

El Consejo Superior de la Judicatura, a través de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, centro de formación inicial y continua de administración de justicia, en los términos del artículo 177 de la Ley 270 de 1996, desarrolla anualmente el Plan de Formación de la Rama Judicial para el fortalecimiento permanente de las competencias cognitivas y humanas de los servidores judiciales.

La formación judicial, como parte de los procesos de apropiación social del conocimiento, es una construcción conjunta entre formadores, discentes y autores de los materiales académicos para fortalecer las capacidades y habilidades de los funcionarios y empleados judiciales, enfocada a la práctica judicial para brindar una administración de justicia adecuada, pronta y efectiva para los ciudadanos, de cara a la realidad social colombiana.

Los módulos de formación autodirigida son materiales académicos que están a disposición de la comunidad judicial para permitir la actualización permanente de los servidores judiciales y facilitar el cumplimiento misional en las diferentes áreas básicas y especializadas de las distintas jurisdicciones, con el apoyo invaluable de la Red de Formadores, bastión fundamental de la formación judicial.

Mary Lucero Novoa Moreno
Directora
Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”



Área
de Formación
Continua con Énfasis
en Oralidad

MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO
PLAN DE FORMACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL

MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA EN EL ÁREA PENAL; SOBRE EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES

Lectura Multidimensional del Sistema
de Responsabilidad Penal para Adolescentes



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

Escuela Judicial
“Rodrigo Lara Bonilla”

MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
EN EL ÁREA PENAL; SOBRE EL SISTEMA
DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA
ADOLESCENTES

LECTURA MULTIDIMENSIONAL DEL SISTEMA
DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES

PLAN DE FORMACIÓN
DE LA RAMA JUDICIAL

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

MAX ALEJANDRO FLÓREZ RODRÍGUEZ
Presidente

DIANA ALEXANDRA REMOLINA BOTÍA
Vicepresidenta

GLORIA STELLA LÓPEZ JARAMILLO
MARTHA LUCÍA OLANO DE NOGUERA
ÉDGAR CARLOS SANABRIA MELO
JORGE LUIS TRUJILLO ALFARO
Magistrados

ESCUELA JUDICIAL
"RODRIGO LARA BONILLA"

MARY LUCERO NOVOA MORENO
Directora



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

Escuela Judicial
“Rodrigo Lara Bonilla”

ESTANISLAO ESCALANTE BARRETO
MANUEL ENRIQUE LÓPEZ BETANCURT

MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
EN EL ÁREA PENAL; SOBRE EL SISTEMA
DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA
ADOLESCENTES

LECTURA MULTIDIMENSIONAL DEL SISTEMA
DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
ESCUELA JUDICIAL “RODRIGO LARA BONILLA”

ISBN: 978-958-5570-03-0

© **CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, 2019**

Derechos exclusivos de publicación y distribución de la obra

Calle 11 No. 9A-24 piso 4

www.ramajudicial.gov.co

Impresión: Imprenta Nacional de Colombia

Carrera 66 No. 24-09. Tel. 457 8000

www.imprenta.gov.co

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

TABLA DE CONTENIDO

SINOPSIS PROFESIONAL Y LABORAL DE LOS AUTORES.....	10
JUSTIFICACIÓN	12
UNIDAD 1	
APLICACIÓN DE PRINCIPIOS INTERNACIONALES, BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y PRINCIPIO DE CONVENCIONALIDAD	25
INTRODUCCIÓN.....	35
UNIDAD 2.	
EL ENFOQUE DE JUSTICIA RESTAURATIVA EN EL SRPA	59
INTRODUCCIÓN.....	62
UNIDAD 3.	
LA DIMENSIÓN SUSTANCIAL Y DOGMÁTICA DEL SRPA.	121
INTRODUCCIÓN.....	121
UNIDAD 4.	
LA DIMENSIÓN PROCESAL DEL SRPA	175
INTRODUCCIÓN.....	175
UNIDAD 5.	
DIMENSIÓN SOCIOLÓGICA O EMPÍRICA DE LA APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS SANCIONATORIAS EN EL SRPA	211
INTRODUCCIÓN.....	211

