



**LA CONCILIACIÓN COMO MECANISMO PARA LA DEFENSA DE LOS
DERECHOS DE LOS ADOLESCENTES**

“Bajo el paradigma de protección de la ley 1098 de 2006”

ANA MERY LEMUS MURCIA

CODIGO: 06761004

UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA

SEDE BOGOTÁ

FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO DE FAMILIA

BOGOTÁ, D.C.

ABRIL DE 2011

**LA CONCILIACIÓN COMO MECANISMO PARA LA DEFENSA DE LOS
DERECHOS DE LOS ADOLESCENTES**

“Bajo el paradigma de protección de la ley 1098 de 2006”

**Trabajo de grado presentado como requisito parcial para optar al título de Maestría
en Derecho de Familia**

Dirección: CLARA MARIA GARCIA GOMEZ

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA
SEDE BOGOTÁ**

FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO DE FAMILIA

BOGOTÁ, D.C.

ABRIL DE 2011

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	1
1. JUSTIFICACIÓN	1
2. ANTECEDENTES Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	8
2.1 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	10
2.2 OBJETIVOS DEL ESTUDIO	11
2.2.1 Objetivo General	11
2.2.2 Objetivos Específicos	11
3. ESTADO DEL ARTE	12
4. LA CONCILIACIÓN	18
4.1 DEFINICIÓN DE CONCILIACIÓN	20
4.2 LA CONCILIACIÓN Y SU VALIDEZ	23
4.2.1 La conciliación no viable	24
4.2.2 Diferencias con el proceso judicial	25
4.2.3 Diferencias de la transacción con la conciliación	26
4.4 LA CONCILIACIÓN EN EL CÓDIGO DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA	26
4.4.1 La conciliación en el Código de Infancia y Adolescencia	28
El Defensor de familia	28
Las Comisarías de familia	31
La Policía de Infancia y Adolescencia	32
El Ministerio Público	33
4.4.2 Sistema de Responsabilidad Penal para niños, niñas y adolescentes	34

4.4.3 Instituciones del sistema de responsabilidad penal para adolescentes	38
4.4.4 Sanciones y derechos de los adolescentes con responsabilidad penal	40
Sanciones a los adolescentes con responsabilidad penal	40
Derechos de los adolescentes con responsabilidad penal	41
4.4.5 Contenido esencial del Proyecto de ley 153 de 2010	45
4.5 Conclusiones sobre la conciliación y la mediación en el Código de Infancia y Adolescencia	47
Reflexiones propositivas	51
BIBLIOGRAFÍA	55

INTRODUCCIÓN

Las políticas públicas constituyen una herramienta que se pone en práctica dentro de una sociedad con el fin de asegurar, reivindicar o restituir algunos de los derechos de los ciudadanos. Por ello mismo se hace necesaria la formulación, el reconocimiento y la inscripción de manera previa, consciente y honesta de la necesidad de tales derechos. Sean derechos constitucionales y garantías fundamentales, derechos humanos o, en un país en conflicto interno, de los contenidos en el derecho internacional humanitario, es importante resaltar la pertinencia de la existencia de políticas sociales que reconozcan y concierten los derechos humanos en su conjunto.

De ahí que es necesario reconocer diferencias de perspectiva, cuando se formulan e implementan políticas en función de necesidades, bienes materiales o servicios mínimos, de los cuales solo algunos son reconocidos como derechos y, por tanto, obligaciones del Estado, que cuando se llega a un campo en el que se entiende el valor que tiene la dignidad humana y el ejercicio de derechos plenamente reconocidos en tales políticas.

Así, desde el punto de vista de este paradigma constitucional de defensa de garantías fundamentales hay que aproximarse al tema de la adolescencia, teniendo en cuenta que lo importante será entender a “los niños y las niñas y adolescentes, ya no como un conjunto de necesidades, sino como sujetos de derechos exigibles” (UN, 2003, p. 21).

Como una iniciativa que surge desde la Convención Internacional de los Derechos del Niño en el año de 1989, y es ratificada por el país, a través de la Ley 12 de 1991, se hace necesario crear mecanismos alternativos para lograr la protección y garantía de los adolescentes, con el fin de resaltar el asunto concerniente a la protección integral del adolescente.

Al respecto, un mecanismo diseñado de justicia alternativa como el de mediación y conciliación puede tomarse en cuenta con un previo estudio de su funcionamiento, implicaciones y efectos en la obtención del objetivo de preservación de los derechos de los adolescentes. Dentro de los procesos de reforma del Estado que ya han sido implementados, hasta recientes propuestas legislativas como la presentada, por ejemplo, por la senadora Gilma Jiménez, que buscan enfatizar en la protección integral del adolescente infractor, se encuentra implícita la necesidad de una posibilidad de aporte y contribución al logro del cumplimiento de todos los derechos de un menor, responsabilidad que recae sobre el Estado, la sociedad y la familia.

Se debe comenzar por determinar cómo ha sido la articulación entre las políticas internacionales y nacionales para garantía de los derechos de los adolescentes y cuáles han sido los enfoques que en materia de gestión se han adoptado. De esta manera se podría conocer si en definitiva el país está ante un escenario de políticas estatales que conviertan un discurso algo retórico en un proceder completamente distinto que no diluya los esfuerzos que se puedan estar generando.

El presente estudio es de carácter exploratorio, descriptivo y propositivo. Considera un proceso de análisis para aclarar conceptos e ir delimitando cada vez más el objeto de estudio. Busca ser propositivo al dar a comprender y resolver una situación dentro del contexto de la conciliación y la mediación como alternativas de protección y defensa para el adolescente infractor. Describe e identifica los diferentes elementos y componentes de la conciliación y la mediación y su interrelación con la jurisdicción y el ámbito social. Se utiliza un método deductivo al realizar un diagnóstico sobre algunas experiencias en otros países y deducir elementos particulares aplicables a la situación colombiana. Las fuentes fueron de carácter secundario originadas en las entidades pertinentes al tema y datos y estudios de organismos autorizados.

La pregunta de investigación es: ¿Es la conciliación un mecanismo que contribuye al proceso de medida pedagógica como sanción que busca instaurar la ley 1098 de 2006?

De acuerdo con esta pregunta, **el objetivo general** es plantear la conciliación como mecanismo alternativo para la defensa y protección de los adolescentes infractores, obedeciendo a la Ley 1098 y teniendo en cuenta que la garantía de sus derechos es corresponsabilidad de la familia, la sociedad y del Estado.

Los **objetivos específicos** son el analizar las implicaciones y efectos de la conciliación como un mecanismo alternativo de defensa y protección de los adolescentes infractores, describir dicho mecanismo para su implementación en el momento de la sentencia leve y de la ejecución condenatoria y elaborar un pronóstico respecto a la reforma de Estado y al proyecto de Ley Proyecto de Ley 153 de 2010 en curso que busca endurecer las penas a los adolescentes infractores.

1. JUSTIFICACIÓN

En el marco nacional, se hace referencia a los tres momentos normativos que ha tenido el país en poco más de dos décadas: el Código del Menor, la Constitución Política y la Ley 1098 de 2006 o Código de Infancia y Adolescencia, que es el contexto normativo vigente, donde se reconoce a nivel legal el derecho de los niños y las niñas, es decir toda persona menor de 18 años, a ser protegidos por la ley.

Entre las principales actividades desarrolladas por el Gobierno colombiano en el marco de la política pública de infancia está la puesta en funcionamiento de 175 Observatorios de Niñez en el país. Según organismos de derechos humanos (ONU, 2005), estos Observatorios se limitan a ser sólo espacios de reflexión y debate académico en torno a la situación de la infancia y no de acciones programáticas tendientes a mejorar la situación de la niñez y juventud afectada por el conflicto. En torno a la promulgación de la Ley de Infancia y Adolescencia, varias organizaciones solicitaron a la Comisión Primera del Senado en sus motivaciones al respecto, que se convocara a un amplio debate nacional para permitir que se convocara a los niños y las niñas que, “paradójicamente, han sido considerados capaces para responder penalmente por sus actos, pero no capaces para que, actuando como sujetos de derecho, puedan expresar sus opiniones”.

Recientemente se configura una formal igualdad de género al hablar de niños, niñas y adolescentes, como estipula el Código en la Ley 1098 de 2006, pero aparte de acometer la complejidad de género se tiene en cuenta allí la diferencia etárea que conlleva necesidades y condiciones de desarrollo diferenciales (ILA, 2009, p. 74).

La aplicabilidad del Código de la infancia y la adolescencia se sintetiza bien en su artículo 7, sobre protección integral, cuando expresa que esta “... se materializa en el conjunto de políticas, planes, programas y acciones que se ejecuten en los ámbitos nacional,

departamental, distrital y municipal con las correspondiente asignación de recursos financieros, físicos y humanos”.

Pero también, la motivación del código en mención se encuentra en su artículo 9, acerca de la prevalencia de los derechos: “En todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adaptarse en relación con los niños y las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de éstos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona”.

Por otra parte, se complementa la intención de la ley 1098 en su artículo 10, al referirse al tema de la corresponsabilidad, entendido como “... la concurrencia de actores y acciones conducentes a garantizar el ejercicio de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes”, lo que conforma una exigibilidad de los derechos que el artículo 11 resume en que “El Estado en cabeza de todos y cada uno de sus agentes tiene la responsabilidad de garantizar la realización, protección y el restablecimiento de los derechos de los niñas, las niñas y los adolescentes”.

De acuerdo con la intención general de la norma sobre infancia y adolescencia, se percibe la necesidad de reconocer una innegable realidad: la protección integral de los adolescentes, representa un desafío ético, cultural, social, político y jurídico, de gran trascendencia para la sociedad en general de acuerdo con los criterios que a continuación se expresan.

A nivel social: debe promoverse la visibilización, reconocimiento, respeto e inclusión integral de los adolescentes infractores colombianos en los ámbitos de derechos económico, social, político, educativo y cultural, con el fin de contribuir en la construcción de una sociedad democrática y con justicia social.

A nivel político: debe buscarse el incentivo a las instituciones que regulan el poder legislativo y ejecutivo del Estado colombiano, para que apliquen las legislaciones

nacionales e internacionales orientadas a la protección integral del adolescente, con el fin de garantizarles desde una concepción integral el pleno ejercicio de sus derechos.

A nivel profesional: los profesionales del derecho, los miembros del poder judicial, las autoridades y funcionarios administrativos, así como los trabajadores sociales y de la salud; entre otros profesionales interesados en el tema objeto de estudio, requieren disponer de un material de consulta que les permita actualizar sus conocimientos y sus líneas de actuación en función de la satisfacción de necesidades y de la protección integral de los adolescentes infractores colombianos.

A nivel institucional: deben diseñarse herramientas orientadas a promover la generación de programas y políticas públicas a corto, mediano y largo plazo en beneficio de los adolescentes infractores en Colombia.

En este sentido, y debido al deficiente o bajo nivel de instrucción de una mayor parte de los adolescentes infractores, como a la inadecuada socialización en el seno de la familia y en un medio socioeconómico generalmente caracterizado por la pobreza y la miseria, resulta inevitable apoyarse en el sistema de justicia penal para la promoción de sus derechos. Nada mejor que la mediación y la conciliación como mecanismos de “compromiso” que reduzca en forma significativa el daño causado y disminuya la desesperanza de los jóvenes infractores, en un impulso hacia su resocialización.

En dicho contexto, la conciliación corresponde a un sistema de solución de controversia que de manera voluntaria, y utilizando la mediación de un tercero con autoridad, da lugar al procedimiento encaminado a obtener un acuerdo entendiéndose por tal la decisión común y final que va a tener eficacia interpartes.

Por ello, la autoridad del tercero debe ser entendida como aquella ascendencia y confianza que se ostenta y se gana sobre las partes en conflicto sin lo cual la conciliación sería imposible. En el hecho de que éste mediador cuya autoridad proviene de los usos y

costumbres, con el transcurrir del tiempo adquiriera un perfil más dinámico, estable y comprometedor, se da una connotación institucional que formaliza los acuerdos con ahorro de trámites y costos, sin involucrar la burocracia de la rama judicial y contribuyendo, además, a la descongestión del sistema.

No obstante, jurídicamente la conciliación, más que un medio para la descongestión judicial es un instrumento para garantizar el acceso efectivo a la justicia y promover la resolución pacífica de los conflictos. La conciliación se suele confundir con otras formas de acuerdo, hasta el punto de tratar de encasillarla en un contrato *sui generis*, que no logra satisfacer ni explica claramente su funcionamiento ni sus alcances, por lo cual es imperante determinar su real naturaleza.

De esta manera, en el ámbito jurídico la conciliación permite la posibilidad de resolver cualquier conflicto susceptible de ser negociado, llegando libremente a un acuerdo, en condiciones satisfactorias para las partes y que no violan principios fundamentales de carácter constitucional.

Uno de los factores de protección de la delincuencia juvenil según Shaw (2001) tiene relación directa con el involucramiento de los jóvenes en el diagnóstico y diseño de programas orientados a sus propias necesidades. Algunas premisas se basan en:

- Es esencial comprender los puntos de vista y las inquietudes de los jóvenes, especialmente si se sienten victimizados o excluidos
- Los jóvenes saben mucho más sobre la delincuencia en su zona que los adultos
- Cuando se permite su participación es más factible que las intervenciones realizadas respondan a los intereses de los jóvenes
- Los adolescentes suelen disponer de la suficiente energía, tiempo y capacidad de compromiso

Igualmente, la conciliación permite que el infractor se enfrente a la víctima y se haga cargo de las pérdidas causadas, en un acto de concienciación de sus responsabilidades y obligaciones, ante el evento de desarrollar planes para mitigar el daño que han causado sus delitos. De ahí que estos mecanismos de arreglo signifiquen una comunicación estructurada entre víctima e infractor, con la acción de un intermediario imparcial que busca identificar cómo se puede remediar la infracción, cuál puede ser una significativa reparación del daño o agravio cometido, contribuyendo a enfrentar el dolor, la pérdida o sufrimiento de la víctima, e identificando el daño experimentado para negociar actos de compensación.

El mecanismo de conciliación puede ser de utilidad para el adolescente infractor, al tener una mayor conciencia del impacto personal y social de sus delitos. Aunque, además de la implementación de las técnicas necesarias, se debe tener en cuenta la medición del daño y la pertinente selección de las acciones de indemnización y el debido procedimiento.

