. *Los fundamentos de la capacidad de culpabilidad penal por razón de la edad*. Granada. Edit. Comares, 2004, p. 41

internos al sistema, a la cantidad y calidad de las prohibiciones y las penas en el establecido.³

Por otra parte, si existe acuerdo⁴ que la imputabilidad penal como concepto jurídico penal consiste en una capacidad psíquica del sujeto para que se le atribuyan las acciones que realiza, y si la posición dominante actual - no la única - concibe la imputabilidad como "capacidad para comprender el carácter ilícito de la conducta y de actuar conforme a esa comprensión" resulta entonces que nos lleva al absurdo de generalizar que todo menor de edad tiene problemas de orden cognitivo, volitivo, afectivo o que está afectado en todas las esferas del desarrollo psíquico y en consecuencia es inimputable. Lo anterior no tiene sustento en ninguna de las teorías que explican el desarrollo psicológico del sujeto. La teoría psicogenética⁵ considera que en condiciones normales, el niño a partir de los doce años inicia el período de las operaciones abstractas o hipotético-deductivas en las que el pensamiento del sujeto es capaz de elaborar abstracciones; es decir, las operaciones lógicas superan el plano de lo concreto y se ubican en el de las ideas y deducen conclusiones, en el ámbito afectivo construyen su personalidad lo que conlleva a la cooperación, autonomía y solidaridad de las relaciones sociales; se afirma el aspecto volitivo como regulación y jerarquización moral de las tendencias. A similar conclusión arriban autores como Henry Wallon y Vigotsky.

Dentro de éste contexto, uno de los obstáculos para establecer esta necesaria discusión es que, como veremos, imputabilidad e inimputabilidad han sido problemas poco tratados por los penalistas (no en vano FRANK afirmó que la imputabilidad era el "Fantasma errante de la teoría del delito")⁶. Otro factor a tomar en cuenta, respecto al estudio de la imputabilidad, es que se trata de un concepto ligado profundamente a ciencias ajenas a nuestra disciplina, como la medicina, psicología, psiquiatría, sociología, etc. Por ello, si al penalista se ha visto en tantas dificultades para estudiar la imputabilidad dentro de su ámbito, pensemos lo que ocurre cuando encuentra en un campo (como el de las ciencias antes referidas) que no se controla⁷.

A partir de estas consideraciones, es importante estudiar el pensamiento que en la actualidad impulso a esta investigación, ¿Es aceptable argumentar incapacidad de comprender y querer del menor de dieciocho años?, En este sentido, RIOS MARTIN⁸ ha manifestado que la doctrina tendrá que, o bien admitir que a partir de los trece o catorce años el menor posee capacidad de

³ FERRAJOLI, Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, Madrid 1997, p. 104

⁴ CARMONA CASTILLO, Gerardo A. *La imputabilidad penal*. 2ª. ed. México. Edit. Porrúa, 1999, p. 84

⁵ PIAGET, Jean. *Seis estudios de psicología*. Barcelona. Edit. Seix Barral. 1985, pp. 11 a 107

⁶ Esta denominación proviene de Frank, Reinhard *Sobre La Estructura Del Concepto de Culpabilidad (Trad., Soler), Chile, 1966, pp. 21 y 22.*

⁷ En este sentido GIMBERNAT ORDEIG *¿Tiene un futuro la dogmática jurídico penal?, Estudios de Derecho Penal*, 3ª ed, Madrid, 1990, pp 140 ss.

⁸ RIOS MARTIN, "La ley de responsabilidad penal de los menores. Cambio de paradigma: del niño en peligro al niño peligroso", en *Estudios jurídicos del Ministerio Fiscal*, VI, Madrid, 2000, pp. 544-548.

autodeterminación (y ello lo hace susceptible de ser incriminado ante la comisión de delitos) o bien desvincular el elemento imputabilidad del delito.

De lo contrario se caería en la falacia de elevar formalmente la edad penal a los 18 años, pero en la práctica ésta se bajaría a los 14 años, frente a personas a quienes no se reconoce capacidad de comprender y dirigir sus actos.

CONVENCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

La aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, marcó la culminación de casi 70 años de esfuerzos por conseguir que la comunidad internacional reconociese a los niños, niñas como sujetos de derechos. La Convención marcó un hito en la humanidad al establecer una nueva forma de relación entre los adultos y las personas menores de edad.

La Convención es el tratado de derechos humanos más universalmente aceptado de la historia y ha sido ratificado por todos los países con excepción de Estados Unidos.

La primera preocupación internacional por la situación de la niñez se produjo en 1923, cuando el Consejo de *"Save the Children International Unión"* adoptó una declaración de cinco puntos sobre los derechos del niño, conocida como Declaración de Ginebra. En 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó una versión más extensa de ese texto y, en 1959 adoptó una nueva declaración de 10 principios sobre protección y bienestar.

La Declaración de los Derechos del Niño de 1959, sirvió de trampolín para las iniciativas de apoyo a la Convención. En 1978, el gobierno de Polonia presentó un texto inicial que se esperaba fuera aprobado en 1979, Año Internacional del Niño, como símbolo perdurable de ese año. Sin embargo, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas consideró que el texto debía ser revisado a fondo. Treinta años después, el 20 de noviembre de 1989, por fin fue aprobada la CDN. Más que un catálogo de derechos, la CDN es una declaración completa de las obligaciones que los Estados y las sociedades deben cumplir con los niños, niñas y adolescentes.

Basada en diversos sistemas jurídicos y tradiciones culturales, la Convención está compuesta de una serie de normas y obligaciones aceptadas por todos. Estas normas básicas -denominadas también derechos humanos- establecen derechos y libertades mínimas que los gobiernos deben cumplir. Se basan en el respeto a la dignidad y el valor de cada individuo, independientemente de su raza, color, género, idioma, religión, opiniones, orígenes, riqueza, nacimiento o capacidad, y por tanto se aplican a todos los seres humanos en todas partes. Acompañan a estos derechos la obligación de los gobiernos y los individuos de no infringir los derechos paralelos de los demás.

Estas normas son interdependientes e indivisibles; no es posible garantizar algunos derechos a costa de otros.

UNICEF⁹ cuenta con la misión de proteger los derechos de niños y niñas, contribuir a resolver sus necesidades básicas y ampliar sus oportunidades a fin de que alcancen su pleno potencial. Para ello, UNICEF se rige bajo las disposiciones y principios de la Convención sobre los Derechos del Niño.

UN INSTRUMENTO JURÍDICAMENTE VINCULANTE

La Convención sobre los Derechos del Niño es el primer instrumento internacional jurídicamente vinculante que incorpora toda la gama de derechos humanos: civiles, culturales, económicos, políticos y sociales. En 1989, los dirigentes mundiales decidieron que los niños y niñas debían de tener una Convención especial destinada exclusivamente a ellos, ya que los menores de 18 años precisan de cuidados y protección especiales, que los adultos no necesitan. Los dirigentes querían también asegurar que el mundo reconociera que los niños y niñas tenían también derechos humanos.

La Convención establece estos derechos en 54 artículos y dos Protocolos Facultativos. Define los derechos humanos básicos que disfrutan los niños y niñas en todas partes: el derecho a la supervivencia; al desarrollo pleno; a la protección contra influencias peligrosas, los malos tratos y la explotación; y a la plena participación en la vida familiar, cultural y social. Los cuatro principios fundamentales de la Convención son la no discriminación; la dedicación al interés superior del niño; el derecho a la vida, la supervivencia y desarrollo; y el respeto por los puntos de vista del niño. Todos los derechos que se definen en la Convención son inherentes a la dignidad humana y el desarrollo armonioso de todos los niños y niñas. La Convención protege los derechos de la niñez al estipular pautas en materia de atención de la salud, la educación y la prestación de servicios jurídicos, civiles y sociales.