CONVENCIONES

<i>Og</i>	<i>Objetivo general</i>
<i>Oe</i>	<i>Objetivo específico</i>
<i>Co</i>	<i>Contenidos</i>
<i>Ap</i>	<i>Actividades pedagógicas</i>
<i>Ae</i>	<i>Autoevaluación</i>
<i>Ec</i>	<i>Estudio de caso</i>
<i>Epap</i>	<i>Ensayo pedagógico de análisis problémico</i>
<i>J</i>	<i>Jurisprudencia</i>
<i>B</i>	<i>Bibliografía</i>

SINOPSIS PROFESIONAL Y LABORAL DE LOS AUTORES

Estanislao Escalante Barreto

Abogado, Doctorando en Derecho PhD (c) de la Universidad de Salamanca en España, Investigador en Ciencias Jurídico-penales, Criminología, Ciencias Sociales, de la Educación y Pedagogía. *Magíster en Derecho* y Especialista en “Instituciones Jurídico Penales” de la Universidad Nacional de Colombia. Magíster oficial en estudios de “Corrupción y Estado de Derecho” y Especialista en “Teoría jurídica del delito” de la Universidad de Salamanca-España, Magíster en Pedagogía en la línea de investigación en Docencia Universitaria de la Universidad de la Sabana y Diplomado en “Sistema Acusatorio, Argumentación, Medios de Convicción en Violación a DDHH, DIH, y Ciencias Forenses” de la Universidad Nacional de Colombia; director de la Escuela de Investigación en Criminologías Críticas, Justicia Penal y Política Criminal “Luis Carlos Pérez” y del observatorio de “Medios de Comunicación, Justicia Penal y Política Criminal”.

Manuel Enrique López Betancurt

Abogado experto en Derechos Humanos y en Derechos de la Niñez. Egresado del Curso Interamericano de Derechos Humanos y Derechos de la Infancia, coordinado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, en San José de Costa Rica, 1998.

Cuenta con una trayectoria de 25 años en el acompañamiento de procesos sociales tendientes al mejoramiento de la convivencia y a la plena vigencia de los derechos humanos, en especial, los referidos a la niñez, la adolescencia y la juventud. Esta labor ha sido realizada en comunidades negras y campesinas de la región de Urabá y otras regiones colombianas, así como en procesos de protección de los niño(as) y adolescentes frente a la vinculación a la delincuencia y al conflicto armado, en diferentes ciudades colombianas y específicamente en la ciudad de Medellín; destacándose una labor en acompañamiento a comunidades, implementación de políticas públicas y en procesos de formación dirigidos a líderes comunitarios y funcionarios de los más diversos niveles.

Con un amplio reconocimiento a nivel nacional e internacional ha participado en diferentes eventos académicos enfocados a la protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en especial, aquellos que por sus condiciones sociales han vivido una mayor discriminación y marginalidad. De igual manera, ha sido invitado a conocer

diferentes propuestas de trabajo con adolescentes y jóvenes vulnerables en Honduras (CICR), Perú (Terre des hommes) Brasil (D´Base y Judicatura), Barcelona; España (Ayuntamiento y Centro Camp Llupiá), entre otros. Ha participado de diferentes eventos internacionales como las conferencias del Observatorio Internacional de Justicia Juvenil 2008, 2010 y 2012, así como los Congresos Mundiales de Justicia Juvenil restaurativa realizados en Lima en 2009 y Ginebra en 2015.