Constitucionalmente la conciliación ejecutada desde el ejercicio del derecho y como administrador de justicia con funciones jurisdiccionales por particulares, significan una ampliación del concepto de jurisdicción: "Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de las funciones de administrar justicia en las condiciones de conciliadores o de árbitros" (art. 116 por Acto legislativo 3 de 2002).

Es así como en la sentencia C-242 de 1997 ratificó que: " El constituyente del 91 decidió ampliar el ámbito orgánico y funcional de la administración de justicia del Estado hacia otros ordenes, autorizando a los particulares a solucionar controversias a través de personas revestidas transitoriamente de las funciones de administrar justicia, actuando en la condición de conciliadores o en la de árbitros...". Aclaró también la Corte las características del árbitro:

- “1. Los particulares solamente pueden ser investidos de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o árbitros.

2. El arbitramento es una institución que implica el ejercicio de una actividad jurisdiccional que con carácter de función pública y se concreta en la expedición de fallos en derecho o en equidad.
3. En la función pública de administrar justicia, los árbitros deben estar habilitados por las partes en conflicto, en cada caso concreto” (Sentencia C-242/97).

En el evento de que el constituyente lo que pretendió fue ampliar el concepto rígido de jurisdicción, extendiendo el ámbito orgánico y funcional de la administración de justicia, incluyendo a la conciliación dentro de dicha concepción, esta investidura de juez particular y transitorio que se le asigna al conciliador debe ser desarrollada por la ley y será esta la que determine en qué casos y con cuál alcance o facultades el conciliador cumple funciones jurisdiccionales, la ley 270 de 1996, o ley estatutaria de la administración de justicia, en su artículo 13, confirmó la función jurisdiccional de los conciliadores:

"Del ejercicio de la función jurisdiccional por otras autoridades y por particulares. Ejercen función jurisdiccional, de acuerdo con lo establecido en la constitución política: Los particulares actuando como conciliadores o árbitros habilitados por las partes, en asuntos susceptibles de transacción, de conformidad con los procedimientos señalados en la ley...".

Reafirmando la función jurisdiccional que cumplen los conciliadores, la Corte Constitucional al efectuar la revisión previa de exequibilidad del transcrito artículo 13, aclaró en cuanto al ejercicio de la administración de justicia por los particulares, que el referido artículo 116 constitucional prevé la posibilidad de encargarlos para cumplir esa labor en la condición de conciliadores habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, tal como lo dispone el artículo bajo revisión. Cabe señalar, que en estas circunstancias los particulares, en aquellos casos no previstos por el legislador, pueden fijar sus propias reglas para el ejercicio de su labor de impartir justicia, siempre y cuando se ajusten a los parámetros establecidos en la constitución y en la ley.

De hecho, sin embargo, de manera reiterada la doctrina nacional ha negado que la conciliación implique una función jurisdiccional, puesto que no es el conciliador quien define la controversia, sino que lo hacen las partes mismas, mediante un acuerdo directo. Pero si bien es cierto que la potestad jurisdiccional, en su máxima expresión implica fallos o providencia dictadas por un juez con carácter definitorio y obligatorio para las partes, también al conciliador le compete un control de legalidad en virtud del cual su función es evitar nulidades e ineficacias del acuerdo, en una especie de homologación implícita del acuerdo, razón por la cual su firma en el acta de conciliación es la que refrenda el acto, otorgándole la calidad de cosa juzgada y con mérito ejecutivo constituyéndose en un equivalente de fallo o sentencia.

En efecto, la presencia y el aval del conciliador dando fe del acuerdo logrado, surte los mismos efectos de una sentencia proferida por un juez de la república y por tanto no resulta equivocado hablar de funciones jurisdiccionales, pues esta aparece de manera implícita cuando el conciliador procede a la aprobación y suscripción del acta, dando lugar a una forma especial de jurisdicción.

Así que, éste nuevo rol social de la abogacía en el marco de un asesoramiento jurídico acorde con la realidad y en el cumplimiento del compromiso profesional, estaría sugiriendo a los actores un cambio para mejorar y hacer más eficaz la aplicación de justicia en el país.

2. ANTECEDENTES Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La delincuencia juvenil hace referencia al conjunto de delitos, infracciones y todo comportamiento socialmente reprochable realizado por menores de edad. Este fenómeno que en Colombia ha venido creciendo ocasiona gran impacto en la sociedad y por ende genera preocupación al Estado. De acuerdo con registro del ICBF, el año 2009 unos 3.601 menores entre los 14 y 18 años entraron en el Sistema Penal para adolescentes; 15 por ciento más que en 2008, por lo que hace algún tiempo se viene hablando de la necesidad de adelantar una revisión al sistema penal juvenil (BEO, 2011).

De hecho, actualmente en el Congreso de la República se cursa el Proyecto de Ley 160 de 2010 de reforma al Código de Infancia y Adolescencia”, cuyo punto principal es la responsabilidad penal del menor y la privación de la libertad.

Según la Comisión Colombiana de Juristas, dicho Proyecto de Ley tiene un enfoque netamente punitivo, para enfrentar la problemática del adolescente infractor de la ley penal. Afirma la comisión que no está de acuerdo con lo establecido en la Convención Sobre los Derechos del Niño, puesto que todas las medidas que tomen las instituciones públicas y privadas concernientes a los adolescente deben atender el interés superior de la niñez”. (...)

“Desde el Congreso de la República, me he opuesto de manera sistemática y argumentativa a los proyectos de ley que proponen salidas represivas, para enfrentar el problema de los jóvenes en conflicto con la ley en Colombia. Tuve la oportunidad de participar en la elaboración del Código de Infancia y Adolescencia el cual incluye un capítulo referido al Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, cuya premisa central es que si bien los jóvenes son responsables penalmente de cara a sus acciones, al mismo tiempo son sujetos en formación que deben recibir una sanción orientada a cumplir una finalidad educadora, rehabilitadora y protectora” (Robledo, 2011).

Es así como, teniendo en cuenta que el origen de este fenómeno de la delincuencia o de la infracción por parte de adolescentes obedece a múltiples causas y es resultado de la combinación de diversos factores de riesgo, pero básicamente es una respuesta social que incluye a un alto porcentaje de juventud que, en la imposibilidad de integrarse a un sistema tanto en el orden material como en el social, va asumiendo una escala de antivalores de violencia, agresividad, competencia y consumo entre otros, que se imponen a los positivos valores establecidos por la sociedad, como la tolerancia, la solidaridad y la justicia.

La delincuencia juvenil es además una característica propia de sociedades que han alcanzado cierto nivel de prosperidad, y según análisis autorizados resulta más habitual en países anglosajones y nórdicos que en los euro mediterráneos y en las naciones en vías de desarrollo. Es decir, que en las sociedades menos desarrolladas la incidencia de la delincuencia juvenil es menor que en las comunidades más avanzadas en el plano económico. En Colombia “el hurto y el tráfico de estupefacientes representan el 69.2% de los delitos cometidos por los adolescentes y (...) la reforma propuesta tan solo hacer referencia a delitos que representan menos del 10% de los cometidos por los adolescentes” (SIERJU, 2011).

En Colombia la delincuencia juvenil es causa de preocupación pues de acuerdo con (Gaitán, 1995), es una de las más altas en el mundo debido a sus alcances y duración. Fenómeno que está asociado a la pobreza y con ello a las pocas posibilidades de una buena educación para luego desempeñar un trabajo digno y bien remunerado, lo que conlleva al adolescente a cometer delitos y transgredir la ley convirtiéndose en un medio fácil para conseguir la manutención de su familia, que muchas veces está a su cargo.

Por otra parte, con la ley 12 de 1991 Colombia ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño, convirtiéndose en uno de los primeros Estados en incorporarlo a su legislación. Sin embargo, según Guerrero (2006) “no se ha adecuado su legislación de infancia y adolescencia a las directrices de la Convención, ni tampoco a la Constitución de 1991, lo que convierte al país en el más atrasado en este tema”.

Esto, a pesar que la Constitución Política de Colombia contiene un anexo sobre la Declaración de los Derechos del Niño, promulgada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, Ginebra en noviembre 20 de 1959, estipulada en ocho numerales (ONU, 1998).

Bajo este contexto, el Estado colombiano cuenta con un marco jurídico, dependencias, mecanismos administrativos y jurisdiccionales encargados de la protección del adolescente en situación de violación de sus derechos humanos, así como de procedimientos para el restablecimiento de los mismos. Por consiguiente, el Código de la Infancia y la Adolescencia tienen como objeto “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. Dicha garantía y protección será obligación de la familia, la sociedad y el Estado” (Ibid, arts. 2, 10 y 38).

Lo anterior debe ponerse en práctica para el verdadero logro de sus objetivos, dada una situación que se refleja en el hecho de que “entre marzo de 2007 y junio de 2010 la Policía reportó la entrega a la justicia de 20.104 adolescentes entre los 14 y 17 años. Por su parte la Fiscalía, reporta que fueron 24.288 menores, mientras que el ICBF informa de 22.793 casos” (Jiménez, 2010).

2.1 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

Teniendo en cuenta que los adolescentes tienen derecho a una vida digna, al acceso de los servicios sociales básicos, a que su vida e integridad sea protegida por las autoridades competentes, a que se les garantice el ejercicio de sus derechos, es menester preguntar frente a esta realidad ¿Es la conciliación un mecanismo que contribuye al proceso de medida pedagógica como sanción que busca instaurar la ley 1098 de 2006?

2.2 OBJETIVOS DEL ESTUDIO

2.2.1 Objetivo General

Plantear la conciliación como mecanismo alternativo para la defensa y protección de los adolescentes infractores, obedeciendo a la Ley 1098 la cual establece para los adolescentes su protección integral y garantiza 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, bajo el hecho de que dicha garantía y protección es obligación de la familia, la sociedad y del Estado.

2.2.2 Objetivos Específicos

- Analizar las implicaciones y efectos de la conciliación como mecanismo alternativo de defensa y protección de los adolescentes infractores, visto desde el ámbito internacional aplicable en los países que lo tienen en cuenta, así como del correspondiente nacional.
- Describir en qué consiste el mecanismo conciliatorio y su funcionamiento para su implementación en el momento de la sentencia leve y de la ejecución condenatoria como tal, considerando que son momentos decisivos dentro del proceso de casos de infracción por parte de adolescentes.
- Elaborar un pronóstico respecto a la reforma de Estado y al proyecto de Ley 153 de 2010 Senado “Por medio de la cual se modifica el Libro Segundo, Título I, del Código de Infancia y Adolescencia - Ley 1098 de 2006 y se dictan otras disposiciones”, presentado por la senadora Gilma Jiménez que busca endurecer las penas a los adolescentes infractores.

3. ESTADO DEL ARTE

En cuanto a la delincuencia se sostiene que gran parte de los delitos en Colombia son cometidos por jóvenes, donde la mayoría de los sindicados capturados se encuentran por debajo de los treinta años. Es decir que, el perfil de edades de los capturados hace pensar en una carrera delictiva que estaría empezando entre los 12 y 14 años.

Teniendo en cuenta que, el tratamiento que se le ha dado a la delincuencia juvenil en Colombia ha sido de carácter paternalista, se ha privilegiado la noción de inimputabilidad penal en el caso del menor infractor. Rubio expone:

"Tanto en el diagnóstico de los delitos juveniles como en las propuestas para su tratamiento tácitamente se supone que se trata de comportamientos anormales e irregulares, que surgen por lo general de una situación socio económica adversa. Por lo tanto, se considera al menor infractor como un ser indefenso que necesita ante todo cuidado y protección. Por definición, la misma violación de la ley por parte de los menores se considera como un síntoma de que el transgresor se encuentra en situación irregular y de riesgo" (1996, p. 38).

Este pensamiento, según Rubio, está reflejado en el código del menor, como punto de partida para la explicación de los problemas juveniles, las insuficiencias o irregularidades en el ambiente social y familiar en el que se desenvuelve el menor de edad.

"Se supone implícitamente que existe un patrón o estándar de ambiente familiar, escolaridad, amistades... que garantizan el normal desarrollo de los jóvenes y que cualquier desvío con relación a dicho patrón constituye una situación de riesgo que perjudica sus perspectivas sociales y económicas y que por sí solo es suficiente para explicar las conductas antisociales de los menores. La otra cara de la misma moneda consiste en suponer que mientras los jóvenes no estén por fuera de dicho patrón la sociedad puede despreocuparse acerca de las consecuencias de sus conductas" (Ibid, p. 38).

Dado lo anterior, a través de la conciliación hay un mecanismo de resocialización, que puede proporcionar los medios y las vías de actuación necesarias para llevar a cabo la resolución de conflictos entre el menor infractor y la parte perjudicada, ante acciones consideradas como delitos menores graves y faltas. Aunque, este proceso conciliatorio

pactado entre las partes con la intervención de un tercero neutro no es la solución al conflicto, si involucra otros aspectos importantes como:

- La conciliación como un sistema alternativo a las sanciones tradicionales
- Dentro de sus prioridades estaría la de optimizar la eficacia de la justicia
- Mejorar la asistencia a la víctima
- Un Derecho penal orientado a la reparación
- Participación de la comunidad en el sistema penal
- Reducción de la penalización
- Responsabilizar al infractor de sus actos

En el hecho de que la práctica de la conciliación presenta la alternativa, ésta se da en dos sentidos distintos:

- En primer lugar, porque con la reparación a la víctima a través de la conciliación entre autor y víctima, ambas partes obtienen unos beneficios claros, así:
 - a) El autor puede evitar la continuación del proceso judicial, o el sometimiento a una sanción judicial.
 - b) La víctima se ve resarcida de los daños sufridos, ya sean materiales o morales.
- En segundo lugar, la conciliación en la medida en que no se plantea como objetivo, la rehabilitación del autor en términos de tratamiento, constituye un modelo alternativo de reacción frente al delito, puesto que parte de una perspectiva de justicia en la que lo determinante no es la reacción frente al autor sino la resolución del conflicto, el restablecimiento de las condiciones que permitan la convivencia en paz entre quienes se vieron involucrados en el conflicto.

Al respecto López Faura dice que: “En Canadá, Inglaterra, España, Noruega y EE. UU., se vienen implementando hace algunos años programas de mediación reparatoria entre

víctimas e infractores con muy buen resultado en delitos leves, con adultos no reincidentes y menores” (López, 1999, p. 14).