Al aceptar las obligaciones de la Convención (mediante la ratificación o la adhesión), los gobiernos nacionales se han comprometido a proteger y asegurar los derechos de la infancia y han aceptado que se les considere responsables de este compromiso ante la comunidad internacional. Los Estados parte de la Convención están obligados a la estipular y llevar a cabo todas las medidas y políticas necesarias para proteger el interés superior del niño.

AMERICA LATINA

⁹ misión de UNICEF de acuerdo a su página web <http://www.unicef.org/spanish/crc/>

El proceso posterior que inicio la Convención sobre los Derechos del Niño en América Latina fue rápido y extendido, en primera manera se realizaron muchas ratificaciones, provoco reformas de manera legal los cuales estaban destinados a la adecuación de la legislación interna a la CDN.

Se debe aclarar que fuera de cualquier apreciación critica sobre desarrollo y resultados, en ninguna otra región del mundo se produjo una movilización social tan intensa en torno a la CDN como fue en el caso de América Latina.

La primera etapa se caracterizo por ser de - transición de paradigmas - va de la aprobación de la CDN en noviembre de 1989, hasta fines de 1991, en la que prácticamente se completa el velocísimo y masivo movimiento de ratificaciones de la CDN por los Estados de la Región, manteniendo, sin embargo, intacta la vieja legislación específicamente diseñada para el control - protección del “menor abandonado-delincuente”, producto de las primeras décadas del siglo XX.¹⁰

Una Segunda etapa, de expansión jurídico-cultural de autonomía de la infancia entre 1992 y 1997, en la que se producen la mayor cantidad de reformas legislativas y durante la cual, para resumir el espíritu del periodo, en general, se interpretan, adoptan y desarrollan en clave de derechos humanos los principios más importantes sobre los que se estructura la CDN, por ultimo una tercera etapa de involución represiva discrecional, inaugurada probablemente, con los decretos fujimoristas de “Terrorismo agravado” y “Pandillaje pemicioso” de mayo de 1998, cuya onda expansiva negativa continua abierta y haciendo sentir sus efectos en algunos países.

Nada representa mejor el espíritu de esta etapa, además obviamente de los decretos ya mencionados, que las leyes “antimaras” de Honduras y el Salvador de fines de 2003, asi como las diez sentencias de reclusión y prisión perpetua a menores de edad dictadas en Argentina entre los años 1997 y 2003.¹¹

SISTEMAS DE RESPONSABILIDAD PENAL JUVENIL EN AMERICA LATINA

¹⁰ EMILIO GARCIA MENDEZ y ELIAS CARRANZA, *Infancia, adolescencia y control social en América Latina*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1990.

¹¹ En el caso de Honduras se hace referencia al decreto 117 de 2003 que reforma el art.332 del C.P relativo a la asociación ilícita para incluir en el la figura de las maras, específicamente en relación con los menores de edad. En el caso de El Salvador, se trata de una ley completa, el decreto 154 de la Asamblea Legislativa de 1º de octubre de 2003. Una modificación al C.P de Guatemala en un sentido muy similar a lo ocurrido en Honduras. En el caso de Argentina, existe una publicación reciente que reúne las diez sentencias a las que aquí se ha hecho mención. Cfr. “Sentencia de reclusión perpetua y prisión perpetua a personas menores de 18 años de edad en la Republica Argentina (1997-2003)” Ed. Colegio Público de Abogados de la Capital Federal-Unicef, Argentina (2003)

Brasil

La reforma legal de América Latina inicio con la aprobación por Brasil del Estatuto del Niño y del Adolescente¹² en 1990.

Se establecieron tres características de un sistema de responsabilidad penal juvenil, en primer lugar, que trata de personas menores de dieciocho años que realizan la conducta descrita como antecedente de una sanción, sean delitos o contravenciones.

En segundo lugar, es un sistema completamente diferente del sistema de justicia penal para adultos ("son penalmente inimputables, en Tercer lugar, una de esas diferencias se expresa en las "medidas" o consecuencias jurídicas de la conducta transgresora de la ley penal cuando es llevada a cabo por una persona menor de dieciocho años.

Para dejar por fuera de este sistema a los niños¹³ (las personas menores de doce años) el estatuto establece en el artículo 105 que "al acto infractor practicado por un niño le corresponderán las medidas previstas en el artículo 101", que son las medidas de protección previstas para aquellos niños o adolescentes cuyos derechos se encuentren amenazados o violados.¹⁴

Aquí aparece una cuarta característica que es la que habilita a hablar de sistemas de responsabilidad penal juvenil: es la exclusión de los niños de este sistema, el Estatuto establece una solución en estos casos y que ha sido posteriormente revisada. Se trata de la casi automática derivación de los niños imputados de la comisión de delitos o contravenciones a los sistemas de protección, ya que establece que a estos les corresponden medidas de protección.

El Estatuto establece garantías sustantivas en los artículos 106 a 109 y procesales en los artículos 110 y 111, pero no desarrolla en detalle el proceso a seguirse a un adolescente infractor (arts. 171 a 190). El reconocimiento de todas las garantías es la quinta característica de un sistema de responsabilidad penal juvenil.

Las sanciones juveniles en el Estatuto son denominadas medidas socio-educativas y son enumeradas y descritas en los artículos 112 a 125. Se trata de la advertencia, la obligación de reparar el daño, la prestación de servicios a la comunidad, la libertad asistida, la semi-libertad, la

¹² Ley 8069 aprobada el 13 de julio de 1990 y reformada por la ley 10764 del 12 de Noviembre de 2003.

¹³ Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores num4.1 en función del párr. 10 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

¹⁴ Las medidas de protección previstas por el Estatuto son: encaminamiento a los padres o responsables, mediante declaración de responsabilidad; orientación, apoyo y seguimiento Temporarios; matricula y asistencia obligatorias en establecimiento oficial de enseñanza fundamental; inclusión en programa oficial o comunitario de auxilio a la familia, al niño y al adolescente, solicitud de tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico, en régimen de internación en hospital o con un tratamiento ambulatorio; inclusión en programa oficial o comunitario de auxilio, orientación y tratamiento a alcohólicos y toxicómanos; abrigo en entidad y colocación en familia sustituta, El Estatuto expresamente prevé que el abrigo es una medida provisoria y excepcional que funciona como transición para la colocación en familia sustituta y que no implica privación de libertad.

internación o privación de la libertad y todas las medidas de protección con excepción del abrigo y la colocación en familia sustituta.

Algunas cuestiones que han sido posteriormente revisadas en relación con las medidas socio-educativas son la posibilidad de su aplicación conjunta, o su sustitución, como ocurre con las medidas de protección (arts. 99 y 113). Ello porque la utilización de esta norma sin un análisis cuidadoso podría dar lugar a una afectación del principio de responsabilidad por el acto.

El Estatuto define las medidas socio-educativas, y en particular, a la internación, a la que considera una medida privativa de la libertad. Esta, si bien puede ordenarse por tiempo indeterminado (art. 121.2) —lo que afectaría los principios de legalidad y proporcionalidad—, nunca puede exceder los tres años.

Esta es la sexta característica del sistema.

El Estatuto intenta limitar la aplicación de esta medida socio-educativa¹⁵ (art. 122) a los supuestos de:

a) acto infractor cometido mediante grave amenaza o violencia en la persona; b) reiteración en la comisión de otras infracciones graves; y c) falta de cumplimiento reiterado e injustificado de una medida impuesta anteriormente, y no puede en este caso la internación ser superior a tres meses.

Esta limitación, por su vaguedad, ha dado lugar a interpretaciones amplias que admiten la privación de la libertad en prácticamente todos los casos de adolescentes infractores, por lo que leyes posteriores han revisado estos límites y han encontrado fórmulas más precisas que hagan efectiva la excepcionalidad de esta medida.¹⁶

Ahora bien, no obstante, en relación con la privación de libertad durante el proceso, se establece como garantía que esta no puede exceder de 45 días, plazo máximo en el que el juez deberá dictar la resolución definitiva.