En desarrollo de estas acciones se destacan las siguientes publicaciones: *Módulos para la formación de jóvenes en derechos humanos, manejo de conflictos y participación juvenil*. Corporación Región. UNICEF. ICBF, 1997; *Manual de capacitación de líderes para la convivencia*. Personería municipal de Itagüí, 2001; *Técnicas de la Paciencia. Elementos para la resolución pacífica de conflictos*. Corporación Región, 1999; *Derechos de la infancia. Referentes para la atención a la niñez desplazada*. Corporación Región. Federación antioqueña de ONG, 2002; *Manual de formación para conciliadores en equidad*. Ministerio de Justicia y Corporación Región, 2003; *Cartillas derechos de la niñez. Viviendo los derechos*. Juego 4 cartillas. Personería de Medellín, 2010. De igual manera, coordinó los informes derechos de infancia municipio de Medellín entre 2005 a 2012; los diagnósticos sociosituacionales de los niño(as) y adolescentes vinculados al SRPA en los departamentos de Risaralda. (Universidad Libre de Pereira - ICBF Risaralda, 2010) y Santander (Gobernación de Santander – ONUDC, 2014) y se desempeñó como Coordinador de la investigación sobre el fenómeno de la vinculación de los niños y adolescentes al conflicto armado urbano, liderado por el Observatorio de Ciencia y Tecnología, de la Universidad Javeriana, sede Bogotá, entre 2004-2005. Se desempeñó como Asesor en temas de Justicia juvenil para UNICEF/ Colombia (2013-2017).

JUSTIFICACIÓN

El Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes implementado en Colombia en 2006 es un sistema especial y diferenciado cuyos fundamentos se sostienen desde las raíces más íntimas del constitucionalismo contemporáneo. Su estructura, legitimación y comprensión implican un tratamiento acorde con la concepción del niño menor de edad como un sujeto de derechos, como ciudadano actor social de políticas públicas, en perfecta armonía con estándares internacionales y el mayor grado de juridicidad iusfundamental y garantista.

Sin embargo, el planteamiento no es una novedad y lleva varias décadas tratando de consolidarse sin lograrlo todavía. A finales de los años ochenta e inicio de los noventa, en el plano internacional, tomó especial relevancia la reivindicación real y material de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes en un texto normativo. Con la Proclamación de la Convención de los Derechos del Niño en 1989 se reivindicó y se presentó una respuesta multilateral a la grave vulneración sufrida históricamente por esta población vulnerable, a pesar de los avances normativos de la época, todavía no contaban con mecanismos idóneos que garantizaran su desarrollo y supervivencia.

A partir de dicho instrumento internacional se cimentaron e implementaron los principios que rigen la protección constitucional de la infancia en la actualidad, esto es, el interés superior, el respeto a las opiniones del niño, derecho a la vida, desarrollo y supervivencia, protección prevalente, la no discriminación y se superó la denominada doctrina de la situación irregular que desafortunadamente se encuentra tan arraigada en la memoria de los funcionarios que trabajan en la protección de derechos de la infancia y la adolescencia.

A partir de entonces se pasó de la concepción del niño, la niña y los adolescentes como objetos del derecho a ser sujetos de derecho, de la doctrina de la situación irregular a la doctrina de la protección integral. Todo lo cual tiene importantes repercusiones en la teoría y la práctica del sistema penal juvenil.

Esta convención fue aprobada en Colombia por medio de la Ley 12 de 1991 y en ella se incorporó la perspectiva internacional sobre los derechos de la infancia y su esencia constitucional iusfundamental. Esta

visión resultaría ser coherente con la fórmula política del Estado Social de Derecho establecida en la Constitución Política de Colombia, en el artículo 1, y marcado la pauta para que diferentes sectores desarrollen medidas materiales de protección y realización de los derechos, no obstante, sigue siendo una tarea por terminar.

La Corte Constitucional colombiana, en la sentencia C-203/2005, dio el primer paso para desarrollar la protección integral establecida en la Convención, dando las primeras orientaciones para comprender el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes y abriéndole el paso al Código de la Infancia y Adolescencia, Ley 1098 de 2006, por la cual se estableció una configuración legal más acorde a los principios de protección y garantía de derechos acorde con un modelo constitucional propio de las democracias constitucionales contemporáneas.