A fin de cuentas, la conciliación implica dar protagonismo a las partes, para que en un contexto distinto al del proceso puedan expresar cara a cara el alcance del daño sufrido, tanto material como moral, y los sentimientos que acompañaron el acto. Así, el autor del hecho cobra responsabilidad durante el proceso ya que aporta con su reconocimiento la asunción del actuar delictivo y la víctima tiene la opción de verbalizar su situación en la mesa de mediación.

Adicionalmente, Antonio Tula dice: “Los catalanes optaron por la mediación a fin de conciliar, instrumentando hacia ella todo el proceso. Se trata en general de niños de 12 y los 16 años de edad y se han implementado diversos programas que van desde el pedido de disculpas hasta la conciliación en sí, la reparación económica, trabajo o actividad concreta para el perjudicado y de orden comunitario” (Tula, 1999, pp. 6-7). De ahí, la necesidad de destacar la importancia que se advierte en el potencial preventivo y resocializador que opera en los adolescentes y la alta posibilidad de concreción de esos objetivos.

De hecho, en Colombia se presta el Servicio Público de Bienestar Familiar -SPBF- cuyos objetivos fundamentales son: fortalecer los lazos familiares, asegurar y apoyar el cumplimiento de los deberes y obligaciones de los miembros de las familias, tutelar sus derechos y brindar protección a los menores de edad (Decreto 1137 de 1999). Este servicio público se presta en el territorio nacional a través de las instituciones adscritas, vinculadas y propias del Sistema Nacional de Bienestar Familiar -SNBF- a través de los Centros para adolescentes en conflicto con la ley.

Así que, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF- es prestador del SPBF pero a la vez, es el ente rector, coordinador y articulador del SNBF (Ley 1098 de 2006). Sus objetivos son propender y fortalecer la integración y el desarrollo armónico de la familia, proteger al menor de edad y garantizarle sus derechos. Para alcanzarlos, realiza acciones de

coordinación, articulación y gestión, ejecuta programas y celebra contratos acordes a lo establecido en las resoluciones 0505 de Marzo del 2007 y 1278 del 2007.

De manera que, es a través del proyecto de inversión 140: “Protección - acciones para preservar y restituir el ejercicio integral de los derechos de la niñez y la familia”, que el ICBF desarrolla acciones y programas de restitución de derechos a adolescentes que se encuentren en situaciones de amenaza, inobservancia o vulneración, especialmente aquellas estipuladas en los artículos 18, 19 y 20 de la Ley 1098.

Vale decir que, todas las acciones que se realicen encaminadas a proveer bienestar a los adolescentes se justifican, dado que padecen la permanente vulneración de derechos, teniendo en cuenta que en los últimos años en el país, se han incrementado en gran escala las condiciones de pobreza, miseria, de maltrato, el abuso sexual infantil, lesiones personales a la niñez por violencia intrafamiliar, el aumento de muerte violenta, el secuestro, la vinculación a organizaciones violentas y al crimen organizado, el desplazamiento forzado, a lo cual se suma la baja calidad y coberturas en la educación, la salud que generan el aumento en la formación de pandillas juveniles, asociadas al consumo de sustancias psicoactivas que incrementan cada día más la infracción a la Ley por parte de adolescentes, a quienes el juez les ha decretado medida de ubicación en medio cerrado por la gravedad de la infracción y que por lo tanto se requiere la intervención del Estado .

No se puede, entonces, hablar de violencia juvenil exclusivamente sino tal y como lo ha expresado Alonso Salazar que, para el caso específico de Medellín, es necesario referirse a un proceso en el cual los jóvenes han sido tanto víctimas como victimarios, y donde ha primado una lógica de intereses adultos que involucra a los jóvenes en la violencia. En esta manera de analizar la relación de los jóvenes con la violencia sugiere también, una nueva manera de mirarlos: los jóvenes dejan de ser sólo un “grupo de riesgo” para convertirse en “sujetos de derechos” (Rodríguez, 2004).

En este orden de ideas es preciso tener aclarado el concepto de conciliación en general, en el sentido de que se está hablando de un sistema alternativo, no excluyente, de resolución de conflictos, y en el cual de acuerdo con Caram (2000) “Se trata de un proceso voluntario, confidencial, flexible, donde las decisiones son autocompuestas, centrado en el futuro, donde se enfatizan las necesidades reales de los participantes”.

Es decir, se estaría frente a un método voluntario, confidencial, donde el mediador neutral asiste a las partes en un proceso interactuante, con el fin de satisfacer sus necesidades con relación al caso vivido en común con la posibilidad de ser contemplado en el proceso penal, acarreado no solo con las consecuencias propias del proceso sino con la posibilidad de una sentencia condenatoria que implique la pérdida de la libertad del culpable.

Dicho proceso puede ir desde el momento de la aprensión, el juzgamiento y la reclusión si hubiere lugar a ello. Según De Roux (2001, p. 99) es necesario “Educar para recomponer la capacidad de los sujetos, interactuar en armonía y tramitar de manera adecuada sus desavenencias. Pero es necesario que también forme para desarrollar capital social, para hacer ciudadanía y para el ejercicio de la democracia”. Así que la conciliación tiene mucho que ver con la educación en la enseñanza de valores perdidos o nunca aprendidos para de acuerdo con De Roux (Ibid) “Desarrollar capital social, para hacer ciudadanía y para el ejercicio de la democracia”.

Algunos autores ya han expresado que el poder punitivo no resuelve los conflictos porque deja a la víctima fuera de su modelo. Como máximo puede aspirar a suspenderlos, dejando que se disuelva en el tiempo, lo que en definitiva parece no ser una solución, pues la suspensión fija el conflicto y la dinámica social, que continúa su curso, lo erosiona hasta disolverlo. Un ejemplo son los juzgados del país con su permanente represamiento y que son, de acuerdo con Zaffaroni (2002, p. 26) “Un número exagerado de formaciones pétreas, puesto en el camino de la dinámica social, con el efecto de alterar su curso y de generar peligrosas represas y un volumen de conflictos suspendidos por un estado, guardará

relación inversa con su vocación de proveedor de paz social y por ende, será indicador de su fortaleza como estado de derecho”.

Es por ello que, la conciliación como mecanismo para la defensa y protección de los adolescentes constituye un nuevo paradigma más centrado en la reparación que en la punición. Dado que representa una verdadera ruptura en relación con los principios de la justicia retributiva, basada en el pronunciamiento de sanciones que se extienden desde el pago de una multa hasta la privación de la libertad. Por otra parte la conciliación y la mediación suponen un cambio de mentalidad en el legislador, así como un cambio cultural al interior del propio sistema judicial y de sus agencias penales encargadas de distribuir justicia.

En efecto, solo bajo la primacía del castigo el sistema de justicia lo único que puede generar son efectos revictimizadores. Por lo que se entiende que la conciliación y la mediación son las expresiones más extendidas de la justicia restaurativa, ya que constituyen la posibilidad de producir la reintegración social de los adolescentes infractores a las necesidades de las víctimas, en el marco de los valores de la comunidad.

4. LA CONCILIACIÓN

La figura de la conciliación es un resultado en Colombia de la Constitución de 1991. Es una figura democratizante en el proceso de impartir justicia, civiliza y elimina intermediarios clientelizantes en el proceso. Cabe tener en cuenta, sin embargo que esta figura fue instituída formalmente como parte de los mecanismos de justicia en consenso antes de la entrada en vigencia del Sistema Penal Acusatorio desde la expedición de la Ley 599 de 2000.

No obstante, el nuevo sistema penal acusatorio, no compite con la figura de conciliación y, por el contrario, se puede servir de su instancia previa para disminuir aún más las demoras en el proceso oral de impartición de justicia por parte de los jueces de garantías. La conciliación, además de democratizante, es una figura moderna, civilizadora, pacificadora, justiciera y apropiada para un país con conflictos de toda índole. En una eventual situación de procesos de paz, un período de posconflicto requeriría aún más del fortalecimiento de este mecanismo para el entendimiento entre los grupos previamente antagónicos.

La conciliación es una figura de convivencia dentro de la justicia sin consenso. Es el derecho espontáneo y alternativo que aporta convivencia al consenso en uso del libre albedrio de los ciudadanos. También es un positivo resultado más de la “*rígida oposición entre la justicia estatal y la justicia privada*” (Uprimmy, 1994, p. 108), de las crueles y negativas formas de solución de conflictos por parte de la justicia privada generadas por debilidad del aparato judicial estatal. Es una respuesta institucional que busca paliar la ineficacia del sistema judicial estatal, pero también es resultado de un criterio económico válido que mide la relación costo judicial/valor del litigio, que aumenta cuando disminuye el valor de este último (Ibid., p. 112).

De tal manera, la figura de la conciliación aparece también como parte de las estrategias de descongestión de los juzgados donde los negocios se acumulan de manera lenta en su

solución y alimentan los procesos de impunidad, no solo como en el caso del tratamiento de las pequeñas causas en materia penal (Ley 1153 de 2007), sino en lo civil y contractual, entre otras. Los juzgados de pequeñas causas se iniciaron en Brasil en 1982 (Uprimmy, op. cit, p. 148), con gran éxito por su celeridad y con un cuerpo de conciliadores sin remuneración alguna. En otros casos, se ha llegado a que el cargo de jueces de paz no sea ejercido por abogados, pues esa instancia perdería su espíritu conciliador (Ibid., p. 145).

De las experiencias en materia de informalización de la justicia se tiene, sin embargo, que hay riesgos tales como que “se puede convertir en un sutil y efectivo mecanismo de control social que, al neutralizar las demandas ciudadanas en la defensa de sus derechos, permite postergar la democratización de la sociedad” (Ibid., p. 160). O, de otra manera, como reitera Uprimmy (ibid., p. 169), que la tendencia administrativa de los procesos informales “pareciera ser un simple mecanismo para que el Estado se descargue de sus responsabilidades”.

La conciliación es una figura antigua proveniente del derecho público internacional y utilizada para dirimir conflictos entre países, mediando la acción de un comité conciliador (Guillien, p. 86). Al parecer de allí derivó en su uso como instancia alterna en el ordenamiento interno “a partir de la mitad del siglo XX de manera gradual, pero el antecedente más reconocido se encuentra, según Ariza (2011), en el Código de Procedimiento Laboral de 1948, como mecanismo de solución de conflictos individuales ... hasta 1987 que se comenzó a hablar de conciliación en otros términos, al ser tomada como uno de los instrumentos destinados por el Estado para contribuir a descongestionar los despachos judiciales”.

Fue en el artículo 116 de la actual constitución que se delegó a particulares la realización de procedimientos de conciliación, figura que existía desde antes, pero sin estar fuera del sistema jurisdiccional. Ahora, “*Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho*”

o en equidad, en los términos que determine la ley”, el subrayado fue agregado por el artículo 1 del Acto Legislativo No. 3 de 2002.

4.1 DEFINICIÓN DE CONCILIACIÓN.

La conciliación es el componente justo y pacificador dentro de la cadena de *conflicto, conciliación y posconflicto*. Es un mecanismo de solución de conflictos a través del cual, dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado *conciliador*, que es el intermediador, nombrado por las partes para resolver específicamente el problema en cuestión, sin poder coactivo en caso de que las partes no deseen conciliar, pero que cuando se llega a una decisión, esta “es respaldada por la autoridad del Estado: es el árbitro que puede decidir en equidad o en derecho” (Uprimmy, p. 124). Usualmente debe ser un mecanismo antecedente que, o resuelva los conflictos, o los transforme en sentido positivo para las partes. Suele ser un paso sustitutivo para que los conflictos no lleguen a estrados judiciales formales.

Por ello, la conciliación hace parte de los que han sido llamados *sistemas alternos* de solución de conflictos, dentro del concepto de *justicia por consenso*, o figuras *no judiciales* de solución de conflictos. La situación generalizada de violencia en el país, incluye no solo la violencia política derivada del conflicto interno, sino aquella violencia derivada de los conflictos cotidianos alrededor de sumas pequeñas que no pasan por los estrados ni son resueltas por un juez (Uprimmy, p. 116). Este mecanismo de arreglo pertenece a un gran conjunto de mecanismos consensuales entre los cuales se encuentran el arbitraje, la mediación, la negociación, la evaluación neutral de casos, el minijuicio, etc. (Jaramillo, pp. 37 y ss). Este último, una figura anglosajona muy usada en dirimir conflictos privados de carácter comercial.

De este proceso general de búsqueda de alternativas en justicia surgen los mecanismos informales y comunitarios de solución de conflictos, que buscan también permitir evadir el

hecho de que el sistema jurídico termina dando un tratamiento diferencial y selectivo favorable a ciertos intereses y convirtiéndose en un orden normativo parcialmente excluyente (Uprimmy, op. Cit., p. 121).

González de Cancino (1996, p. 36) clasifica la conciliación según sus resultados en *total (éxito)*, *fallida (fracaso)* o *parcial (mínimo acuerdo temporal)* y expresa que el mecanismo tiene como una de sus ventajas que es un medio alternativo de solución de conflictos ágil y económico, en términos de tiempo y dinero, además de ser una alternativa que no es desgastante para las partes ya que no van a tener que estar acudiendo a un juzgado en repetidas ocasiones, sino que en una sola o tres sesiones van a solucionar los conflictos (ibid., p. 36).

Por sus características, la conciliación puede ser, sin embargo, *judicial*, *prejudicial* y *extrajudicial* o *extraprocesal*. En el primer caso hace parte del orden público y es de obligatorio cumplimiento. En el segundo, es un paso previo con la expectativa de disminuir los costos sociales involucrados en la judicialización. La tercera se produce al margen del sistema judicial, sin jueces ni investiduras.

En un proceso conciliatorio no debe haber vencedores ni vencidos, es decir, no es un gana-perde de suma cero sino un *gana-gana de suma positiva*. Según Cancino (ibid., p. 36), es un trámite que puede ser *obligatorio* (por ley), en *derecho* (con términos según las normas vigentes), *facultativa* (de libre opción), o en *equidad*. La conciliación, como la institución de los jueces de paz, representa un problema con su poca clara relación con instancias ya existentes, como los inspectores de policía, los jueces de equidad o las instancias de arbitraje. Uprimy (op. cit., p. 177) interpreta esto como resultado un esquema institucional bastante confuso en conjunto con la débil diferenciación que muestra frente a las instancias formales de justicia.