Finalmente, y como séptima característica, el Estatuto incorpora la remisión (arts. 126 a 128) como facultad del ministerio público antes de iniciar el proceso. También puede ser otorgada por el juez si el proceso ya se inició, lo que implica la suspensión o extinción del proceso. No requiere el consentimiento del adolescente.

Perú

El nuevo Código de los Niños y los Adolescentes de Perú¹⁷, recoge la propuesta de adecuación sustancial del Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil, tal como lo hacía el anterior Código

¹⁵ El equipo multidisciplinario de los juzgados revisa periódicamente la privación de libertad.

¹⁶ BELOFF, Mary, *Infancia, Ley y democracia en América Latina*, Editorial Temis, Bogotá 2004 p.103

¹⁷ Aprobado por la ley 27.337 del 27 de julio de 2000 que modificó el decreto-ley 26.102 del 24 de diciembre de 1992.

de 1992, y establece un sistema muy similar en relación con los infractores de la ley penal. Similar descripción del principio de legalidad (delito o falta) y similar exclusión de los niños, quienes según el artículo 184 "serán pasibles" de medidas de protección¹⁸. Ello plantea idéntico problema con la derivación automática de los niños al sistema de protección, tal como lo señalé para el caso de Brasil¹⁹.

El nuevo Código peruano regula la cuestión sin entrar en la discusión sobre responsabilidad o inimputabilidad. Las garantías y disposiciones de carácter procesal se encuentran aún menos detalladas que en el Estatuto de Brasil. En particular, el principio del contradictorio se encuentra debilitado y ello se refleja en la implementación de la ley.

Incluye cláusulas como la del artículo 191²⁰ (y la ya mencionada que se refiere a la exclusión de los niños del sistema) que de no ser interpretadas de modo armónico con los principios de la protección integral, podrían afectar garantías fundamentales de los adolescentes. Este artículo establece:

¹⁸ Art. 208 del anterior decreto-ley 26.102.

¹⁹ Retrocede sensiblemente el nuevo Código en este aspecto. Se establece, dentro de las medidas de protección al niño "que cometa infracción a la ley penal" (art. 242), que le "(...) corresponde las medidas de protección. El juez especializado podrá aplicar cualquiera de las siguientes medidas:

"a) El cuidado en el propio hogar, para lo cual se orientará a los padres o responsables pañi el cumplimiento de sus obligaciones, contando con apoyo y seguimiento temporal por instituciones de defensa;

"b) Participación en un programa oficial o comunitario de defensa con atención educativa, de salud y social;

"c) Incorporación a una familia sustitua o colocación familiar; y

"d) Atención integral en un establecimiento de protección especial".

Así mismo, a continuación establece las medidas de protección al "niño y adolescente cu presunto estado de abandono", en una clásica formulación tutelar, y que son:

"a) El cuidado en el propio hogar, para lo cual se orientará a los padres o responsables al cumplimiento de sus obligaciones, contando con apoyo y seguimiento temporal por insliluciones de defensa;

"b) La participación en el programa oficial o comunitario de defensa con atención educativa, de salud y social;

"c) Incorporación a una familia sustituta o colocación familiar;

"d) Atención integral en un establecimiento de protección especial; y

"e) Dar en adopción al niño o adolescente, previa declaración del estado de abandono por el juez especializado".

Además, incluye en esta sección un procedimiento para los casos de "estado de abandono", y que consiste fundamentalmente en la producción de una serie de informes (art. 246): "declaración del niño o adolescente:

"a) Examen psicosomático para establecer su edad. Este es realizado por la oficina médico-legal especializada y sus resultados se comunican en el plazo de dos días;

"b) Pericia pelmatoscópica para establecer la identidad del niño. Conocida esta, se adjuntará la partida de nacimiento y la copia del examen psicosomático, y deberá emitirse la pericia en el término de dos días. Si se trata de un niño o adolescente de quien se desconoce su identidad, la pericia se emitirá en el término de diez días calendario, para lo cual deberá adjuntarse al oficio copia del examen psicosomático;

"c) Informe del Equipo Multidisciplinario o el que haga sus veces, para establecer los factores que han determinado la situación del niño o adolescente; y

"d) Informe de la división de personas desaparecidas, a fin de que indique si existe denuncia por la desaparición del niño o adolescente.

"El Promudeh o las instituciones autorizadas adjuntarán al oficio copia de la partida de nacimiento o, en su defecto, copia del examen psicosomático o de la pericia pelmatoscópica. El informe se emitirá en el término de tres días".

El art. 248 finalmente incluye los supuestos de la declaración judicial del estado de abandono:

"El juez especializado podrá declarar en estado de abandono a un niño o adolescente cuando:

²⁰ Art. 214 del anterior decr.-ley 26.102.

*"El sistema de justicia del adolescente infractor se orienta a su rehabilitación y a encaminarlo a su bienestar. La medida tomada al respecto no solo deberá basarse en el examen de la gravedad del hecho, sino también en las circunstancias personales que lo rodean".*²¹

En cuanto a la remisión²², a diferencia de Brasil, se admite también la posibilidad de la semilibertad²³ como medida a cumplir, lo que agrava la situación descrita en relación con el Estatuto²⁴. También se complica la cuestión respecto del consentimiento del adolescente, ya que se establece que las actividades²⁵ que se impongan como consecuencia de la remisión deberán contar con su consentimiento; pero no se lo requiere para el otorgamiento de la remisión en sí. Por otra parte, no queda claro si en todos los casos la remisión será con medida.

En cuanto a la limitación de la privación de la libertad, el Código coincide con el Estatuto en el plazo máximo de tres años²⁶ (art. 235)²⁷ y prevé una mejor limitación al

²¹ Decreto.-ley 26.102

²² "Art. 223. —Concepto. La remisión consiste en la separación del adolescente infractor del proceso judicial, con el objeto de eliminar los efectos negativos de dicho proceso".

"Art. 206.—Remisión. El fiscal podrá disponer la remisión cuando se trate de infracción a la ley penal que no revista gravedad y el adolescente y sus padres o responsables se comprometan a seguir programas de orientación supervisados por el Promudeh o las instituciones autorizadas por este y, si fuera el caso, procurará el resarcimiento del daño a quien hubiere sitio perjudicado".

²³ Art. 226.—*Orientación del adolescente que obtiene la remisión.*

"Al adolescente que es separado del proceso por la remisión se le aplicará la medida socio-educativa que corresponda, con excepción de la internación".

²⁴ Tanto en relación con la remisión con medida como en relación con los niños imputados de delito o falta, la derivación se realiza a otro juez o dentro del mismo juzgado a otra secretaria, de modo que no opera la desjudicialización pretendida por los instrumentos internacionales al prever esta figura. Así, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño: "Art. 40 (...) 3. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular: (...) b) siempre que sea apropiado y deseable la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, respetando plenamente los derechos humanos y las garantías legales"...; y las Reglas de Bei-jing: "11. *Remisión de casos.* 11.1. Se examinará la posibilidad, cuando proceda, de ocuparse de los menores delincuentes sin recurrir a las autoridades competentes, mencionadas en la regla 14.1 *infra*, para que los juzguen oficialmente. 11.2. La policía, el ministerio fiscal y otros organismos que se ocupen de los casos de delincuencia de menores estarán facultados para fallar dichos casos discrecionalmente, sin necesidad de vista oficial con arreglo a los respectivos sistemas jurídicos y también en armonía con los principios contenidos en las presentes reglas. 11.3. Toda remisión que signifique poner al menor a disposición de las instituciones pertinentes de la comunidad o de otro tipo estará supeditada al consentimiento del menor o al de sus padres o su tutor; sin embargo, la decisión relativa a la remisión del caso se someterá al examen de una autoridad competente, cuando así se solicite. 11.4. Para facilitar la tramitación discrecional de los casos de menores, se procurará facilitar a la comunidad programas de supervisión y orientación temporales, restitución y compensación a las víctimas".