Este ámbito de protección de los niños, niñas y adolescentes es de especial importancia ya que la protección a la infancia es uno de los principales criterios, a tener en cuenta, para la configuración material de un Estado Constitucional Social de Derecho, por lo que es imprescindible que los jueces y abogados tengan un conocimiento amplio sobre la materia, la cual no puede ser entendida como un ámbito de control social de una población vulnerable, pero tampoco como un ámbito estrictamente legal, sino que su contenido y sentido están mediados a partir de la comprensión constitucional de protección de derechos, de la constitución material e interés internacional de brindar máxima protección iusfundamental para el logro permanente de justicia material, equidad y protección para una población históricamente vulnerable en nuestro país.

No obstante lo anterior, el planteamiento teórico, práctico, académico y social nos traza un problema que no es solamente normativo, sino que se trata de un problema más complejo, el problema de la infancia y la adolescencia es un problema multidimensional y de comprensión de su sentido. El trabajo que se presenta en esta oportunidad tiene como propósito plantear las coordenadas de un problema académico, político y social que se tiene que empezar a observar en toda su complejidad, pues estamos acostumbrados a escuchar y leer el tema desde perspectivas desarticuladas o dominantes.

Esta comprensión se articula de manera coherente con el modelo y el plan de formación de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, dado que se espera aportar planteamientos pedagógicos y valorativos, desde la práctica judicial, que permitan forjar un planteamiento constitucional crítico

por parte de los sujetos de interacción pedagógica de la Rama Judicial, de manera que a partir de la lectura del texto y las prácticas pedagógicas en él construidas, llegue a una comprensión integral del sistema, a la sensibilización sobre los problemas de la infancia, al tiempo que pueda tener nuevas herramientas de interpretación, aplicación y argumentación para la solución de los problemas que se encuentran en la práctica laboral y profesional. Estas herramientas se plantean como un marco de construcción, respeto y promoción de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, con lo que se espera contribuir al tan anhelado Estado Social de Derecho.

Breve resumen del módulo

La Ley 1098 de 2006 estableció en el libro segundo el Sistema de Responsabilidad Penal para los Adolescentes en conflicto con la ley penal, al tiempo que indicó como principio rector la integración de principios, valores constitucionales y el bloque de constitucionalidad. Posteriormente, especificó que, salvo reglas especiales establecidas en esa misma ley, el procedimiento penal para los adolescentes se rige por las normas consagradas en la Ley 906 de 2004, exceptuando aquellas que son contrarias al interés superior del adolescente (art. 114).

Como consecuencia de la conducta punible se establece que, para los menores de edad y mayores de catorce años, el proceso y toda medida que se adopte es de carácter pedagógico, específico y diferenciado respecto del sistema de adultos y conforme a la protección integral. Al tiempo que se especificó que la consecuencia del injusto realizado por el adolescente con discapacidad psíquica o mental es la imposición de la respectiva medida de seguridad.

Al abordar el Código Penal, en la parte general, se prescribe que los menores de dieciocho años estarán sometidos al sistema de responsabilidad penal juvenil (art. 33), de acuerdo con lo cual, los adolescentes en este rango de edad son responsables penalmente, pero en un sistema especial y diferenciado.

Como se observa, al describir el punto de partida del SRPA identificamos un plexo normativo complejo. En efecto, al descomponer e identificar sus subsistemas, observamos que se habla del SRPA como un sistema constitucionalizado, de principios y de derechos humanos, del principio del interés superior, de la conducta punible y sus consecuencias, del procedimiento aplicable y de las medidas pedagógicas en el marco de la protección integral.

En la bibliografía especializada y en términos generales, cuando se abordan estos tópicos se suele hacer de manera individual y como si se tratara de elementos no integrados o aislados. El módulo que se presenta en esta oportunidad, a los funcionarios y empleados de la Rama Judicial, tiene un propósito integrador, una visión multidimensional del problema para comprender, constitucionalmente, el SRPA.