Como se ha mencionado, entre las ventajas de la conciliación también se encuentra la contribución a la justicia formal en términos de menores costos, mayor eficiencia

(descongestión de estrados o despachos judiciales), mayor rapidez (menores tiempos, no dilata los procedimientos y los procesos, elimina trámites innecesarios, evita la corrupción de las partes), deja los menores traumas posibles para las partes, se basa en la decisión libre de las partes, es educativa a presente y futuro, ejemplariza a la sociedad, *no hay verticalidad de la justicia y horizontaliza* de manera democrática a las partes y, como dice González (op. cit., p. 35), *no requiere la intervención de juristas, abogados o expertos* puesto que no hace parte de la justicia formal sino de la informal.

El proceso conciliatorio no se realiza dentro del sistema jurisdiccional, precisamente porque no es ni un juez, ni el mismo conciliador, quien define las controversias, sino que son, en esencia, las mismas partes las que llegan al arreglo mediante un *acuerdo directo*. Los elementos que constituyen la conciliación son: las *partes* en conflicto (bilateral, multilateral), el *conciliador*, o mediadores (Barusch, 1992, p. 19 y ss), o jueces de paz, entre otros y, finalmente, el *acuerdo*.

Se concilia *en materia de áreas legales existentes: penal, civil, de familia, contenciosa administrativa, tributaria*, entre otras muchas. Pero, de acuerdo con González (op. cit., pp. 40-41), *dentro de todas ellas “es conciliable sólo lo querellable, lo desistible y todo delito sin agravantes”*.

La conciliación en derecho de familia sigue la regla general según la cual es conciliable todo lo que sea susceptible de transacción, desistimiento o conciliación, *en general, todo aquello que no esté expresamente prohibido por la ley (ibid., p. 41), pero no se concilian por disposición expresa de la ley, “los derechos que aún no existen, los derechos que no se disputan, los derechos ajenos, salvo que se tenga facultad de representación, el delito o hecho punible, los alimentos futuros o el estado civil de las personas y, en general, todo aquellos en que se encuentre comprometido el orden público” (ibid.)*.

Como expresa Uprimmy “de un lado numerosas conductas que antes eran delitos y debían ser investigadas y sancionadas de oficio por los jueces municipales se vuelven

contravenciones decididas por las inspecciones de policía que son autoridades administrativas y no judiciales. Estas conductas se vuelven entonces querellables y, por ende, desistibles, lo cual facilita una conciliación que conduzca a la solución pacífica del conflicto” (op. cit., p. 65). Además, debe relievase que, según Barusch (op. cit., p. 21), el proceso de mediación contiene un potencial específico de transformación de las personas, de crecimiento moral, “al ayudarlas a lidiar con las circunstancias difíciles y a salvar las diferencias humanas en el medio mismo del conflicto”.

Esto hace parte de lo que le permite ver a Barusch y Folger (op. Cit., pp. 39-40) como un movimiento mediador con cuatro enfoques diferentes, o historias, *de la satisfacción, de la justicia social, de la opresión y de la transformación*. Respectivamente, quienes lo ven como *herramienta de descongestión judicial y justicia de mayor calidad*; o como *vehículo de organización de la gente y las comunidades en el camino de acuerdos equitativos*; o como *un medio disimulado de control y opresión social*; y, como lo ven la mayoría, entre ellos los autores mencionados, “*como un modo de promover una transformación cualitativa de la interacción humana*” (ibid., pp. 39-40).

El enfoque de *satisfacción* está relacionado con los resultados que en verdad se han producido de la experiencia mediadora donde esta se ha instaurado. El de *justicia social* resulta esperanzador, el tercero, de *opresión*, muy negativo frente a las intenciones de la institución de la mediación y el último, de *transformación*, se resume en que “*lo que importa no solo es estar mejor sino ser mejor*” (ibid., p. 61). Aunque, de acuerdo con Barusch y Folger (Ibid., pp. 64-65), lo que predomina en la realidad es la “*historia de la satisfacción*”, perdiéndose de vista la meta de la transformación.

4.2 LA CONCILIACIÓN Y SU VALIDEZ.

Los denominados en Colombia como Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, MASC, son según Schiffrin (1996), el reflejo de lo que se sistematizó en Estados Unidos a mediados de la década de los setentas “como técnicas de resolución de conflictos

interpersonales, o *Alternative Dispute Resolutions*, ADR”. En Argentina, de acuerdo también con Schiffrin, se comenzó a hablar de ellos con el afianzamiento del régimen democrático de gobierno (p. 37), y son, principalmente la negociación, el arbitraje y la mediación (pp. 42 y ss).

Lederach (1998, pp. 20-34 y 35-65) ve la reconciliación como una dinámica psicosocial de análisis del proceso de solución de conflictos internos en los países, que se convierte en una técnica de cómo entrar al conflicto y cómo salir del mismo. Igual lo enfoca Suárez (1996, pp. 69-89). David Matz (En Gotheil, op. Cit., pp. 53 y ss.), ve la mediación como una caja de herramientas, con unos pasos a seguir por parte del mediador, describiéndola en concreto como una técnica.

De manera muy similar, González de Cancino (op. cit., pp. 33 y ss), describe a la conciliación y sus particularidades, en materia de familia, que en Colombia para ser válida requiere: la *firma* del mediador o conciliador, quien por disposición de la ley refrenda el acto conciliatorio como cosa juzgada y con mérito ejecutivo. Si la *firma no existe* y las partes son quienes únicamente suscriben el documento de arreglo, este deja de ser un acta de conciliación y queda definida como un *contrato de transacción*.

El conciliador debe ser una figura reconocida por las partes, respetable, calificada, confiable, neutral (actitud, congruencia y coherencia entre lo que dice y hace) e imparcial (equilibrio en su comportamiento frente a las partes). Es un facilitador del diálogo, coordinador, generador de ideas de solución, aunque es una condición suficiente la *capacidad de las partes para obligarse a sí mismas*.

4.2.1 La conciliación no viable.

Algunos ejemplos sirven para mostrar la no viabilidad excepcional de la conciliación. En materia de derecho de familia, la conciliación ya *no deja de ser una función externa al sistema jurisdiccional* y le pertenece de manera formal. Esta excepcional condición de las

conciliaciones en derecho de familia se debe a que el conciliador tiene facultades extraordinarias para tomar medidas cautelares provisionales en tanto se inicie el proceso judicial correspondiente. El defensor de familia, entonces, puede asumir la protección de los menores de edad y de los cónyuges, cuando de ellos se trate e independientemente de que hayan alcanzado un acuerdo conciliatorio.

Esta excepción se entiende por cuanto, siendo la familia la institución nuclear en el orden institucional y social, no podría ser la conciliación un mecanismo *desinstitucionalizante* mediante el cual los ciudadanos por sí mismos se deshicieran de sus uniones entre cónyuges o rechazaran obligaciones como la patria potestad sobre los hijos. Muchos menos, *en lo penal, podrían arreglarse en acuerdo delitos cometidos con agravante, escapando así a la condena social necesaria.*

4.2.2 Diferencias con el proceso judicial.

Las diferencias de la conciliación con los procesos judiciales se pueden resumir en que:

- No atiende desde el enfoque unilateral de respuesta al demandante sino al bilateral de intereses comunes de las partes.
- No atiende a la norma solamente, la respeta, pero para la solución sigue los criterios de las partes.
- No tiene una atmósfera adversa, ni de litigio, sino cooperativa y amigable.
- No se orienta a estudiar el pasado para una consecuencia jurídica, sino mira hacia soluciones de futuro.
- No depende de la autoridad de un juez, ni llega a una sentencia. Depende de un facilitador como simple aval de la voluntad de las partes.

4.2.3 Diferencias de la transacción con la conciliación

- No es de natural procesal y sustantiva, sino solo sustantiva.
- No se afecta de nulidad procesal sino de nulidad sustantiva o procedimental.
- No es un acuerdo con ayuda de tercero, sino entre las partes sin intervención de terceros.
- No es un negocio jurídico, sino un contrato.
- No involucra derechos de terceros, en la conciliación si puede involucrar derecho de terceros no presentes en la audiencia.
- No requiere del aval de un conciliador, sino de las partes solamente.
- No siempre presta mérito ejecutivo.
- No resuelve asunto de interés público, privado o mixto, sino únicamente privado.

4.4 LA CONCILIACIÓN EN EL CÓDIGO DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA.

La Ley 1098 vino a reemplazar como Código de Infancia y Adolescencia (CIA), al antiguo Código del Menor y busca fundamentalmente un sentido de carácter civil y penal. En cuanto al tratamiento al infante y al adolescente el problema esencial de la inimputabilidad trata de ser resuelto en esta reciente codificación, estableciendo estratos etéreos de personas que no son ciudadanos aun: de 0 a 14 años, de 15 a 17, de 18 o menores de 18, tal como define a los niños y niñas la Organización de Naciones Unidas.

En el CIA hay adolescentes por rangos de edades y preocupación por fijar criterios para “garantizar a los niños, a las niñas y a los adolescentes (NNA) su pleno y armonioso desarrollo en familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Prevalecerá el reconocimiento a la igualdad y la dignidad humana, sin discriminación alguna” (art 2).

Al igual que en la carta política de 1991, se reiteran en la ley 1098 los derechos constitucionales que se encuentran delineados, por ejemplo, en el artículo 44 constitucional.

Los derechos a la vida, calidad de vida, protección, custodia, alimentos, identidad y debido proceso, entre otros tantos, acompañan al de integridad personal (CIA, art. 19).

El CIA es entonces un articulado de reiteraciones constitucionales, orientadas a las entidades de víctimas y victimarios menores de edad. No obstante lo logrado en el campo de la imputabilidad al victimario, sea niño o niña o adolescente, no quedó bien sustentada y si, en cambio, aparece toda la tipificación de posibles delitos que conformaría un escenario de “victimización de la víctima”.

El libre desarrollo de la personalidad y la autonomía personal; la libertad de conciencia y de creencias; la libertad de cultos; la libertad de pensamiento; la libertad de locomoción; y la libertad para escoger profesión u oficio (CIA, art. 37), quedan definidos como las “libertades fundamentales”. Así las cosas, por ejemplo, el tratamiento dado a los delitos de violencia y abuso sexual, como penalizables en el victimario es claro por fuera de la ley 1098, pero dentro de ella los artículos 143 a 150, no representan capacidad alguna de coerción, en cuanto a la posibilidad de penalización de menores de 14 años que, en la práctica, son utilizados como intermediarios en la comisión de delitos relacionados con explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes, ESCNNA (ICBF, 2006). De allí que la protección penal de los delitos conexos, no es sino un gran escenario de libre albedrío para un sujeto aun no maduro e irresponsable para ejercer dicha autonomía, o simple libertad de convertirse en víctima o en victimario, en su inmersión dentro de una sociedad de peligro. La ley 1098 no es dirigista sino puramente indicativa en estos aspectos.

A continuación se hace una descripción de los más importantes elementos legales que aporta el Código de Infancia y Adolescencia, a manera de símiles de intermediación que buscan garantizar los derechos del niño, niña o adolescente, tanto en procesos patrimoniales dentro del derecho de familia, como, también, en los que se prevén en el área penal al interior del sistema de responsabilidad penal para adolescentes.

Se trata de vislumbrar, a través de un repaso, los contenidos en estos aspectos dentro de la ley 1098 de 2006, para deducir tras dicho acercamiento los posibles espacios legales que podrían permitir la instauración de figuras de mediación y/o conciliación en dichos procesos de protección y restauración de derechos de niños, niñas y adolescentes.

4.4.1 La conciliación en el Código de Infancia y Adolescencia

En el Código de Infancia y Adolescencia, su capítulo III sobre autoridades competentes para el restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, prevé entre dichas instituciones a las *Defensorías de Familia, las Comisarías de Familia, la Policía de Infancia y Adolescencia y el Ministerio Público*, en el marco del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, SNBF.

El Defensor de familia

Las Defensorías de Familia son dependencias del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de naturaleza multidisciplinaria, encargadas de prevenir, garantizar y restablecer los derechos de los niños, niñas y adolescentes (Ley 1098, art. 79), que cuentan con equipos técnicos interdisciplinarios integrados (por lo menos, un psicólogo, un trabajador social y un nutricionista), cualquiera de los cuales por emitir conceptos que tendrán el carácter de dictamen pericial.

El Defensor de Familia es abogado en ejercicio y con tarjeta profesional vigente, acreditado con título de postgrado en Derecho de Familia, Derecho Civil, Derecho Administrativo, Derecho Constitucional, Derecho Procesal, Derechos Humanos, o en Ciencias Sociales en que el estudio de la familia sea un componente curricular del programa (ibid., art. 80).

Entre sus deberes, expresa la ley (artículo 81, numeral 1), el Defensor de Familia dirige el proceso, vela “por su rápida solución, adoptar las medidas conducentes para impedir la paralización y procurar la mayor economía procesal, so pena de incurrir en responsabilidad por las demoras que ocurran”, además de “hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso”, usando los poderes que el Código le otorga, empleando las facultades que le son propias para, en “materia de pruebas, siempre que estime conducente y pertinente verificar los hechos alegados por las partes y evitar nulidades y providencias inhibitorias” (ibid, num. 5).

Las calidades del Defensor incluyen “guardar reserva sobre las decisiones que deban dictarse en los procesos, so pena de incurrir en mala conducta” que se sancionará con base en el respectivo régimen disciplinario. Debe “dictar las providencias dentro de los términos legales; resolver los procesos en el orden en que hayan ingresado a su despacho, salvo prelación legal; fijar las audiencias y diligencias en la oportunidad legal, y asistir a ellas”.

En general, el Defensor de Familia dictar las medidas de restablecimiento de los derechos para los niños y las niñas menores de catorce (14) años que cometan delitos y asume la asistencia y protección del adolescente responsable de haber infringido la ley penal ante el juez penal para adolescentes (ibid, num 6).