²⁵ La ley 27.337, en este punto, reemplazó el término "trabajo" del anterior decr. 26.102, por "actividades", a saber: "Art. 227.—Consentimiento: Las actividades que realice el adolescente como consecuencia de la remisión del proceso deberán contar con su consentimiento, el de sus padres o responsables y deberán estar de acuerdo con su edad, su desarrollo y sus potencialidades".

²⁶ Art. 235. —Internación. La internación es una medida privativa de libertad. Se aplicará como último recurso por el período mínimo necesario, el cual no excederá de tres años".

esclarecer que procede cuando, en primer lugar, se trate de acto infractor doloso cuya pena sea mayor de cuatro años. Las otras dos limitaciones son similares a las del estatuto y no se prevé que en el supuesto de incumplimiento la internación no puede exceder de tres meses.

Honduras

En lo sustancial, el Código de la Niñez y de la Adolescencia²⁸ establece un sistema de responsabilidad penal juvenil muy similar al establecido por la Ley del Menor Infractor de El Salvador, que se analiza más adelante y fue la primer ley en su tipo de América Latina. Si bien está en muchos aspectos influido por cuestiones tutelares y asistenciales, el tema está tratado en un título aparte y claramente se establece en el artículo 180, que los niños no se encuentran sujetos a la jurisdicción penal ordinaria y "solo podrá deducírseles la responsabilidad prevista en este Código por las acciones u omisiones ilícitas que realicen".

Ahora bien, se establece que el sistema previsto por el Código se aplica a mayores de doce años que cometan una infracción o falta, y que los menores de doce años "no delinquen" y "en caso de que cometan una infracción de carácter penal solo se les brindará la protección especial que su caso requiera y se procurará su formación integral" (art. 180).

De modo similar a las dos leyes guatemaltecas de la última década, y a pesar de algunos problemas en la regulación del proceso, se dedican muchos artículos al tema y se prevén instituciones alternativas como la remisión, la conciliación y la aplicación de criterios de oportunidad.

Los supuestos que habilitan el dictado de una medida de privación de la libertad son similares a los del Estatuto de Brasil, y la duración máxima de esa medida es de ocho años (art. 198).

Nicaragua

El Código de la Niñez y la Adolescencia de Nicaragua²⁹ crea una "justicia penal del adolescente" para las personas entre trece y dieciocho años no cumplidos. Se establece una distinción entre aquellos que tienen quince a dieciocho años no cumplidos y quienes tienen trece y catorce años, no pudiendo estos últimos ser sometidos a medidas que impliquen privación de la libertad. En ambos casos se habla de responsabilidad.

En cuanto a los menores de trece años, se establece que no serán sujetos a la justicia penal del adolescente y que están exentos de responsabilidad (excepto la civil); aunque se prevé que el juez remita el caso al órgano administrativo correspondiente para los fines de su protección integral (art. 95). Si bien se trata de un supuesto de derivación automática, se prevé que se respeten las garantías y derechos del niño y que bajo ningún motivo se les aplique una medida privativa de la libertad.

²⁷ Art. 250 del decreto.-ley 26.102.

²⁸ " Decreto. 73 de 1996, del 30 de mayo de 1996.

²⁹ Ley 287, aprobada el 24 de marzo de 1998.

Las garantías para aquellos sujetos a la justicia penal de adolescentes (se reconoce expresamente que se trata de una jurisdicción penal especial) se encuentran desarrolladas en los artículos 101 y siguientes. Se prevé un proceso detallado e instancias alternativas al proceso, como la conciliación (art. 145).

En cuanto a la privación de libertad se establece la posibilidad de su dictado a partir, por un lado, de una enumeración de los delitos que permiten su aplicación³⁰ y, por el otro, el supuesto de incumplimiento de otras medidas, que habilita una privación de libertad por un período máximo de tres meses. La privación de libertad puede dictarse a partir del mínimo establecido para el delito por la ley penal pero en ningún caso podrá exceder de seis años.

Bolivia

En Bolivia, el Código del Niño, Niña y Adolescente³¹, que reemplaza al (Código del Menor³² de 1992, organiza un sistema de responsabilidad penal de los adolescentes en el capítulo ni del libro tercero bajo el título "Responsabilidad en infracciones".

En el artículo 221 se define a la infracción como la conducta tipificada como delito en la ley penal, en la que incurre como autor o partícipe un adolescente y de la cual emerge lo que llama "responsabilidad social". Surge un problema con el ámbito de aplicación, ya que según el artículo 2° de la ley son adolescentes las personas entre doce y dieciocho años, mientras que el artículo 222 establece que la responsabilidad del adolescente se aplicará a las personas comprendidas entre los doce y menores de dieciséis años. Se agrega un artículo — que no resuelve el problema — que establece que las personas entre dieciséis y veintiún años serán sometidas a la legislación ordinaria, pero contarán con la protección a que se refieren las normas de ese título (art. 225).

CASO COLOMBIA

Alcance de la ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia)

Si bien la Ley 1098 de 2006, en su artículo final, derogó el Código del Menor, salvo los artículos 320 a 325 y la reglamentación del proceso de alimentos, claro está que luego de Aprobada la Convención sobre los Derechos del Niño, CDN, del año 1989 por la Ley 12 de 1991, esta entró en vigencia para Colombia a partir del día 27 de febrero de 1991.

Por su parte la Convención sobre los Derechos del Niño señala que niño es toda persona menor de 18 años de edad³³. Sus disposiciones se agruparon en tres partes.

³⁰ Asesinato atroz, asesinato, homicidio doloso, infanticidio, parricidio, lesiones graves, violación, abusos deshonestos, rapto, robo, tráfico de drogas, incendio y otros estragos, envenenamiento o adulteramiento de agua potable, bebidas, comestibles o sustancias medicinales (art. 203).

³¹ Ley 2.026, aprobada el 27 de octubre de 1999.

³² Ley 1.403, del 18 de diciembre de 1992.

La primera consagra los derechos del niño. La segunda trata los compromisos de los Estados parte y su seguimiento. La tercera determina los mecanismos mediante los cuales los Estados se hacen parte de la Convención y su entrada en vigor.

Así mismo con la regla establecida el día 2 de septiembre de 1990.

La Convención compromete a los Estados parte en la aplicación y garantía efectiva de los derechos del niño, desde los principios de su interés superior, ser sujeto de derechos, la protección integral de éstos y la corresponsabilidad para tal protección.

Entre el catálogo de derechos que observa la Convención están: el derecho intrínseco a la vida, supervivencia y desarrollo del niño; a un nombre, una familia y una nacionalidad; a la libre expresión, a ser escuchado en los procedimientos administrativos y judiciales, entre otros

Como se puede observar, también, incorporó a su legislación interna el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales.³⁴

El Estado colombiano ha incorporado a su legislación interna los dos protocolos facultativos a la Convención sobre los Derechos del Niño. El primero relativo a la Participación de los Niños en los Conflictos Armados,³⁵ El segundo relativo a la Venta de Niños, la Prostitución y la Utilización de los Niños en la Pornografía, Ley 765 de 2002.

Lo anterior implico que además de formular reservas al Artículo 38, numerales segundo y tercero de la Convención. Reserva que estableció como edad mínima para el reclutamiento militar los 18 años de edad, en consideración al ordenamiento legal interno colombiano. La Convención se promulgó mediante el Decreto 0094 de 1992.³⁶

REFERENTES DE INTERPRETACIÓN PARA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS DE EDAD

Para la prevención de la comisión de conductas punibles:

³³ Artículo 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño, CDN, del año 1989.

³⁴ Adoptado el día 17 de noviembre de 1988 por la Convención, ratificado por medio de la Ley 319 de 1996 y que entró en vigor el 16 de noviembre de 1999.

³⁵ DIARIO OFICIAL NO. 45.248 de 14 de Julio de 2003. Pag. 37, Ley 833 de 2003 (julio 10), por medio de la cual se aprueba el "Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados", adoptado en Nueva York, el veinticinco (25) de mayo de dos mil (2000).