Como se observará, cuando se hace referencia a los principios orientadores se deben integrar los principios y normas rectoras del Código Penal, del Código de Procedimiento Penal, de la Constitución, el bloque de constitucionalidad y los principios que cobijan a la infancia y la adolescencia en la Convención de los Derechos de los Niños y las Niñas, lo cual incluye un principio pedagógico y restaurativo. De manera que el SRPA es quizá una de las áreas del derecho más constitucionalizada del ordenamiento jurídico en la actualidad.

Este postulado se aplica para todas las categorías normativas, las categorías dogmáticas, las procesales, pedagógicas y de protección integral, de manera que los contenidos y discursos que se tejen alrededor de la adolescencia en conflicto con la ley penal no pueden seguirse haciendo e interpretando de manera aislada.

La mirada de la infancia y la adolescencia debe ser una mirada inter y transdisciplinar, integral, sistémica y teniendo como referente a los adolescentes como sujetos de derechos prevalentes y de protección constitucional reforzada.

Para aproximarnos a este propósito, desde el punto de vista metodológico, en este módulo de formación autodirigida se aborda el problema de la infancia y la adolescencia desde múltiples dimensiones de manera integrada. El reto es enorme al tratarse de un campo complejo, el lector comprenderá que en esta oportunidad se hará una síntesis del sistema que permita tener una comprensión global del mismo con apertura a ventanas y espacios para que el observador profundice cada tema en los módulos de formación especializada de la EJRLB, la jurisprudencia y la doctrina.

En este contexto, en la estructura del documento se tendrán en cuenta los diversos módulos que la EJRLB ha editado en el plan de formación, al tiempo que con base en ellos se plantearán nuevos temas, formas de comprensión, nuevos problemas o se profundizará en viejos problemas que aún están en discusión. De acuerdo con lo anterior, el documento que el lector tiene en sus manos implica un trabajo pedagógico con pretensión

de integración, de síntesis pedagógica del plan de formación en temas de infancia y adolescencia, al tiempo que plantea novedades relacionadas con campos que se han desarrollado en la jurisprudencia y otros que no se han abordado en el plan de formación y tampoco en la literatura sobre el tema en la actualidad. Ejemplo de ello, es el desarrollo que se hace sobre el fundamento de la responsabilidad penal de los adolescentes y la superación de la concepción de los menores de 18 años y mayores de 14 como inimputables o del proceso penal como escenario comunicativo y de acción pedagógica en el sistema.

Se resalta también la importancia de diferenciar y reconocer de qué se trata el proceso administrativo de restablecimiento de derechos frente al proceso restaurativo, pues como se observó en diversos momentos del proceso de investigación, es un error común que los servidores públicos del sistema asuman el proceso administrativo de restablecimiento de derechos como un sustituto del proceso restaurativo, lo que ha generado no pocas confusiones de tipo jurídico y ha reducido la justicia restaurativa solamente al trabajo con el adolescente o joven transgresor y se ha olvidado que este proceso tiene que reflejarse en la relación del transgresor con la víctima y la acción de reparación concreta en favor de esta junto con la garantía de no repetición.

El trabajo tiene un propósito adicional, se trata de brindar una panorámica del SRPA con sus principales características y problemas. Desde la perspectiva pedagógica busca ser una herramienta de aprendizaje práctica y reflexiva que le dé la oportunidad al discente de identificar el tema, conocerlo, aplicarlo, comprenderlo y deconstruirlo de manera práctica y de sentido.

El módulo desarrolla seis dimensiones en cinco capítulos o unidades: Una dimensión hermenéutica y de sentido constitucionalmente orientada, una constitucional propiamente, la dimensión de la dogmática penal, la del proceso penal, la pedagógica y restaurativa y finalmente, una dimensión de valoración de la realidad que implica la criminalización de la población adolescente y el planteamiento punitivo que subyace a las políticas actuales de control social represivo de esta población vulnerable.