A renglón seguido, el CIA establece (ibid., num 8) que el Defensor ha de “Promover la conciliación extrajudicial en los asuntos relacionados con derechos y obligaciones entre cónyuges, compañeros permanentes, padres e hijos, miembros de la familia o personas responsables del cuidado del niño, niña o adolescente”

Además, deberá aprobar las conciliaciones en relación con asuntos de asignación de la custodia, el establecimiento de las relaciones materno o paterno filiales, la determinación de la cuota alimentaria, otros relacionados con la sociedad conyugal y demás aspectos relacionados con el régimen económico del matrimonio y los derechos sucesorales (ibid, numerales 9 y 10).

Una de las responsabilidades fundamentales del Defensor, de acuerdo con el numeral 11 del mismo artículo 81 del Código, es la de “promover los procesos o trámites judiciales a que haya lugar en defensa de los derechos de los niños, las niñas o los adolescentes, e intervenir en los procesos en que se discutan derechos de estos, sin perjuicio de la actuación del Ministerio Público y de la representación judicial a que haya lugar”, como también, la de “representar a los niños, las niñas o los adolescentes en las actuaciones judiciales o administrativas”, en los casos en los cuales estos carezcan de representante, o dicha persona se halle ausente o incapacitado, o sea eventualmente el mismo “agente de la amenaza o vulneración de derechos” (ibid, numeral 12).

No obstante, esta intermediación de la Defensoría de Familia, como ya se mencionó, se encuentra orientada al ámbito del derecho de familia y en aspectos de reclamaciones de índole económica o de adoptabilidad (Ibid., arts. 119 a 129). Uno es el caso de la fijación de cuota provisional de alimentos (arts. 129 a 139) “siempre que no se logre conciliación”.

Los otros se encuentran en sus funciones (Ibid., art. 82) de:

- “...14. Declarar la situación de adoptabilidad en que se encuentre el niño, niña o adolescente.
- 15. Autorizar la adopción en los casos previstos en la ley.
- 16. Formular denuncia penal cuando advierta que el niño, niña o adolescente ha sido víctima de un delito.
- 17. Ejercer las funciones atribuidas por el artículo 71 de la Ley 906 de 2004.
- 18. Asesorar y orientar al público en materia de derechos de la infancia, la adolescencia y la familia.
- 19. Solicitar la inscripción del nacimiento de un niño, la corrección, modificación o cancelación de su registro civil, ante la Dirección Nacional de Registro Civil de las personas, siempre y cuando dentro del proceso administrativo de restablecimiento de sus derechos se pruebe que el nombre y sus apellidos no corresponden a la realidad de su estado civil y a su origen biológico, sin necesidad de acudir a la jurisdicción de familia”.

Las funciones a que hace alusión en este sentido la Ley 906 de 2004, son aquellas del “querellante legítimo” en el delito de inasistencia alimentaria, como queda claro en el referido artículo 71.

Las Comisarías de familia.

Estas entidades de índole distrital o municipal, o intermunicipal, de carácter administrativo e interdisciplinario, forman parte del Sistema Nacional de Bienestar Familiar. Tienen como misión (Ley 1098, art. 83) “prevenir, garantizar, restablecer y reparar los derechos de los miembros de la familia conculcados por situaciones de violencia intrafamiliar y las demás establecidas por la ley”.

Todos los municipios deben contar al menos con una Comisaría de Familia en proporción a la densidad poblacional y las necesidades del servicio, siendo creadas por los Concejos Municipales. En ellas, el Comisario es un abogado, acompañado de un psicólogo, un trabajador social, un médico y un secretario, todo ello con el apoyo permanente de la Policía Nacional (Ibid., art. 84). En los municipios en donde no fuere posible garantizar dicho equipo humano, el apoyo provendrá de profesionales que trabajen con la infancia y la familia, profesores y psicopedagogos, médicos y enfermeras además de funcionarios del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Un Comisario de Familia tiene las mismas cualidades de un Defensor de Familia y entre sus funciones básicas están las de garantizar, proteger, restablecer y reparar los derechos de los miembros de la familia conculcados por situaciones de violencia intrafamiliar, el restablecimiento de sus derechos, recibir denuncias y adoptar las medidas de emergencia y de protección necesarias en casos de delitos contra los niños, las niñas y los adolescentes, definir provisionalmente sobre la custodia y cuidado personal, la cuota de alimentos y la reglamentación de visitas, la suspensión de la vida en común de los cónyuges o compañeros permanentes y fijar las cauciones de comportamiento conyugal, en las situaciones de violencia intrafamiliar. También, “practicar rescates para conjurar las situaciones de peligro en que pueda encontrarse un niño, niña o adolescente, cuando la urgencia del caso lo demande” (ibid, art. 88).y aplicar las medidas policivas que correspondan en casos de conflictos familiares.

La Policía de Infancia y Adolescencia

La Policía Nacional como entidad integrada al Sistema Nacional de Bienestar Familiar tiene la misión de garantizar la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes en el marco de la ley, a través de un cuerpo especializado que es la Policía de Infancia y Adolescencia, que reemplazó a la Policía de Menores (ibid., art. 88).

La Policía Nacional ,y en especial la Policía de Infancia y Adolescencia, tienen funciones respecto a infantes y adolescentes tales como hacer cumplir las normas y decisiones que para su protección impartan los organismos del Estado, diseñar y ejecutar programas y campañas de educación, garantía y restablecimiento de sus derechos, ejercer labores de vigilancia y control en los lugares de recreación y deporte, establecimientos educativos y demás espacios públicos en donde habitualmente concurren los niños, niñas y adolescentes. Previene la entrada de menores de (14) años a sitios de expendio de bebidas alcohólicas, comercio sexual, juegos electrónicos o a salas de cine, teatros o similares con clasificación para mayores. También, adelanta labores de vigilancia al porte de armas de fuego o corto punzantes, bebidas embriagantes, pólvora, estupefacientes y material pornográfico,

En coordinación con las autoridades judiciales y entidades como el DAS, la Policía de Infancia y Adolescencia brinda apoyo a los Defensores y Comisarios de Familia, como también a Personeros Municipales e Inspectores de Policía en las acciones de protección de los niños, las niñas y los adolescentes y sus familias.

De acuerdo con el Código (Ibid, art. 92), el personal de la Policía de Infancia y Adolescencia deberá tener estudios profesionales en áreas relacionadas con las ciencias humanas y sociales, tener formación y capacitación en derechos humanos y legislación de la infancia y la adolescencia, en procedimientos de atención y en otras materias que le permitan la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes, y no podrán ser destinados a actividades diferentes a las señaladas en la ley 1098, lo cual los convierte en cuerpo especializado.

El Ministerio Público.

La integración de la *Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo, y las personerías distritales* y municipales, tendrá a su cargo, además de las señaladas en la Constitución Política y en la ley, otras funciones relacionadas con los niños, niñas y adolescentes.

El denominado Ministerio Público debe promover, divulgar, proteger y defender los derechos humanos de la infancia en las instituciones públicas y privadas con énfasis en su carácter prevalente y sus mecanismos de protección frente a amenazas y vulneraciones.

Deben estas entidades tramitar de oficio o por solicitud de cualquier persona, las peticiones y quejas relacionadas con amenazas o vulneraciones de derechos de los niños, las niñas y los adolescentes y su contexto familiar, y abogar en forma oportuna e informal, porque la solución sea eficaz y hacer las observaciones y recomendaciones a las autoridades y a los particulares.

Resulta de gran importancia destacar el parágrafo del artículo 95 en la ley 1098, para dar relieve a que “Las personerías distritales y municipales deberán vigilar y actuar en todos los procesos judiciales y administrativos de restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, en aquellos municipios en los que no haya procuradores judiciales de familia”.

El mismo texto añade que las entidades del Ministerio Público, en su conjunto, deberán inspeccionar, vigilar y controlar a los alcaldes para que dispongan en sus planes de desarrollo, el presupuesto que garantice los derechos y los programas de atención especializada para el restablecimiento de dicho derechos cuando estos son vulnerados. Por otra parte, añade el artículo 95 mencionado que “los procuradores judiciales de familia obrarán en todos los procesos judiciales y administrativos, en defensa de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y podrán impugnar las decisiones que se adopten”.

Al determinar el trámite (art. 100), la ley 1098 expresa que “Cuando se trate de asuntos que puedan conciliarse, el defensor o el comisario de familia o, en su caso, el inspector de policía citará a las partes, por el medio más expedito, a audiencia de conciliación”. Esta audiencia prevé plazo en los diez días siguientes y levante de la correspondiente como constancia de lo conciliado y de su aprobación respecto a las obligaciones de protección al menor, obligación provisional de alimentos (Ibid. Arts.111 y 129), visitas y custodia. Todo ello en acuerdo con lo establecido en el Código de Procedimiento Civil.

El artículo 105 posterior prevé la *entrevista del niño, niña o adolescente*, como el medio con el cual el Defensor o el Comisario de familia han de establecer sus condiciones individuales y las circunstancias que lo rodean.

4.4.2 Sistema de Responsabilidad Penal para niños, niñas y adolescentes

El Código de Infancia y Adolescencia prevé una sistematización penal de los delitos de los cuales son víctimas los niños, niñas y adolescentes, y establece los procedimientos para los menores victimarios (Ley 1098, Libro II).

Define el artículo 139 del código:

“El sistema de responsabilidad penal para adolescentes es el conjunto de principios, normas, procedimientos, autoridades judiciales especializadas y entes administrativos que rigen o 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”.

Aun así, los limitantes propios del Código se revelan en la declaratoria de la finalidad del sistema de responsabilidad penal para adolescentes que, tanto en el proceso como las medidas que se tomen (estas) son de *carácter pedagógico*, específico y diferenciado respecto del sistema de adultos, conforme a la protección integral (ibid., art. 140). Aunque

se introduce la visión de que “el proceso deberá garantizar la justicia restaurativa, la verdad y la reparación del daño” (ibid.).

El artículo 142 excluye de la responsabilidad penal a los adolescentes, “sin perjuicio de la responsabilidad civil de los padres o representantes legales, así como la responsabilidad penal consagrada en el numeral 2 del artículo 25 del Código Penal”, como personas menores de catorce (14) años, que “no serán juzgadas ni declaradas responsables penalmente, privadas de libertad, bajo denuncia o sindicación de haber cometido una conducta punible”.

Es así como se determina que “la persona menor de catorce (14) años deberá ser entregada inmediatamente por la Policía de Infancia y Adolescencia ante la autoridad competente para la verificación de la garantía de sus derechos de acuerdo con lo establecido...” La Policía ejerce una labor operativa tendiente a identificar a la persona y recabar información sobre el posible delito “La policía procederá a su identificación y a la recolección de los datos de la conducta punible” (ibid).

El Código de Infancia y Adolescencia acude de inmediato a la inimputabilidad por discapacidad psíquica o mental, al determinar que “tampoco serán juzgadas, declaradas penalmente responsables ni sometidas a sanciones penales las personas mayores de catorce (14) y menores de dieciocho (18) años con discapacidad psíquico o mental, pero se les aplicará la respectiva medida de seguridad” (ibid). Aunque deja un espacio abierto para que “estas situaciones deben probarse debidamente en el proceso, siempre y cuando la conducta punible guarde relación con la discapacidad”. O, simplemente, que el delito cometido no sea punible debido de manera directa a la misma incapacidad probable.

Es el SNBF el encargado de la aplicación de restablecimiento de garantía de los derechos a personas menores de catorce (14) años, que incurran en la comisión de un delito, “sólo se le aplicarán medidas de verificación de la garantía de derechos, de su restablecimiento y deberán vincularse a procesos de educación y de protección dentro del Sistema Nacional de

Bienestar Familiar, los cuales observarán todas las garantías propias del debido proceso y el derecho de defensa” (ibid., art. 143).

Bajo el mismo principio de protección de los derechos “cuando del resultado de una investigación o juicio surjan serias evidencias de la concurrencia de un niño o niña o un adolescente menor de catorce (14) años en la comisión de un delito, se remitirá copia de lo pertinente a las autoridades competentes de protección y restablecimiento de derechos”, es decir a la entidad competente que haga parte del SNBF.

La norma complementaria al Sistema de responsabilidad Penal incluido en la ley 1098 es la Ley 906 de 2004 del Sistema Penal Acusatorio (Ibid., art. 144), exceptuando el articulado que contenga normas “que sean contrarias al interés superior del adolescente”.

En todo caso de diligencias y audiencias que se adelanten estará presente un Defensor de Familia (ibid., arts. 145 y 146), quien en las actuaciones del proceso y en las etapas de indagación, investigación y del juicio, acompañará y verificará la garantía de los derechos del adolescente. Se prevé que las audiencias ante jueces de control de garantías y de conocimiento, “serán cerradas al público si el juez considera que la publicidad del procedimiento expone a un daño psicológico al niño, niña o adolescente”, pudiendo intervenir solo los sujetos procesales. El proceso y la ejecución de medidas se consideran de carácter especial y, por tanto, a cargo de autoridades y órganos especializados en materia de infancia y adolescencia, bajo lineamientos de programas a cargo del ICBF y acordes a los principios de política pública de fortalecimiento a la familia, constitucionales y derivados de tratados, convenios y reglas internacionales relacionados con niñez y adolescencia.

Los adolescentes que cometan delitos tienen derecho al debido proceso penal (art. 151), la presunción de inocencia, el derecho a ser notificado de las imputaciones, el derecho de defensa y de contradicción, el derecho al asesoramiento, el derecho a la presencia de los padres o tutores, el derecho a guardar silencio, el derecho a la confrontación con los

testigos e interrogar a estos, el derecho de apelación ante autoridad superior y, las demás garantías consagradas en la Constitución, los tratados internacionales y, como mínimo, los previstos por la Ley 906 de 2004 (Ibid.).

Según el artículo 153, “Las actuaciones procesales adelantadas en el sistema de responsabilidad penal para adolescentes, sólo podrán ser conocidas por las partes, sus apoderados, y los organismos de control”, quedando bajo reserva la identidad del procesado y prohibido revelar la identidad o imagen de las personas procesadas.

El adolescente durante toda la actuación procesal y aún antes de la imputación debe contar con un apoderado que adelante su defensa técnica y, en caso de no contar con apoderado, el mismo adolescente, el Ministerio Público, o la policía judicial, solicitarán la asignación de un defensor del Sistema de Defensoría Pública de la Defensoría del Pueblo (de acuerdo con arts. 154 a 156).