³⁶ DECRETO 0094 DE 1992 (enero 20), Diario Oficial No. 40.290, de 20 de enero de 1992, MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, Por el cual se promulgan la Convención sobre los Derechos del Niño y la reserva formulada por Colombia respecto de su artículo 38, numerales, 2o. y 3o.

1. Reglas de Naciones Unidas para la Administración de justicia Reglas de Beijing, 1990³⁷. Remiten a principios generales o fundamentales para la administración de justicia; definen su alcance y ámbito de aplicación; consagran lo relativo a la mayoría de edad penal; establecen los objetivos de la justicia de menores y precisan el alcance de las facultades discrecionales. De otra parte, consagran los derechos de los menores y la protección de su intimidad; a la vez que establecen cláusulas de salvedad, investigación y procesamiento, especialización judicial, prisión preventiva, sentencia y resolución (pluralidad de sanciones), asesoramiento jurídico, informes sociales, entre otras materias. En la sexta y última parte consagra lo relacionado con la investigación, planificación, formulación y evaluación de políticas.

2. Reglas de Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil Reglas de Riad, 1990³⁸ Consagran principios esenciales para la prevención de la delincuencia juvenil; precisan el alcance de sus directrices de conformidad con los instrumentos internacionales de Derechos Humanos; establecen lo concerniente a la prevención general y los procesos de socialización; así como lo referente a la política social; la legislación y administración de justicia para menores; la investigación, formulación de normas y coordinación, entre otros aspectos. Es de anotar que entre los principios, las Reglas de Riad señalan la importancia de que los Estados estudien de manera sistemática la delincuencia juvenil y desarrollen medidas que eviten criminalizar y penalizar a esta población.

3. Reglas de Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de la Libertad Reglas de La Habana, 1990³⁹.
Fijan disposiciones sobre los menores retenidos o en prisión preventiva y la administración de los centros y las características del recurso humano en éstos. Tienen por objeto establecer normas mínimas aceptadas por las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad en todas sus formas, compatibles con los derechos humanos y las libertades fundamentales, con miras a contrarrestar los efectos perjudiciales de todo tipo de detención y fomentar la integración en la sociedad [Tercera regla]. En todo caso, señalan que la privación de la libertad deberá utilizarse como último recurso.

4. Reglas de Naciones Unidas para sobre las Medidas no Privativas de Libertad Reglas de Tokio, 1990.⁴⁰ Las Reglas fueron adoptadas mediante resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990 por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Establecen principios generales, el alcance de las medidas no privativas de la libertad y lo concerniente a las salvaguardias legales. Así mismo, fijan disposiciones previas al juicio, durante el juicio, su sentencia e imposición de sanciones y posterior a la

³⁷ Adoptadas por la Resolución 4033 del 28 de noviembre de 1985 por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

³⁸ Las Reglas fueron adoptadas y proclamadas mediante la Resolución 45/112 del 14 de diciembre de 1990 por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

³⁹ Las Reglas fueron adoptadas mediante la Resolución 45/113 del 14 de diciembre de 1990 por la Asamblea General de las Naciones Unidas

⁴⁰ Las Reglas fueron adoptadas mediante resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990 por la Asamblea General de las Naciones Unidas

sentencia. También consagran medidas relacionadas con la investigación, planificación, formulación y evaluación de las políticas, entre otras materias.

5. Comité de los Derechos del Niño,⁴¹ reconoce el esfuerzo de los Estados parte por administrar justicia a los menores conforme a las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño, no obstante señala vacíos aún por subsanar en materia de derechos procesales, elaboración y aplicación de medidas con respecto a los niños que tienen conflictos con la justicia sin recurrir a los procedimientos judiciales, y privación de libertad únicamente como medida de último recurso

Estos referentes son necesarios de cara a la implementación del Sistema de Responsabilidad Penal para las y los adolescentes, como quiera que el legislador no previera un procedimiento especial para regular la investigación, juzgamiento y control de la sanción que se imponga a los menores de edad

Referentes Nacionales

La Constitución Política de 1991 consagra la prevalencia de los derechos del niño y del adolescente, su protección integral y la corresponsabilidad para su garantía y efectividad entre el Estado, la sociedad y la familia, en el marco del Interés Superior del Niño. Igualmente, señala que los niños, niñas y adolescentes gozarán tanto de los derechos establecidos en sus artículos 44 y 45 como los demás derechos consagrados en la Carta Política, en las leyes nacionales y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

REFORMAS AL CÓDIGO DEL MENOR (Decreto 2737 de 1989) Y EL CONPES 2561 DE 1991 DIRECTRICES PARA LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE PROTECCIÓN Y REEDUCACIÓN AL MENOR INFRACTOR Y CONTRAVENTOR

El Código del Menor, Decreto 2737 de 1989 regulaba algunas situaciones de excepcional riesgo de los menores de edad con énfasis en la Doctrina Tutelar.

“Si bien la Constitución consagra de manera separada (arts. 44 y 45) los derechos de los niños y los adolescentes, lo que haría pensar que se otorga una protección distinta a los niños y a los adolescentes, de acuerdo con sus antecedentes en los debates de la Asamblea Constituyente, es claro que la intención fue la de garantizar la misma protección especial tanto a los niños en sentido estricto o restringido como a los adolescentes, de modo que unos y otros están comprendidos en el concepto amplio de "niño" contenido en el artículo 44 superior.⁴²

⁴¹ 02 de febrero 2007, Observación General No. 10.

⁴² Corte Constitucional, Sentencia C-740 de 2008 del 23 de julio de 2008 parte resolutive.

Catálogo de Derechos. De otra parte, la Convención de los Derechos del Niño señala la obligación de armonizar la legislación interna con sus disposiciones, lo que se observa como un medio para garantizar la vigencia de los derechos del niño, acorde con al Interés Superior del Niño.

De igual manera, el Decreto 1310 de 1990, por el cual se crea el comité interinstitucional para la defensa, protección y promoción de los Derechos Humanos de la niñez y la juventud, se presentó como una norma en armonía con la CDN.

En consecuencia, los menores de edad eran protegidos como sujetos pasivos en condición irregular. En este orden de ideas, las situaciones irregulares del Código del Menor entraban en contradicción con el Interés Superior del Niño de la CDN.

La nueva doctrina de Protección Integral concibe al niño como sujeto activo de derechos y no como objeto de protección, que era precisamente la característica fundamental del sistema tutelar anterior.

El título quinto del Código del Menor, denominado menor autor o partícipe de una infracción penal, regulaba situaciones de delitos cometidos por niños de 12 a 18 años a través de un sistema inquisitivo. Estableció que esta población era penalmente inimputable.

El juez de menores era la autoridad que investigaba, juzgaba y controlaba la medida impuesta, que se dictaba teniendo presente las condiciones del menor y con la asesoría de un equipo interdisciplinario del ICBF.

Las medidas tenían un carácter reeducador, resocializador, rehabilitador y protector.

Su finalidad era el logro de la plena formación del niño y su integración familiar y comunitaria. Su administración era competencia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, en coordinación con el Sistema Nacional de Bienestar Familiar, SNBF, y con el concurso de las entidades territoriales; particularmente, en la creación, organización y funcionamiento de la oferta institucional para la reeducación del menor infractor.

El documento **CONPES** 2561 de 1991, Servicios de Protección y Reeducción al Menor Infractor y Contraventor, presentó el portafolio de servicios y propuso un plan de cofinanciación

El Código del Menor diferenció a los niños infractores de otros niños que ameritaban protección. En tal sentido, derogó lo establecido en la Ley 98 de 1920, bajo la cual el operador de justicia, en la práctica, aplicaba las mismas medidas para ambas poblaciones.