Mapa conceptual del módulo

Desde el punto de vista gráfico, la integración multidimensional del Sistema de Responsabilidad Penal para los y las adolescentes se observa de la siguiente manera:

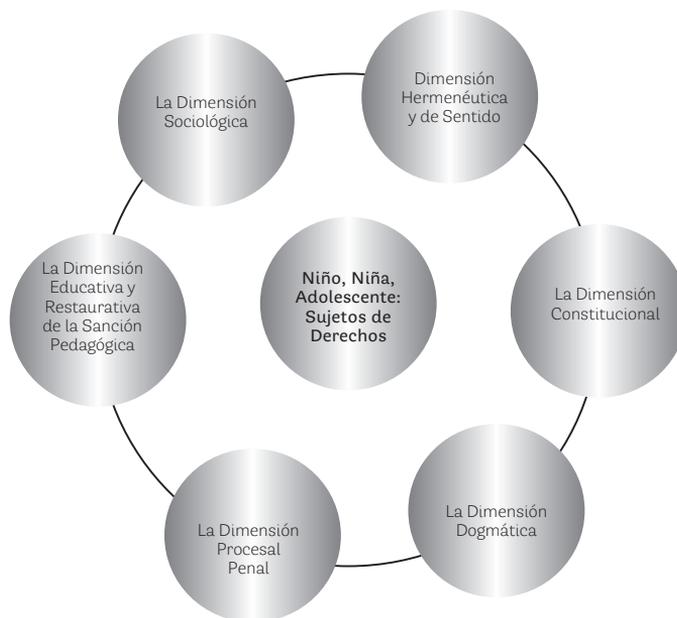


Ilustración 1. Perspectiva multidimensional del SRPA

Desde el punto de vista de la estructura, este contenido multidimensional se desarrolla en cinco unidades, en la Unidad 1 se trata la dimensión constitucional y de sentido en el contenido que denominamos aplicación de principios internacionales bloque de constitucionalidad y principio de convencionalidad. La Unidad 2, el enfoque restaurativo en el SRPA desde la caracterización de la sanción pedagógica y restaurativa. La Unidad 3 está relacionada con los aspectos sustanciales o dogmáticos del SRPA, en cuyo contenido se delinean algunos de los problemas más relevantes identificados en la práctica relacionados con el injusto, la culpabilidad y la imputación en el SRPA, luego, en la Unidad 4, la aproximación está relacionada con los elementos procesales del SRPA. Al final se plantea una Unidad 5 en la que se orienta la reflexión sobre la dimensión empírica o sociológica sobre la aplicación de la sanción pedagógica en el Sistema y la reflexión judicial sobre el problema de la sanción en este.