Por su parte, en el artículo 157, de *Prohibiciones especiales*, se precisa que en estos procesos de responsabilidad penal para adolescentes no proceden los acuerdos entre la Fiscalía y la Defensa. La aceptación de cargos en la audiencia de legalización de la aprehensión o de imputación es precedente para remitir el asunto al juez de conocimiento con el fin de que se fije la fecha para la audiencia de imposición de la sanción. “El juez instará a la Defensoría de Familia para que proceda al estudio de la situación familiar, económica, social, psicológica y cultural del adolescente y rinda el informe en dicha audiencia”.

Hay prevista la *prohibición de juzgamiento en ausencia* (ibid, art. 158), pero en casos de no comparecencia se continuará la investigación y el Defensor Público o apoderado, asumirá plenamente su defensa hasta la acusación o la preclusión.

De igual manera, en el sistema de responsabilidad penal adolescente, la privación de la libertad sólo procede para las personas que al momento de cometer el hecho hayan

cumplido catorce (14) y sean menores de dieciocho (18) años y como medida pedagógica (arts. 159 y 161).

4.4.3 Instituciones del sistema de responsabilidad penal para adolescentes.

Las autoridades y entidades del sistema de responsabilidad penal para adolescentes que instituye este código son las siguientes (Ibid., art. 163):

- “1. Los Fiscales Delegados ante los Jueces Penales para adolescentes, quienes se ocupan de la dirección de las investigaciones en las cuales se encuentren presuntamente comprometidos adolescentes, como autores o partícipes de conductas delictivas.
2. Los Jueces Penales para adolescentes, Promiscuos de Familia y los Municipales quienes adelantan las actuaciones y funciones judiciales que les asigna la ley.
3. Las Salas Penales y de Familia de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial que integrarán la Sala de Asuntos Penales para adolescentes en los mismos tribunales, ante quienes se surte la segunda instancia.
4. La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, ante la cual se tramita el recurso extraordinario de casación, y la acción de revisión.
5. La Policía Judicial y el Cuerpo Técnico Especializados adscritos a la Fiscalía delegada ante los jueces Penales para adolescentes y Promiscuos de Familia.
6. La Policía Nacional con su personal especializado quien deberá apoyar las acciones de las autoridades judiciales y entidades del sistema.
7. Los Defensores Públicos del Sistema Nacional de Defensoría Pública de la Defensoría del Pueblo, quienes deben asumir la defensa técnica del proceso, cuando el niño, niña o adolescente carezca de apoderado.
8. Las Defensorías de Familia del ICBF, y las Comisarías de Familia, o los Inspectores de Policía, cuando deban tomar las medidas para la verificación de la garantía de derechos, y las medidas para su restablecimiento.
9. El ICBF quien responderá por los lineamientos técnicos para la ejecución de las medidas pedagógicas dispuestas en este Libro.
10. Las demás Instituciones que formen parte del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, SBNF”.

Las salas penales de los tribunales serán integradas (ibid., art. 186) por un (1) Magistrado de la Sala Penal y dos (2) Magistrados de la Sala de Familia o en su defecto de la sala Civil, del respectivo Tribunal Superior. En estas salas se surte la segunda instancia de los procesos de responsabilidad penal.

A este sistema se agregan (ibid., art. 164) los *juzgados penales para adolescentes*, previstos para ser creados en todo el territorio nacional dentro de la jurisdicción penal ordinaria. Su competencia es conocer del juzgamiento de las personas menores de dieciocho (18) años y mayores de catorce (14) años acusadas de violar la ley penal. También, conocer de la función de control de garantías en procesos de responsabilidad penal para adolescentes que no sean de su conocimiento.

El Código de Infancia y Adolescencia sostiene que los padres, o representantes legales, son solidariamente responsables, y en tal calidad, deberán ser citados o acudir al incidente de reparación a solicitud de la víctima del condenado o su defensor, citación que deberá realizarse en la audiencia que abra el trámite del incidente. Y, recuerda (ibid., art. 172) que los delitos querellables admiten desistimiento.

También, según el artículo 173, la muerte, la prescripción, la conciliación y reparación integral de los daños cuando haya lugar y la aplicación del principio de oportunidad, son factores de extinción de la acción penal. Principio de oportunidad, que aplica en los delitos con penas menores, o cuando exista una escasa afectación a bienes jurídicos, o como beneficio de colaboración con la justicia o como mecanismo de cooperación internacional.

De forma expedita, el artículo 174 insiste en que las autoridades judiciales deberán facilitar en todo momento el logro de acuerdos que permitan la conciliación y la reparación de los daños, y tendrán como principio rector la aplicación preferente del principio de oportunidad.

La conciliación y la reparación (ibid.) “se realizarán con el consentimiento de ambas partes y se llevarán a cabo con una visión pedagógica y formativa mediante la cual el niño, la niña o el adolescente pueda tomar conciencia de las consecuencias de su actuación delictiva y de las responsabilidades que de ella se derivan. Así mismo, el conciliador buscará la reconciliación con la víctima”.

4.4.4 Sanciones y derechos de los adolescentes con responsabilidad penal

Sanciones a los adolescentes con responsabilidad penal

El contenido del artículo 177, acerca de *sanciones* aplicables a los adolescentes a quienes se les haya declarado su responsabilidad penal, propone: La amonestación, la imposición de reglas de conducta, la prestación de servicios a la comunidad, la libertad asistida, la internación en medio semicerrado o la privación de libertad en centro de atención especializado.

Estas diferentes sanciones “se cumplirán en programas de atención especializados del Sistema Nacional de Bienestar Familiar y deberán responder a lineamientos técnicos diseñados por el ICBF”. Para su aplicación, la autoridad competente deberá asegurar que el adolescente esté vinculado al sistema educativo y el Defensor de Familia, o quien haga sus veces, deberá controlar el cumplimiento de esta obligación y verificar la garantía de sus derechos.

El *internamiento preventivo* (ibid., art. 181), como último recurso, puede ser decretado en cualquier momento del proceso y antes de la audiencia de juicio, cuando el juez de control de garantías, considere que exista: riesgo razonable de que el adolescente evadirá el proceso, temor fundado de destrucción u obstaculización de pruebas, o peligro grave para la víctima, el denunciante, el testigo o la comunidad.

Dicho internamiento preventivo “no procederá sino en los casos en que, conforme a la gravedad del delito sería admisible la privación de libertad como medida se ejecutará en centros de internamiento especializados donde los adolescentes procesados deben estar separados de los ya sentenciados”, no pudiendo exceder de cuatro meses, prorrogable con motivación, por un mes más, término que si concluido por sentencia condenatoria, no se ha dado, “el Juez que conozca del mismo lo hará cesar, sustituyéndola por otra medida como

la asignación a una familia, el traslado a un hogar o a una institución educativa” (ibíd., art. 181).

De acuerdo con los artículos 181 a 187, la privación de la libertad en centro de atención especializada se aplicará a los adolescentes mayores de dieciséis (16) y menores de dieciocho (18) años que sean hallados responsables de la comisión de delitos cuya pena mínima establecida en el Código Penal sea o exceda de (6) años de prisión. Corresponderá a una pena de uno (1) hasta cinco (5) años y, en los casos en que los adolescentes mayores de catorce (14) y menores de dieciocho (18) años sean hallados responsables de homicidio doloso, secuestro o extorsión, en todas sus modalidades, la pena tendrá una duración de dos (2) hasta ocho (8) años.

Si estando vigente la sanción de privación de la libertad el adolescente cumpliera los dieciocho (18) años, esta podrá continuar hasta que este cumpla los veintiún (21) años. En ningún caso esta sanción podrá cumplirse en sitios destinados a infractores mayores de edad, para lo cual los Centros de Atención Especializada tendrán una atención diferencial y separación física, entre los adolescentes menores de dieciocho (18) años y aquellos que alcanzaron su mayoría de edad y deben continuar con el cumplimiento de la sanción.

Derechos de los adolescentes con responsabilidad penal

Además de los derechos consagrados en la Constitución Política, el adolescente privado de libertad tiene los siguientes derechos (ibíd., art. 189):

- “1. Permanecer internado en la misma localidad, municipio o distrito o en la más próxima al domicilio de sus padres, representantes o responsables.
2. Que el lugar de internamiento satisfaga las exigencias de higiene, seguridad y salubridad, cuente con acceso a los servicios públicos esenciales y sea adecuado para lograr su formación integral.
3. Ser examinado por un médico inmediatamente después de su ingreso al programa de atención especializada, con el objeto de comprobar anteriores vulneraciones a su integridad personal y verificar el estado físico o mental que requiera tratamiento.
4. Continuar su proceso educativo de acuerdo con su edad y grado académico.
5. Que se le mantenga en cualquier caso separado de los adultos.

6. Derecho a participar en la elaboración del plan individual para la ejecución de la sanción.
7. Derecho a recibir información sobre el régimen interno de la institución, especialmente sobre las sanciones disciplinarias que puedan serle aplicables y sobre los procedimientos para imponerlas y ejecutarlas.
8. No ser trasladado arbitrariamente del programa donde cumple la sanción. El traslado sólo podrá realizarse por una orden escrita de la autoridad judicial.
9. No ser sometido a ningún tipo de aislamiento.
10. Mantener correspondencia y comunicación con sus familiares y amigos, y recibir visitas por lo menos una vez a la semana.
11. Tener acceso a la información de los medios de comunicación”.

Pero, los procedimientos contenidos en este mismo Código hacen que se den un tipo de derechos frente a la imposición de sanciones. Ellos son, la asistencia de la Defensoría de Familia, o en otros casos del Comisario de Familia.

Por ejemplo, de acuerdo con el articulado 188 y 189, al concluir los alegatos de los intervinientes en la audiencia del juicio oral el juez declarará si hay lugar o no a la imposición de medida de protección, citará a audiencia para la imposición de la sanción a la cual deberá asistir la Defensoría de Familia para presentar un estudio que contendrá por lo menos los siguientes aspectos: Situación familiar, económica, social, psicológica y cultural del adolescente y cualquier otra materia que a juicio del funcionario sea de relevancia para imposición de la sanción. Escuchada la Defensoría de Familia el juez impondrá la sanción que corresponda.

En el caso de contravenciones de policía cometidas por adolescentes serán sancionadas de la siguiente manera (ibid., art. 190): es competente para conocer el proceso y sancionar el Comisario de Familia del lugar donde se cometió la contravención o en su defecto el Alcalde Municipal. Igualmente, las contravenciones de tránsito cometidas por adolescentes entre los 15 y los 18 años serán sancionadas por los Comisarios o en su defecto por el Alcalde Municipal.

El adolescente sorprendido en flagrancia, por parte de la Policía Nacional, será conducido ante el Fiscal Delegado para la autoridad judicial, quien dentro de las 36 horas siguientes lo presentará al Juez de Control de Garantías y le expondrá cómo se produjo la aprehensión.

Este, a su vez, enviará la actuación al juez de conocimiento para que cite a audiencia de juicio oral dentro de los 10 días hábiles siguientes, para continuar con el procedimiento penal vigente y con las reglas especiales del proceso para adolescentes establecidas en el mismo Código de ley 1098.

En el artículo 192, se reitera que en los procesos por delitos en los cuales los niños, las niñas o los adolescentes sean víctimas el funcionario judicial tendrá en cuenta los principios del interés superior del niño, prevalencia de sus derechos, protección integral y los derechos consagrados en los Convenios Internacionales ratificados por Colombia, en la Constitución Política y en esta ley de Infancia y Adolescencia.

Con el fin de hacer efectivos los principios previstos y garantizar el restablecimiento de los derechos, en los procesos por delitos en los cuales sean víctimas los niños, las niñas y los adolescentes la autoridad judicial tendrá en cuenta los siguientes criterios específicos:

1. Dar prioridad a las diligencias, pruebas, actuaciones y decisiones que se han de tomar.
2. Citar a los padres, representantes legales o a las personas con quienes convivan, cuando no sean estos los agresores, para que lo asistan en la reclamación de sus derechos. Igualmente, informar de inmediato a la Defensoría de Familia, a fin de que se tomen las medidas de verificación de la garantía de derechos y restablecimiento pertinentes, en los casos en que el niño, niña o adolescente víctima carezca definitiva o temporalmente de padres, representante legal, o estos sean vinculados como autores o partícipes del delito.
3. Prestar especial atención para la sanción de los responsables, la indemnización de perjuicios y el restablecimiento pleno de los derechos vulnerados.
4. Decretar de oficio o a petición de los niños, las niñas y los adolescentes víctimas de delitos, de sus padres, representantes legales, del Defensor de Familia o del Ministerio Público, la práctica de las medidas cautelares autorizadas por la ley para garantizar el pago de perjuicios y las indemnizaciones a que haya lugar. En estos casos no será necesario prestar caución.
5. Tener especial cuidado, para que en los procesos que terminan por conciliación, desistimiento o indemnización integral, no se vulneren los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes víctimas del delito.
6. Abstenerse de aplicar el principio de oportunidad y la condena de ejecución condicional cuando los niños, las niñas o los adolescentes sean víctimas del delito, a menos que aparezca demostrado que fueron indemnizados.
7. Poner especial atención para que en todas las diligencias en que intervengan niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos se les tenga en cuenta su opinión, su calidad de niños, se les respete su dignidad, intimidad y demás derechos consagrados en esta ley. Igualmente velará porque no se les estigmatice, ni se les generen nuevos daños con el desarrollo de proceso judicial de los responsables.

8. Tener en cuenta la opinión de los niños, las niñas y los adolescentes víctimas de delitos en los reconocimientos médicos que deban practicárseles. Cuando no la puedan expresar, el consentimiento lo darán sus padres, representantes legales o en su defecto el Defensor de familia o la Comisaría de Familia y a falta de estos, el Personero o el Inspector de familia. De perseverar en negativa se acudirá al juez de control de garantías quien decidirá si la medida debe o no practicarse.
9. Ordenar a las autoridades competentes la toma de medidas especiales para garantizar la seguridad de los niños, las niñas y los adolescentes víctimas y/o testigos de delitos y de su familia, cuando a causa de la investigación del delito se hagan necesarias.
10. Informar y orientar a los niños, las niñas y los adolescentes víctimas de delitos, a sus padres, representantes legales o personas con quienes convivan sobre la finalidad de las diligencias del proceso, el resultado de las investigaciones y la forma como pueden hacer valer sus derechos.
11. Abstenerse de decretar la detención domiciliaria, en los casos en que el imputado es miembro del grupo familiar del niño, niña o adolescente víctima del delito.
12. En los casos en que un niño, niña o adolescente deba rendir testimonio deberá estar acompañado de autoridad especializada o por un psicólogo, de acuerdo con las exigencias contempladas en el mismo Código de Infancia y Adolescencia.
13. En las diligencias en que deba intervenir un niño, niña o adolescente, la autoridad judicial se asegurará de que esté libre de presiones o intimidaciones.