Para los mismos entre las entidades nacionales y territoriales. El ICBF, como ente rector del SNBF, diseñó y contrató la operación de servicios. Generó, además, programas especializados, en instituciones y en medio familiar, para la protección del menor infractor, propiciando intervenciones integrales y la activación de redes protectoras en los entornos familiar, comunitario, social e institucional. Así mismo, desarrolló un plan de emergencia para ubicar a los niños que se encontraban en cárceles ordinarias en centros especializados.

No obstante los antecedentes institucionales reseñados, las disposiciones del Código no estaban armonizadas a la Convención del Niño y, por ende, la oferta de servicios tampoco. En la práctica, se presentó una tensión entre la doctrina del Interés Superior del Niño y la del Menor en Situación Irregular o Doctrina Tutelar. Tras años de debate, en 2006, se expidió el Código de la Infancia y la Adolescencia, Ley 1098, que derogó el Código del Menor; transformando y armonizando la normatividad interna a la Convención de los Derechos del Niño y demás instrumentos internacionales en la materia.

FINALIDAD DEL CÓDIGO DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA

El Código de la Infancia y la Adolescencia, Ley 1098 de 2006, tiene por finalidad garantizar a los niños, niñas y adolescentes su pleno y armonioso desarrollo, desde una perspectiva de derechos. Su objeto es establecer normas sustantivas y procesales para la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes, garantizar el ejercicio de sus derechos y libertades consagrados en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, en la Constitución Política y en las leyes, así como su restablecimiento.

Protección Integral.

Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes y procedimientos especiales cuando los niños, las niñas o los adolescentes son víctimas de delitos.

Se trata de una legislación integral y no tutelar. En tal sentido, se corresponde con la Convención sobre los Derechos del Niño, CDN, en la medida que contiene tantas regulaciones de protección y garantía de derechos como normas sobre responsabilidad penal.

Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes SRPA⁴³

⁴³ Ley 1098 de 2006, Artículo 139, Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes.

El Código de la Infancia y la Adolescencia señala que el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes es el conjunto de principios, normas, procedimientos, autoridades judiciales especializadas y entes administrativos que rigen e intervienen en la investigación y juzgamiento de delitos cometidos por personas que tengan entre catorce (14) y dieciocho (18) años al momento de cometer el hecho punible.

Posteriormente, precisa que las conductas punibles realizadas por personas mayores de catorce años (14) y que no hayan cumplido los dieciocho (18) años de edad, dan lugar a responsabilidad penal y civil, conforme a las normas consagradas en la presente Ley. El proceso y las medidas del SRPA tienen un carácter pedagógico, específico y diferenciado con respecto del sistema de adultos conforme a la protección integral. El proceso deberá garantizar la justicia restaurativa, la verdad y la reparación del daño. De ahí la importancia de la participación de la víctima en el Sistema y las garantías para el ejercicio de sus derechos, más aún cuando éste es un niño. En este sentido, el Código establece el mecanismo para la reparación del daño a la víctima en los siguientes términos: los padres, o representantes legales, son solidariamente responsables⁴⁴, y en tal calidad, deberán ser citados o acudir al incidente de reparación⁴⁵ a solicitud de la víctima del condenado o su defensor. Esta situación deberá realizarse en una audiencia que abra el trámite del incidente.

La Ley 1098 de 2006 contempla como último recurso la privación de la libertad y promueve salidas anticipadas para resolver los conflictos generados por la conducta punible del adolescente y permite la aplicación del principio de oportunidad⁴⁶, que supone el consentimiento de las partes y una visión tanto pedagógica, como formativa que lleve a la toma de consciencia de la acción delictiva y las acciones que de ella se derivan.

La Ley establece como procedimiento aplicable la oralidad del Sistema Penal Acusatorio⁴⁷, salvo en aquellas disposiciones que sean contrarias al interés superior del adolescente. Tal es el caso de la publicidad y, de ahí, la reserva⁴⁸ establecida.

Adicionalmente, la Ley 1098 consagra el principio de legalidad e inmediación, las garantías procesales, el derecho al debido proceso, a la defensa técnica y diferencia el ente acusador y administrador de justicia especializada. A su vez, admite recursos de

⁴⁴ Ley 1098 de 2006, Artículo 169, De la Responsabilidad Penal.

⁴⁵ Ley 1098 de 2006, Artículo 170, Incidente de Reparación.

⁴⁶ Ley 1098 de 2006, Artículo 174, Del principio de oportunidad.

⁴⁷ Ley 906 de 2004

⁴⁸ Ley 1098 de 2006, Artículo 153, Reserva de las Diligencias. Es de anotar que el procedimiento colombiano se corresponde más a los estándares de la oralidad comparado con otros países andinos como Bolivia, Ecuador y Perú.

reposición, apelación ante segunda instancia, acción de revisión y casación. De otra parte, señala seis tipos de sanciones cuya finalidad es protectora, educativa y restaurativa, en el horizonte de la inserción social del adolescente⁴⁹ Así mismo, regula las penas relativas a la privación de la libertad.

Sanciones en el SRPA⁵⁰

| Sanción | En qué consiste y tiempo de duración |
|--|--|
| Amonestación | Puede comprender: la recriminación al adolescente por parte de la autoridad judicial; la exigencia al adolescente o representantes legales de la reparación del daño; y la asistencia al curso educativo sobre respeto a los derechos humanos. |
| Imposición de reglas de conducta | Obligaciones y prohibiciones para regular su modo de vida, así como promover y asegurar su formación [Máximo dos años]. |
| Prestación de servicios a la comunidad | Tareas de interés público que el adolescente debe realizar de forma gratuita. [Máximo seis meses]. |
| Libertad asistida | Concesión de la libertad con la condición de someterse a supervisión, asistencia y orientación de un programa de atención especializada [Máximo dos años]. |
| Medio semi-cerrado | Vinculación a un programa de atención especializada, durante horario no escolar [Máximo tres años]. |
| Privación de la libertad | En centro de atención especializada. Sanción que podrá ser sustituida por otras con el compromiso de no volver a delinquir y guardar buen comportamiento |

Fuente: Ley 1098 de 2006.

Artículos: 182, 183, 184, 185, 186 y 187.

Penas Privativas de la Libertad⁵¹

⁴⁹ Ley 1098 de 2006, Artículo 177 y 178, Sanciones y Finalidad de la sanción.

⁵⁰ Cuadro explicativo del DOCUMENTO CONPES 3629 DNP DE 2009 (Bogotá, Diciembre 14 de 2009) Fuente: Archivo interno CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL, REPÚBLICA DE COLOMBIA, DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, Título: SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES SRPA: POLITICA DE ATENCION AL ADOLESCENTE EN CONFLICTO CON LA LEY. Tabla N° 2. Ubicado en http://www.icbf.gov.co/transparencia/derechobienestar/conpes/conpes_dnp_3629_2009.html.

⁵¹ Cuadro explicativo del DOCUMENTO CONPES 3629 DNP DE 2009 (Bogotá, Diciembre 14 de 2009) Fuente: Archivo interno CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL, REPÚBLICA DE COLOMBIA, DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, Título: SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES

| Código Penal | Edad del Adolescente | Duración de Sanción |
|--|----------------------|---------------------|
| Pena igual o superior a seis años de prisión | 16 a 18 años | 1 a 5 años |
| Homicidio doloso, secuestro, extorsión, en todas las modalidades | 14 a 18 años | 2 a 8 años |

Fuente: Ley 1098 de 2006, Artículo 187.

Los criterios que el juez deberá aplicar para determinar la sanción son los siguientes: la naturaleza y gravedad de los hechos; la proporcionalidad e idoneidad de la sanción según las circunstancias, necesidades del adolescente y de la sociedad; la edad del adolescente; la aceptación de cargos por el adolescente; el incumplimiento de los compromisos adquiridos con el Juez y el incumplimiento de las sanciones⁵².

MARCO CONCEPTUAL DE LA LEY 1098 DE 2006.