Estructura de Contenido Multidimensional

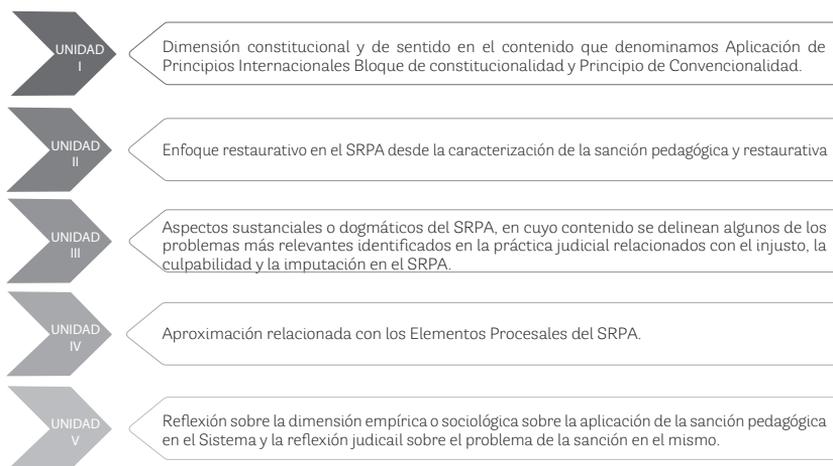


Ilustración 2. Estructura multidimensional

<p>Og</p>	<p>Objetivo general del módulo</p> <p>En el desarrollo de este módulo de formación autodirigida el discente debe:</p> <p>Comprender algunas de las dimensiones del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes y con base en dicha comprensión, desarrollar prácticas pedagógicas que permitan al servidor judicial aplicar, analizar y construir respuestas adecuadas a los problemas que impone el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes en Colombia.</p> <p>Identificar las principales características del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes (SRPA) desde una perspectiva multidimensional, de manera que el lector comprenda y articule de manera sistémica sus principales componentes y pueda tomar decisiones constitucionalmente orientadas y con base en el interés superior del adolescente en conflicto con la ley penal.</p> <p>Conocer, resolver y plantear nuevas respuestas a los principales problemas que giran en torno al SRPA desde una perspectiva constitucional, de justicia restaurativa, pedagógica, procesal y dogmática integral.</p>
-----------	---

Oe

Objetivos específicos del módulo

- Reconocer, aprehender y adoptar la dimensión constitucional y los principios que orientan la comprensión y aplicación del SRPA desde una perspectiva constitucionalmente orientada, axiológica y valorativa en el marco del Estado Social de Derecho en armonía con los instrumentos internacionales sobre los derechos humanos de la infancia y la adolescencia.
- Identificar los fundamentos y principios de la Dogmática Jurídico Penal en el SRPA como límite al poder punitivo del Estado y barrera de contención de la política criminal en el marco de una justicia penal diferenciada y especializada.
- Reconocer las principales características del proceso penal aplicable en el SRPA y sus límites constitucionales en el marco de un proceso penal diferenciado y especializado.
- Comprender la función y legitimación de la sanción pedagógica y restaurativa como criterio de diferenciación del SRPA.
- Identificar los principales problemas sociales que se derivan de los procesos de criminalización y el control social punitivo de la infancia y la adolescencia.

ESTUDIO DEL CASO INTEGRADO-INTEGRADOR

“Problemas de Familia”

Bauman Polonio es un investigador social que ha estado desarrollando, durante varios años, un trabajo para reconstruir las historias de los jóvenes privados de la libertad, y nos contó lo siguiente:

En una de las tantas visitas de trabajo de campo que realiza en su investigación, en una oportunidad conoció a Ipanema, una joven de 17 años de edad que decidió apoyarle en su investigación contándole su historia.

Ipanema se encuentra en el Centro de Internamiento Especializado desde hace dos años y estará allí por varios años más al haber sido declarada responsable del delito de homicidio agravado.

Cuando Ipanema fue abordada por Bauman Polonio para que le contara su historia, se le veía triste, veía por la ventana con la mirada lejana, mientras miraba al horizonte le contó que ahora comprendía por qué estaba allí.

Recuerda Bauman que ella volteó la mirada de un momento a otro y con un cambio en la misma, tal vez con rabia y un poco de odio o quizá dolor le dijo:

-“¡Por algo injusto!”.

La joven es la hija mayor de Neyma, una mujer joven, de 34 años y que tiene dos hijos más. Uno de 13 y otro de 11 años, Ipanema es su hija mayor, producto de su primera relación de pareja. Sus dos hermanos son hijos de la segunda pareja, con quien la mujer convivió poco tiempo, pues el hombre dejó el hogar y no se volvió a saber de él.

Neyma después de varios años de vivir sola conoció a un hombre de más edad que ella, más o menos 15 años mayor, con quien inició una nueva relación sentimental.

En un principio este hombre resultó ser un gran sujeto, le ayudaba a Neyma con los gastos del hogar, con las compras mensuales y la apoyaba con los gastos derivados del estudio de los niños, aunque no fueran sus hijos. Los primeros meses fueron una nueva familia feliz que compartía, se conocían y disfrutaban del tiempo de descanso en compañía.