El artículo 195 propone como facultades del *Defensor de Familia* que, en los procesos penales por delitos en los cuales sea víctima un niño, niña o adolescente, pueda solicitar información sobre el desarrollo de la investigación, para efectos de tomar las medidas de verificación de la garantía de derechos y restablecimiento pertinentes.

De la misma manera, en el artículo 196, se plantean las funciones del *representante legal de la víctima*, facultados para intervenir en los procesos penales en que se investigue o juzgue un adulto por un delito en el cual sea víctima un niño, niña o adolescente como representante de este, en los términos establecidos en el Código de Procedimiento Penal y para iniciar el incidente de reparación integral de perjuicios.

Los niños y niñas víctimas, tendrán derecho a ser asistidos durante el juicio y el incidente de reparación integral por un abogado(a) calificado que represente sus intereses aún sin el aval de sus padres y designado por el Defensor del Pueblo.

Aun así, en los procesos penales en que se juzgue un adulto por un delito en el cual sea víctima un niño, niña o adolescente, el incidente de reparación integral de perjuicios se

iniciará de oficio si los Padres, Representantes legales o el Defensor de Familia no lo hubieren solicitado dentro de los treinta días siguientes a la ejecutoria de la sentencia (ibid., art. 197).

4.4.5 Contenido esencial del Proyecto de ley 153 de 2010.

El Proyecto de ley en curso, presentado por la senadora Gilma Jiménez, *por medio del cual se modifica el Libro segundo, Título 1, del Código de Infancia y Adolescencia Ley 1098 y se dictan otras disposiciones*, contiene 10 artículos que lo integran, aunque en dos de ellos es que se expresa claramente el espíritu de esta iniciativa legislativa acerca de las penas a adolescentes:

“Artículo 8. Incorpórese el artículo 187A a la Ley 1098 de 2006 que dirá:
ARTICULO 187A- LA PRIVACION DE LA LIBERTAD EN ESTABLECIMIENTO CARCELARIO PARA ADOLESCENTES. En los casos en que los adolescentes mayores de catorce (14) y menores de dieciocho (18) años sean hallados responsables de los delitos de que trata el parágrafo primero del artículo 148 de este código, la privación de la libertad será en establecimiento carcelario para adolescentes y tendrá una duración de cinco (5) hasta quince (15) años. Si estos delitos son cometidos contra niños o niñas menores de catorce (14) años, la sanción podrá ser aumentada hasta en una tercera parte”.

Los delitos a que hace referencia el parágrafo primero en mención, son: homicidio doloso, secuestro, delitos agravados contra la libertad, integridad y formación, sexuales, extorsión, lesiones personales agravadas y hurto calificado.

Continúa el propuesto artículo 8:

“Si estando vigente la sanción de privación de la libertad el adolescente cumpliera los dieciocho (18) años, este deberá continuar el cumplimiento de la sanción separado de los menores dieciocho (18) años. Los adolescentes tendrán una atención diferencial entre los adolescentes menores de dieciocho (18) años y aquellos que alcanzaron su mayoría de edad. Esta atención deberá incluir su separación física al interior del establecimiento carcelario”.

Algunas voces críticas ven en esta propuesta de ley una norma de excesiva coerción y equivocada severidad con base en la premisa de que la privación de la libertad es un factor reformativo de los jóvenes que delinquen. Se ha visto desproporcionada la propuesta de definir entre 5 y 15 años la pena para quienes cometen un delito que, dadas las condiciones, podría llegar a 20 años, lo cual aún no se ha propuesto siquiera contra crímenes de lesa humanidad (Escobar, Civis, 2010). Quizá no exista una relación proporcional entre el incremento del castigo y la conducta adaptativa, más aun si se tienen en cuenta recientes estudios de evaluación de la ley 1098 (Alianza para la Niñez, 2010), que “han mostrado las fallas protuberantes en la aplicación del Código en materia de recursos técnicos y económicos, formación, coordinación institucional, etc.”.

Otro factor de gran importancia a tener en cuenta en la valoración de la propuesta legislativa en mención es “la procedencia de los jóvenes que cometen estos delitos” cuyo *porcentaje mayor de jóvenes que cometían los delitos a penalizar de forma drástica (el año 2006) pertenecían a los estratos socioeconómicos 1 y 2 (Ibid.)*.

El referido proyecto de ley agrega también propuesta acerca de la posibilidad que los padres también sean privados de la libertad:

“ARTICULO TRASITORIO: El Gobierno Nacional dentro de los seis (6) meses siguientes a la expedición de esta ley, tramitará ante el Congreso de la República un proyecto de ley que modifique el Código Penal para establecer los tipos penales en los que incurrirán los padres, representantes legales y adultos que induzcan, constriñan, financien, faciliten o determinen directa o indirectamente, por acción u omisión, a un niño o a un adolescente a cometer cualquier delito, especialmente los señalados en el párrafo primero del artículo 148 de este Código”.

El aludido párrafo del artículo 148 de la ley 1098 se refiere a que:

“Párrafo. Para el cumplimiento de las medidas de restablecimiento de derechos de los menores de 14 años y ejecución de sanciones impuestas a los adolescentes de 14 a 16 años y de 16 a 18 años que cometan delitos, el ICBF diseñará los lineamientos de los programas especializados en los que tendrán prevalencia los principios de política pública de fortalecimiento a la familia de conformidad con la Constitución Política y los Tratados, Convenios y Reglas Internacionales que rigen la materia”.

Se sugiere entonces, en el proyecto en curso, que debe reglamentarse paralelamente la forma en que el ICBF habría de delinear los programas dentro de una política pública en busca del fortalecimiento de la familia con atinencia a los preceptos constitucionales, lo cual es ciertamente de difícil y poca concreción.

4.5 Conclusiones sobre la conciliación en el Código de Infancia y Adolescencia

De acuerdo con la revisión al contenido de la ley 1098, la conciliación aparece como una función de los actores del SNBF, Defensores y Comisarios de familia, pero no ceñida a la definición de origen del concepto de conciliador, inmerso en un escenario de solución de conflictos como tercero neutral y calificado, respaldado por la autoridad del Estado y con poder de decisión en equidad o en derecho (Uprimmy, p. 124). Mucho menos para que los conflictos no lleguen a estrados judiciales.

Los “conciliadores” en el Código de infancia y Adolescencia no representan en esencia un sistema alternativo de justicia por consenso, sino parte del sistema interno de aplicación de la norma en el ámbito de la problemática de niños, niñas y adolescentes. Siendo así, de acuerdo con González de Cancino (1996, p. 36), este tipo de conciliación prevista en el código en cuestión, es un tipo de conciliación *parcial*, puesto que se atiene a lograr mínimos acuerdos temporales en la defensa y restauración de los derechos de infancia y adolescencia. Pero no puede calificarse como *facultativa* o de libre opción, en acuerdo con Cancino (op. Cit., p. 36) También, puede decirse que al interior del sistema de infancia y adolescencia, la conciliación aplica en el campo de los derechos económicos de familia. Es parte de la justicia formal, mas no representa justicia informal. Con todo ello, se ha insinuado que los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, MASC, no son entonces un componente del sistema de infancia y adolescencia en la actualidad. Redistribuyen las cargas labores del sistema de justicia, pero no lo descongestionan dado que hacen parte de un entramado burocrático inherente a los procesos mismos.

Los conciliadores del SNBF representan, en la práctica, un tipo de conciliación *prejudicial*, es decir como paso anterior a cualquier tipo de judicialización, pero no como instancia obligada para poderse dar los procedimientos formales del sistema penal adolescente. No obstante, en el ámbito del derecho de familia y en cuestión de delitos querellables, sí anticipan parte de las soluciones en los procesos de reclamación. Así las cosas, tanto en lo civil como más adelante en lo penal adolescente, la conciliación del sistema nacional de bienestar familiar hace parte de lo querellable e impide tratar de delitos con agravante.

La figura de conciliación propia del SNBF, representa una parte más, un actor del sistema, por tanto lo que avala es la búsqueda, defensa y restauración de los derechos involucrados y para ello es que ha sido instituida por ley. No es una mediación, tampoco, dado que no está representada en un tercero neutral sino en una parte interesada estrictamente por los derechos del niño, niña o adolescente. Más que un facilitador es un testigo, de allí que figuras institucionales como las del Ministerio Público hagan parte de este sistema de “Conciliación”. Además, la definición de mediación la hace parte de lo procesal (MIJ, 2007, p. 26)

Por otra parte, dado que es más característico el perfil de la víctima que el del victimario en el código de infancia y adolescencia, cualquier tipo de mediación o conciliación que se busque en su contenido, pertinente a sus definiciones formales, no irá conducente a la negociación de resarciones por parte del inculcado a las víctimas, sino fundamentalmente a negociar lo más fácilmente querellable.

Tal es la calidad de componente del sistema y no de actor extrajudicial del Defensor de familia, en primer lugar, que debe “emplear las facultades que le son propias” para, en “materia de pruebas, siempre que estime conducente y pertinente verificar los hechos alegados por las partes y evitar nulidades y providencias inhibitorias” (ibid, num. 5), entre un etcétera de funciones que le alejan de una definición purista de conciliación. Es,

realmente, un asistente legal en la protección del adolescente responsable de haber infringido la ley penal ante el juez penal para adolescentes (ibid, num 6).

No obstante, el Defensor de familia promueve la conciliación extrajudicial en algunos casos de derecho de familia (ibid., numerales 8, 9 y 10). Pero, en algunos de “querellante legítimo” (ibid., art. 71).

En un segundo lugar, los Comisarios de familia son una instancia de los mecanismos de protección de derechos en el SNBF, de cualidad característicamente intermediaria en violencia intrafamiliar y aplicación de medidas policivas en conjunto con la Policía de Infancia y Adolescencia.

En un tercer término, la Policía especializada de Infancia y Adolescencia, no es mediadora ni conciliadora, sino previsor, vigilante y de apoyo a Defensores y Comisarios.

En cuanto al Ministerio Público, promueve, divulga, protege y defiende los derechos de todos los ciudadanos y, en este caso, de los no ciudadanos, niños, niñas y adolescentes, en cuanto personas naturales. Su acción intermedia ante las instancias de otras ramas del poder público para abogar por soluciones de parte de las autoridades y los particulares, pero no media ni concilia.

En este sentido, la conciliación en el SNBF y con base en el Código de niños, niñas y adolescentes, se presume más en un nivel macro de coordinación entre los poderes ejecutivo (ICBF), público (las llamadas IAS) y el judicial, que a nivel micro del sistema nacional de bienestar familiar o del mismo sistema de responsabilidad penal adolescente. No obstante, la ley 1098 reitera en su artículo 100 que “cuando se trate de asuntos que puedan conciliarse, el defensor o el comisario de familia o, en su caso, el inspector de policía citará a las partes, por el medio más expedito, a audiencia de conciliación”, esto en asuntos de procedimiento civil.

En asuntos del sistema de responsabilidad penal adolescente, en todo caso de diligencias y audiencias, estará un Defensor de familia en las actuaciones del proceso y en las etapas de indagación, investigación y del juicio, acompañará y verificará la garantía de los derechos del adolescente, ante jueces de control de garantías y jueces de conocimiento (arts. 145 y 146). “Las actuaciones procesales adelantadas en el sistema de responsabilidad penal para adolescentes, sólo podrán ser conocidas por las partes, sus apoderados, y los organismos de control”, de acuerdo con el artículo 153 de la ley 1098, lo cual ratifica el carácter de parte que tiene el Ministerio Público (control) en el sistema.

Ya en el tema de los juzgados penales para adolescentes (ibid., art. 164), aparece la conciliación como un factor de extinción penal (ibid., art. 173), que permita acuerdos y la reparación de los daños con preferencia de la aplicación del principio de oportunidad. En este punto, no entran a actuar los Defensores ni los Comisarios que lo son de asuntos de familia.

Acá la conciliación opta por los mecanismos conciliatorios dispuestos en la justicia alterna como son los de centros de conciliación y abogados conciliadores en derecho (Ley 640 de 2001, art. 5), o estudiante de derecho que curse consultorio jurídico, o Personero municipal o Notario aun cuando no sean abogados titulados, quienes en materia penal actúan jurídicamente, dentro de un mecanismo considerado excepcional para derechos disponibles o negociables que requieren petición del sujeto pasivo para iniciar la acción penal.

Mecanismo este que se considera un sistema voluntario, privado y bilateral de solución de conflictos (MIJ, p. 36) que, no obstante ser requisito de procesabilidad, la decisión final queda en manos de las partes, quienes autónomamente pueden elegir no llegar a un arreglo.

En el sistema de responsabilidad penal del adolescente, los roles de Defensor y de Comisario de familia se orientan, ya se ha dicho, no a algún tipo de mediación o de

conciliación, sino a asistir al adolescente privado de libertad, como parte de los derechos que este tiene.

Reflexiones propositivas.

La conciliación como mecanismo alternativo para la defensa y protección de los adolescentes infractores, obedeciendo a la Ley 1098 es ya un hecho concreto a través de las figuras del Sistema Nacional de Bienestar Familiar y con base en el mencionado Código de Infancia y Adolescencia.

No obstante, la conciliación a que se hace referencia en la mencionada ley no se acoge a una definición intrínseca a los mecanismos alternos de solución de conflictos (MASC), dado que los actores de conciliación se encuentran previstos como acompañamiento del niño, niña o adolescente, dentro de un marco institucional de procedimientos que buscan la solución de discordias en el plano del derecho de familia, en primer lugar. En segundo término, en el marco del Sistema de Responsabilidad Penal Adolescente, las figuras de acompañamiento representan un derecho del adolescente responsable y hacen parte de las instancias del procedimiento penal posterior, a manera de etapa prejudicial que es interna al sistema y no externa, como se espera de mecanismos de justicia alternos.