El Código de la Infancia y la Adolescencia está fundado en el Interés Superior del Niño. Supera la Doctrina Tutelar del Código del Menor. Su población no son los menores infractores de la ley penal, que deben ser protegidos por encontrarse en una situación irregular. Su población es el adolescente vinculado al SRPA por haber incurrido en una conducta punible, desde una perspectiva de derechos y de justicia restaurativa.

C. Modelo de Justicia Restaurativa

El SRPA retoma la tendencia mundial hacia la Justicia Restaurativa, convirtiéndola en su finalidad, al igual que la verdad y la reparación del daño⁵³. Toma distancia de un modelo de Justicia Retributiva. Su interés no es el castigo. Por tanto, sus medidas tienen un carácter pedagógico, específico y diferenciado respecto del sistema de adultos, conforme a la protección integral⁵⁴.

La Corte Constitucional, a través de la Sentencia C-979 de 2005, acogió el concepto de Justicia Restaurativa presente en la Resolución 2000/14 del Consejo Económico y

SRPA: POLITICA DE ATENCION AL ADOLESCENTE EN CONFLICTO CON LA LEY. Tabla Nº 3. Ubicado en http://www.icbf.gov.co/transparencia/derechobienestar/conpes/conpes_dnp_3629_2009.html.

⁵² Ley 1098 de 2006, Artículo 179, Criterios para la Definición de la Pena

⁵³ Ley 1098 de 2006, Artículo 140, Finalidad del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes.

⁵⁴ Ley 1098 de 2006, Artículo 140, Finalidad del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes.

Social de la Organización de Naciones Unidas, ONU. En tal sentido, señaló que la justicia restaurativa considera que el delito afecta a las personas y sus relaciones, ergo, el logro de la justicia demanda subsanar el daño.

El enfoque de la justicia restaurativa es cooperativo. No le interesa abstractamente el derecho violado, sino el hecho concreto que una persona fue lesionada por las acciones ilícitas de otra, y es el daño el que debe ser reparado.

La Justicia Restaurativa funda un nuevo paradigma centrado en la reparación y no en la punición. Por ende, su proceso avanza en la des-judicialización (promueve salidas anticipadas)⁵⁵, la descriminalización, la desinstitucionalización y el debido proceso. Implica un cambio cultural en el sistema judicial y demás entidades involucradas en su implementación y operación. Así mismo, demanda una oferta de servicios, escenarios y espacios para cumplir con su finalidad. Se debe propiciar que tal oferta permita el encuentro de las partes en conflicto, medidas para reparar el daño causado, reintegración de las partes e inclusión de las mismas en la solución del conflicto⁵⁶.

“En este orden, el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes se interesa en la conducta punible y sus consecuencias, antes que en el delito y la pena. Persigue que el adolescente tome consciencia de su conducta e implicaciones para su proyecto de vida, el de su víctima, comunidad y la sociedad, en general. Por ende, promueve acciones restauradoras y pedagógicas que permitan su proceso de formación.

El SRPA observa al adolescente como un sujeto de derechos; por tanto, señala la responsabilidad por su conducta punible en el marco de la justicia restaurativa desde un enfoque de corresponsabilidad entre el Estado, la Sociedad y la Familia para la protección integral de los derechos del adolescente, el Sistema entiende el proceso judicial como un proceso en el que se construye un sujeto de derechos, no en el que castiga a un delincuente.

⁵⁵ El Código de la Infancia y la Adolescencia, Ley 1098 de 2006, aclara que la privación de la libertad debe ser el último recurso utilizado por el operador de justicia. De otra parte, remite al Sistema Penal Acusatorio, Ley 906 de 2004 que señala, a través de su artículo 521, como procesos de justicia restaurativa los siguientes mecanismos: la conciliación pre-procesal, la conciliación mediante el incidente de reparación y la mediación.

⁵⁶ La Resolución 2002/12 del Consejo Económico y Social de la ONU estableció definiciones y principios básicos de los programas de justicia restaurativa necesarios de tener en cuenta en el SRPA.

En consecuencia, avanza en la formación de un ciudadano respetuoso de las normas de su sociedad, que comprende el daño que ocasiona su conducta a la convivencia pacífica, la seguridad y el ejercicio de las libertades ciudadanas.⁵⁷

CONCLUSIONES

En primer lugar debemos enunciar que los menores de edad, niños y niñas, son el futuro pero también el presente, ellos son el núcleo real de la sociedad es difícil observar que luego de transcurridos 5 años de vigencia en la Ley 1098 o Código de Infancia y Adolescencia, los parámetros que observamos sean contrarios al objetivo del proyecto de ley de infancia y adolescencia el cual era, *Garantizar el disfrute de los derechos de todos los niños, las niñas y los adolescentes y asegurar su desarrollo integral y armónico en el seno de la sociedad colombiana*, el Gobierno Nacional ha expresado su preocupación por la creciente participación de niños, niñas y adolescentes en actividades organizadas por delincuentes y ha ordena reforzar las acciones orientadas a la prevención de su participación en delitos como tráfico de estupefacientes, homicidios, hurto, porte ilegal de armas, entre otros. Además se sigue señalando la necesidad de reforzar los entornos protectores e identificar acciones concretas en el tema para el Ministerio de Educación, Protección Social e Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF y Policía Nacional la cual debe reforzar sus actividades en la individualización, judicialización y captura de los cabecillas de las bandas y organizaciones dedicadas al reclutamiento y manipulación de las niñas, niños y adolescentes, para la comisión de actividades criminales⁵⁸.

En segundo lugar aunque en Colombia se observen situaciones de Forma que explican y relacionan el modelo de justicia de menores como un planteamiento correcto, las apreciaciones de Fondo son otras, no es posible precisar el número de adolescentes vinculados al SRPA, en la medida que la información disponible no está discriminada por individuo⁵⁹, sino por usuario de cupos, casos, detenciones, ingresos, número de sentencias, sanciones, entre otros. De hecho, cada entidad del Sistema reporta unidades de medida diferentes, que a la fecha no son compatibles, de ahí las diferencias en las cifras:

⁵⁷ DOCUMENTO CONPES 3629 DNP DE 2009 (Bogotá, Diciembre 14 de 2009) Fuente: Archivo interno CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL, REPÚBLICA DE COLOMBIA, DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, Título: SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES SRPA: POLITICA DE ATENCION AL ADOLESCENTE EN CONFLICTO CON LA LEY. Ubicado en http://www.icbf.gov.co/transparencia/derecho_bienestar/conpes/conpes_dnp_3629_2009.html.

⁵⁸ Fuente: Directiva Presidencia 09 de 2009 Sala de Prensa de presidencia www.presidencia.gov.co/sp/2009/noviembre/06/07062009.html

⁵⁹ Un adolescente puede ser aprehendido por la misma o diferente conducta punible. También, podrá tener en curso diferentes procesos judiciales y sanciones. Así mismo, podrá ser sujeto de una misma sanción dictada por jueces diferentes. La información del SRPA, a hoy, no filtra las reincidencias, ni identifica individuos.

- Aprehensiones, conductas punibles y vinculaciones efectivas al SRPA

La Capacidad Institucional para el SPRA, en menos de un año, para el caso de los distritos judiciales de Bogotá y Cali (Fase I), las instituciones del SRPA debieron adecuar su respuesta a las demandas de éste.

En consecuencia, realizaron aprendizajes a marcha forzada, sobre el mismo, su lógica, enfoque, propósitos, procedimientos, autoridades, oferta de servicios, infraestructura para su montaje, recurso humano especializado, entre otros aspectos. Tras dos años de implementación, han persistido dificultades en los citados distritos. Las instituciones del sistema no cuentan con la suficiente capacidad para brindar una oferta de atención especializada, oportuna y pertinente al adolescente que ingresa a éste.