Se ha descrito el mecanismo conciliatorio y su funcionamiento para su implementación en el momento de la sentencia leve y de la ejecución condenatoria como tal, en los cuales, como se mencionó, la figura de conciliación no corresponde a externos neutrales y mediadores entre las partes, sino a partes en el procesos en el cual son unilateralmente predispuestos a la defensa de los derechos del niño, niña o adolescente, como testigos de la buena aplicación de la ley y los procedimientos instituidos para asegurar y/o restaurar tales derechos.

En un intento de pronóstico, y respecto al proyecto de Ley 153 de 2010 Senado “Por medio de la cual se modifica el Libro Segundo, Título I, del Código de Infancia y Adolescencia - Ley 1098 de 2006 y se dictan otras disposiciones”, presentado por la senadora Gilma Jiménez, que busca endurecer las penas a los adolescentes infractores, se pueden prever dos tipos de resultado. En caso de aprobación, las condenas propuestas en dicho proyecto sobrepasan los límites previstos en la ley de Infancia y Adolescencia en su parte penal y el espíritu educativo y pedagógico de esta ley queda como una serie de principios a olvidar. En caso de que el proyecto no se convierta en ley de la República, permanecen expeditos los mecanismos conciliatorios de la ley actual, como ya se ha observado, orientados solo a delitos menores y graves faltas, sin agravantes.

Algunas reglamentaciones a las normas vigentes y al mismo Código de niñez y adolescencia podrían enfatizar en el uso de figuras como las Casas de Justicia (Decreto 1477 de 2000), orientadas a facilitar el acceso de las comunidades a servicios de justicia formal y no formal para lograr la resolución pacífica de conflictos y el fortalecimiento de la convivencia, atendiendo las querellas y procurando una solución rápida de los conflictos generados por la violación de la ley en delitos menores como precedente de conocimiento de la Fiscalía en casos que no alcancen conciliación.

Los procedimientos del sistema penal acusatorio no están todos previstos para el sistema penal adolescente. Las audiencias del sistema penal acusatorio, como son la audiencia de formulación de imputación, la de formulación de acusación, la preparatoria del juicio oral; la de juicio oral y la de reparación integral y sentencia. Las audiencias preliminares, como la de formulación de imputación o medida de aseguramiento; la de formulación de acusación; la preparatoria; la de juicio oral y la de reparación integral y sentencia, en un caso extremo en el cual las reformas penales posibles convirtieran al adolescente en materia penal del régimen de adultos, contendría también el acompañamiento de figuras como el Defensor que más allá de una mediación o función conciliatoria posible ejercen de acompañamiento de resguardo y/o restauración de los derechos del adolescente infractos en Colombia.

Otro elemento a tener en cuenta es que el Código de Infancia y Adolescencia parte de la base que se hace en todo momento aplicación de una especie de justicia restaurativa y esto, mediando la voluntad de la víctima, en que no se espera que esta tenga la expectativa de una justicia retaliatoria sino que comprenda el valor de la mediación de actores del sistema cuya contribución conduce a que la relación de víctima con victimario sea de conciliación.

Dada esta circunstancia de ambiente entre las parte de no conflicto y de aceptación de las circunstancias propias del victimario, no justificatorias, ello ha de significar en esencia una práctica real del principio de oportunidad, logrado por las partes mismas.

La víctima ha de considerar la reparación integral, que en el SRPA depende que se puedan desarrollar dichas figuras de justicia restaurativa cumpliendo un carácter pedagógico, específico y diferenciado propio del sistema. Ya que el objetivo no es reprender al adolescente sino lograr que este entienda que cometió un error y no vuelva a cometerlo, la asistencia de la víctima para ser reconocida como tal, de participar en las audiencias públicas previstas en la ley y de contribuir a que haya propuestas de mediación, conciliación preprocesal o conciliación procesal, factibles y viables, configura un ambiente propio de restauración y reparación.

Por otra parte el SRPA, busca que el victimario adolescente participe de manera activa en la búsqueda de una solución al conflicto y de reconciliación con la víctima y buscar la reconciliación asumiendo responsablemente la ejecución de la sanción.

Dado un ambiente como el previsto por el Código de Infancia y adolescencia, en el cual los mediadores logran que la víctima concilie sus demandas de restauración con las resarciones ofrecidas por el infractor, reconociendo el daño causado también a su familia y a la comunidad, y el posterior proceso pedagógico que le sean brindados para su reincorporación familiar y social, todo este conjunto configura la concreción del objetivo

fundamental de las instituciones estatales en cumplimiento de su parte corresponsable con la familia y la sociedad.

El logro último de un acuerdo conciliatorio con la mediación de los actores del sistema, configura en la práctica, como ya se mencionó, la aplicación interpartes del principio de oportunidad que el SRPA no reserva solo para instancias posteriores. Las partes al conciliar deciden dar por solucionado el problema motivo de conciliación preprocesal.

Ya en términos de conciliación procesal, la legislación, que erige como principio rector, que los principios están por encima de la ley, prevé la aplicación del principio de oportunidad por parte de los operadores del sistema y privilegiando su aplicación en un marco de pedagogía, orientación y educación del victimario teniendo en cuenta los intereses de las víctimas.

Pero, cosa diferente es respecto a la solución de los casos según la ley 906 de 2004 para enjuiciamiento penal de los adultos. La Fiscalía General de la Nación hizo inclusión del principio de oportunidad en el SRPA con la creación de la ley 1098, al considerar a los adolescentes sujetos titulares de derechos y en su artículo 198 expresó que no procedería la extinción de la acción penal en aplicación de este principio para los casos de reparación integral de los perjuicios, en el marco de penalización de adultos mediando la aplicación de la Código de Procedimiento Penal o Ley 906.

BIBLIOGRAFÍA

Alianza para la niñez (2010). *Evaluación del Código de Infancia y Adolescencia. Alianza por la Niñez*. En: Escobar Hernández, Jorge. Más castigo y menos garantía de derechos para los adolescentes y jóvenes, Lunes 11 de octubre. [consulta marzo 25]. Disponible en: <http://civis.se/Mas-castigo-y-menos-garantia-de>

Ariza Santa María, Rosembert (2011). *Antecedentes de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, MASC. Antecedentes históricos en Colombia*. [consultado 4 de feb, 2011]. Disponible en: <http://masc.usta.edu.co>

Barusch Busch, Robert y Folger, Joseph P. (1992) *La promesa de la mediación. Cómo afrontar el conflicto mediante la revalorización y el reconocimiento*. Ed. Granica, pp. 19 y ss.

Caram, María Elena. “*Hacia la Mediación Penal La Ley 20/03/2000*”.

CCJ. (2004) Diario El Heraldó, 8 de Noviembre de 2007

Colombia (1998), *Constitución Política*, Bogotá, Legis.

Colombia (2006), *Código de la infancia y la adolescencia*, Ley 1098 noviembre 8 de 2006, Bogotá, Legis.

De Roux. G. (2001), “*Hacia una política de formación para la convivencia*”. En Educar en medio del conflicto. Experiencias y testimonios. Retos de esperanza. Medellín: Banco Mundial y Gobernación de Antioquia.

- Gaitán, Fernando. (1995), “*Una indagación sobre las causas de la violencia en Colombia*”, en *Dos ensayos especulativos sobre la violencia en Colombia*, Fonade-DNP, Bogotá.
- González de Cancino, Emilssen. (1996) *La conciliación en el derecho de familia*. FES - AID, Santafé de Bogotá, p. 36
- Guillien, Raymod y Vincent, Jean. (1990) *Diccionario jurídico*. Temis, p. 86
- ICBF-UNICEF-OIT-IPEC, Fundación Renacer (2006). *Plan de Acción Nacional para la Prevención y Erradicación de la Explotación Sexual Comercial de Niñas, Niños y Adolescentes*, ESCNNA, menores de 18 años, 2006 – 2011
- Ila, Paula Andrea (2009). *Algunos elementos reflexivos para comprender la situación de la primera infancia en contextos de vulnerabilidad*. Foro Mundial de Grupos de trabajo por la Primera Infancia Sociedad Civil.-Estado Cali, Colombia 1 al 7 de noviembre, pp. 74, 72-81
- Jaramillo, Mario. (2006) *Justicia por consenso. Introducción a los sistemas alternos de solución de conflictos*. Serie Investigaciones. Universidad Sergio Arboleda, Atlas Economic Research Foundation 1996-2006, pp. 37 y ss.
- Jiménez, Gilma (2010) *Adolescentes delincuentes deben ser castigados*. Sala de Prensa del Senado. Disponible en: www.gilmajimenez.com/book/export/html/32
- Lederach, Juan Pablo (1998). *Construyendo la paz. Reconciliación sostenible en sociedades divididas*. Bakeoz, 1998, pp. 20-34 y 35-65
- LEY 1098 (2006). *Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia*.

Ley 1153 (2007). *Por medio de la cual se establece el tratamiento de las pequeñas causas en materia penal.*

López Faura Norma V. (1999), “*Mediación Penal en Infractores: una utopía en Argentina*”. En Revista La Ley. Suplemento De Resolución Alternativa de Conflictos, de fecha 18 de Septiembre de 1999.

Matz, David. (1996) *Qué pasa en la mediación: una mirada a la caja de herramientas del mediador. Mediación: una transformación en la cultura*, Editorial Paidós, Buenos Aires. En: Gotheil, op. Cit., pp. 53 y ss.

MIJ. (2007) *Guía institucional de conciliación en penal*. Ministerio del interior y de justicia

ONU (2005). *Coalición contra la vinculación de niños, niñas y jóvenes al conflicto armado en Colombia, Informe Alterno al Comité de los Derechos del Niño*, septiembre.

Rodríguez, Ernesto. (2004), “*Jóvenes y violencia en El Salvador: ¿enfoque de riesgo o enfoque de oportunidades?*” Síntesis de la presentación realizada en el marco del Foro Permanente sobre Violencia dinamizado por el PNUD en San Salvador el 28 de octubre del 2004. Foro Permanente sobre Violencia. PNUD, San Salvador, 28 de Octubre de 2004.

Rubio, Mauricio. (1996), “*Capital social, educación y delincuencia juvenil en Colombia*”. Documentos CEDE 96-02. Artículo Revista Biblioteca de los Andes, Bogotá, núm 43 del mes de abril, p.38.

Schiffrin, Adriana (1996). *La mediación; aspectos generales*. En Gotheil, Julio y otros. *Mediación: una transformación en la cultura*. Editorial Paidós, 1996, capítulo 2, p. 39

Shaw, Margaret. *“Invirtiendo en los jóvenes 12-18 años: enfoques internacionales para prevenir el crimen y la victimización”*. Centro Internacional para la Prevención del Crimen, CIPC. Montreal, 2001.

SIERJU. *Sistema de Información Estadístico de la Rama Judicial- SIERJU*, División Estadística, 2010. Disponible en: www.alianzaporlaninez.org.co/mod/blog/everyone.php

Suárez, Marines (1996). *La noción del conflicto en mediación*. En: *Mediación: conducción de disputas, comunicación y técnicas*. Paidós, *Mediación 4.*, primera edición, pp. 69-89

Tula, Antonio, *“Cataluña y La Mediación En Materia Penal De Menores”*. En *Revista La Ley. Suplemento de Resolución Alternativa de Conflictos*, de fecha 18 de septiembre de 1999.

UN. Niñez. Estado de Arte, Bogotá, 1990-2000 (2003). *“Niñez Bogotana: Situación y Políticas públicas 1990-2000”*. Departamento Administrativo de Bienestar Social. Colección de estados de arte-Bogotá. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá, p. 21.

Uprimmy, Rodrigo (1994) *Justicia y resolución de conflictos: la alternativa comunitaria*. En *Comunidad, conflicto y conciliación en equidad*. Plan Nacional de Rehabilitación, p. 108

Zaffaroni, Alagia, Slokar, *“Derecho Penal, Parte General”*, 2 Edición. Ed. Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 6.

CIBERGRAFÍA

“La mediación penal como método alternativo de 1 derecho y cambio” (2008) [en línea], disponible en: El Pulso (2006, octubre), “Nueva ley de infancia en Colombia” [en línea], disponible en <http://www.periodicoelpulso.com/html/oct06/general/>

http://www.paho.org/spanish/ad/fch/ca/ca_comunicacion.violen... - 79k, recuperado: 26 de octubre de 2010.

<http://www.semana.com/noticias-politica/menores-endurecer-pe...>, recuperado el 17 de noviembre de 2010.

http://www.siju.gov.co/earte/index.php?opt=1&accion=2&rae_id=43 - 79k, recuperado el 25 de octubre de 2010.

BEO. Boletín Emancipación Obrera No. 236. http://issuu.com/guimo55/docs/boletin_emancipaci_n_obrera_nro._236__diciembre_11.

ICBF (2008) “*Estado del arte del conocimiento producido sobre jóvenes en Colombia...*” (2004) [en línea]. Disponible en: “Estudio previos conflicto con la ley” (2008) [en línea], disponible en: <http://www.icbf.gov.co/espanol/narino/2008/cp003/>, recuperado: 26 de octubre de 2010.

Escobar Hernández, Jorge. (2010) Más castigo y menos garantía de derechos para los adolescentes y jóvenes, Lunes 11 de octubre. [consulta marzo 25]. Disponible en: <http://civis.se/Mas-castigo-y-menos-garantia-de>

Jair Vega Casanova (2006) “*Programas Prevención Violencia Medios-Untitled*” [en línea], disponible en:

ONU (2005). Coalición contra la vinculación de niños, niñas y jóvenes al conflicto armado en Colombia, Informe Alterno al Comité de los Derechos del Niño, septiembre.

Parody, Gina (2010) “*Ley de infancia y adolescencia*” [en línea], disponible en: http://www.derechoycambiosocial.com/revista022/mediacion_pen..., recuperado: 26 de octubre de 2010.

Revista Semana. (2010), “*Menores: ¿endurecer las penas si disminuye los delitos?*” [consulta octubre 14]. Disponible en: www.ginaparody.com/leyes/ley-infancia-adolescencia.

Robledo Gómez, Angela María (2011) *Jóvenes en Colombia más víctimas que victimarios*. Periódicos La Patria y La Nación, [consulta marzo 15]. Disponible en: www.alianzaporlaninez.org.co/mod/blog/everyone.php