También, se presentan inconvenientes de tipo técnico, interpretativo, logístico e incluso, de organización interna de las instituciones para que el Sistema funcione como tal⁶⁰. Las anteriores debilidades concluyen que las causas principales del problema son: i) los programas y servicios implementados enfrentan retos de cobertura, calidad y pertinencia; ii) insuficiente recurso humano especializado, del orden nacional y territorial, para operar el SRPA; iii) limitada articulación y coordinación, sectorial y territorial, de las entidades que hacen parte del SRPA y de éste con otros sistemas garantes de los derechos de los adolescentes; iv) escasa apropiación de las responsabilidades de las entidades territoriales en el SRPA y ejercicio efectivo del principio de corresponsabilidad y v) ausencia de un sistema de información que permita hacer compatible la información de las entidades del SRPA.

Debemos entablar estrategias bajo el interés por la infancia y la juventud y el cambio de paradigma al pasar los niños y jóvenes de ser considerados personas necesitadas de protección a sujetos de derechos, debemos encontrar un sistema de justicia juvenil más eficaz a la par que garantista antes que las cifras suministradas por el ICBF, demuestren la necesidad de que las autoridades presten una mayor atención al problema de la participación de menores de edad en actividades delincuenciales.

Noches como la del 26 de abril de 2010 en la que ingresaron al Centro Especializado Puente Aranda CESPRA, 23 menores de edad, presuntamente involucrados en la

⁶⁰ Insuficiencia de recursos o medios para trasladar al adolescentes detenido; funcionarios cuyos servicios se prestan en horarios regulares, cuando las demandas del SRPA indican una organización por turnos o disponibilidad; vencimiento de los términos para solicitar a la audiencia de control de garantías y de la medida de internamiento privativo; flexibilidad en la interpretación de la norma o ausencia de criterios formativos para su interpretación y aplicación; dificultades para determinar la edad y definir si quien cometió la conducta punible es mayor de 14 y menor de 18 años; problemas en la identificación del adolescente; entre otros. Fuente: DOCUMENTO CONPES 3629 DNP DE 2009 (Bogotá, Diciembre 14 de 2009) Fuente: Archivo interno CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL, REPÚBLICA DE COLOMBIA, DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, Título: SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES SRPA: POLITICA DE ATENCION AL ADOLESCENTE EN CONFLICTO CON LA LEY. Ubicado en http://www.icbf.gov.co/transparencia/derecho_bienestar/conpes/conpes_dnp_3629_2009.html.

comisión de algún delito; en el mes de marzo fueron 601 menores y en lo que va corrido del 2010 ya va un total de 1.332. En el 2009, según cifras de la Policía de Infancia y Adolescencia se realizaron 4.357 aprehensiones de menores de edad y 3.653 ingresaron al Sistema de Responsabilidad Penal de Adolescentes.⁶¹

“No debemos ver estos datos como simples cifras estadísticas, que además seguirán en aumento, las autoridades deben tomar medidas contundentes en la atención a las y los menores de edad.”⁶²

BIBLIOGRAFIA

CARMONA CASTILLO, Gerardo A. *“La imputabilidad penal”*. 2ª. ed. México. Edit. Porrúa, 1999.

COLEGIO PÚBLICO DE ABOGADOS DE LA CAPITAL FEDERAL-Unicef. Publicación de diez sentencias Cfr. *“Sentencia de reclusión perpetua y prisión perpetua a personas menores de 18 años de edad en la Republica Argentina (1997-2003)”* Ed., Argentina (2003)

CONCEJO DE BOGOTÁ D.C. Informe del H.C Javier Palacio Mejía, *“La responsabilidad penal de adolescentes, una bomba de tiempo para la seguridad en Bogotá”* 2010.

CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, CDN, 1989.

CORTE CONSTITUCIONAL, Colombia, Sentencia C-740 de 2008 del 23 de julio de 2008.

DIARIO OFICIAL NO. 45.248 de 14 de Julio de 2003, Ley 833 de 2003 (julio 10), por medio de la cual se aprueba el *“Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados”*, adoptado en Nueva York, el veinticinco (25) de mayo de dos mil (2000). Colombia.

DECRETO 0094 DE 1992 (enero 20), Diario Oficial No. 40.290, de 20 de enero de 1992, MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, *Por el cual se promulgan la Convención sobre los Derechos del Niño y la reserva formulada por Colombia.*

⁶¹ Informe del H.C Javier Palacio Mejía. En la página web. http://concejodebogota.gov.co/prontus_concejobogota/site/artic/20100429/pags/20100429122739.php.

⁶² Informe del H.C Javier Palacio Mejía. En la página web. http://concejodebogota.gov.co/prontus_concejobogota/site/artic/20100429/pags/20100429122739.php.

Directiva Presidencial 09 de 2009, Sala de Prensa de presidencia, ubicado en la web <http://www.presidencia.gov.co/sp/2009/noviembre/06/07062009.html>.

Decreto 117 de 2003 que reforma el art.332 del C.P “*asociación ilícita para incluir en él la figura de las maras, específicamente en relación con los menores de edad.*” Honduras.

Decreto 154 de la Asamblea Legislativa de 1º de octubre de 2003. Modificación al C.P de Guatemala en un sentido muy similar a lo ocurrido en Honduras. El Salvador.

DOCUMENTO CONPES 3629 DNP DE 2009 (Bogotá, Diciembre 14 de 2009) Archivo interno *CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL, REPÚBLICA DE COLOMBIA, DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, Título: SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES SRPA: POLITICA DE ATENCION AL ADOLESCENTE EN CONFLICTO CON LA LEY.* Tabla Nº 2. Ubicado en http://www.icbf.gov.co/transparencia/derechobienestar/conpes/conpes_dnp_3629_2009.html.

EMILIO GARCIA MENDEZ y ELIAS CARRANZA, *Infancia, adolescencia y control social en América Latina*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1990.

FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid 1997, p. 104

GARCIA MENDEZ, Emilio. – BELOFF, Mary “*Infancia, Ley y Democracia en America Latina*” Ed.Temis Bogotá. 2004.

GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios de Derecho Penal*, 3ª ed, Madrid, 1990,pp 140 ss.

Ley 1098 de 2006, *Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes*.

Ley 27.337 del 27 de julio de 2000 que modificó el decreto-ley 26.102 del 24 de diciembre de 1992. PERU.

Ley 8069 aprobada el 13 de julio de 1990 y reformada por la ley 10764 del 12 de Noviembre de 2003.

MARTÍN CRUZ, Andrés. *Los fundamentos de la capacidad de culpabilidad penal por razón de la edad*. Granada. Edit. Comares, 2004, p. 41

NACIONES UNIDAS, *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores en función de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (OACDH) 28 de noviembre de 1985 publicada en la página web. http://www2.ohchr.org/spanish/law/reglas_beijing.htm.

PIAGET, Jean. *Seis estudios de psicología*. Barcelona. Edit Seix Barral. 1985.

REINHARD, Frank, *Sobre La Estructura Del Concepto de Culpabilidad (Trad., Soler), Chile, 1966.*

Resolución 4033 del 28 de noviembre de 1985 adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Resolución 45/112 del 14 de diciembre de 1990 adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Resolución 45/113 del 14 de diciembre de 1990 adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990 adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Resolución 2002/12 del Consejo Económico y Social de la ONU por la cual se estableció definiciones y principios básicos de los programas de justicia restaurativa necesarios de tener en cuenta en el SRPA.

REYES ECHANDIA, *La Imputabilidad*, Bogotá, 1984.

RIOS MARTIN, “*La ley de responsabilidad penal de los menores. Cambio de paradigma: del niño en peligro al niño peligroso*”, en Estudios jurídicos del Ministerio Fiscal, VI, Madrid, 2000.

SOTOMAYOR ACOSTA, “*Critica a la peligrosidad como fundamento y medida de la reacción penal frente al inimputable*” en NFP, Año X, número 48, abril-junio, Bogotá 1990.

- *Inimputabilidad y sistema Penal*, Bogotá 1996.

WIKIPEDIA, *la enciclopedia libre*, pagina web <http://es.wikipedia.org>