En una noche de fin de semana cuando Ipanema tenía más o menos 15 años, un viernes recuerda, el compañero sentimental de su mamá llegó y esta no estaba, pues por alguna razón fue programada para trabajar horas extras todos los viernes en la noche.

Ese día él había estado bebiendo de manera que se encontraba embriagado y entró a la casa haciendo ruido y con voz alta decía groserías, parecía que no se podía sostener de su beodez.

Recuerda ella que salió de su habitación para mirar qué pasaba y pedirle que bajara la voz porque sus hermanos dormían, en ese momento el hombre la empujó fuertemente, entro a su habitación de una manera rápida y la sujetó de manera fuerte durante un buen tiempo, le tapaba la boca y la apretaba de manera tal que la hizo perder las fuerzas, contó la menor. Al final él no estaba tan ebrio como aparentaba.

Después de sujetarla, violentarla físicamente y accederla por la fuerza, le dijo que si le contaba a su madre él las abandonaría y no habría quién pagara el colegio, que además nadie le iba a creer.

La joven empezó a sufrir en silencio, guardaba lo que aquella noche le había pasado sin contarle a nadie, perdió a sus amigos, cambió su forma de actuar y parecía que odiaba el mundo, “la adolescencia decían”. Como su mamá no estaba ahora los viernes en casa, el hombre volvió una rutina cuando la niña se encontraba sola, de manera que sucedió en varias ocasiones.

La joven decidió un día contarle a su maestra del colegio, quien luego de escucharla decidió llamar a la madre de la menor y contarle lo que había pasado. Lo que la profesora no se esperaba es lo que la mamá le respondió.

En principio Neyma negó que eso pasara, luego le indicó a la profesora que era una niña que tendía a la mentira, que se había vuelto malgeniada y odiaba al mundo, que la adolescencia le hubiera alterado su forma de ser y que seguramente le gustaba su pareja y que lo que buscaba era hacerlos separar.

La profesora hizo entrar a la niña y las confrontó, caso en el cual, la niña guardó silencio, no lloró, no discutió, solo escuchó lo que la madre le decía.

Por este hecho, Neyma castigó a Ipanema y le reprochó lo que había dicho y hecho en el Colegio. Inventar una historia con tanta imaginación.

Ese día Ipanema decidió que nunca más le pasaría, que si el hombre intentaba hacerle daño nuevamente lo mataría y por ello, tomó un cuchillo de la cocina y lo guardó bajo el colchón.

Un viernes en la noche, como de costumbre, el hombre ingresó a la habitación y pensando que ella dormía volvió a ejecutar lo que con

el tiempo se había vuelto su rutina. La niña dejó que pasara y en un momento y sin que él lo advirtiera, tomó el cuchillo y lo enterró cuántas veces pudo, no recuerda en realidad cuántas, pero lo hizo con tanto odio y fuerza que al final el cuerpo de Él quedó sobre el suyo ensangrentado y ella exhausta perdió el aliento y no recuerda lo que pasó por un momento, como si se hubiera dormido. Esa fue la escena que encontró su madre cuando llegó de trabajar.

Una vez realizado todo el procedimiento, la niña fue entrevistada por el defensor de familia, quien después de escuchar su relato sobre lo sucedido aquella noche, lo dejó consignado en su informe.

Para Ipanema todo fue confuso, nada era coherente, cuenta que sentía miedo, nervios y una extraña paz en su interior. Todo ello fue más complejo cuando fue llevada a un edificio donde había mucha gente, policía, oficinas, más jóvenes y una sala de audiencias, fría, fea, húmeda y más o menos oscura. En este edificio todo el mundo la miraba, nadie le hablaba y tampoco nadie le explicaba de qué se trataba.

Al preguntarle qué había sucedido después, la joven le contó a Bauman Polonio que se entrevistó con una señora mayor que le dijo ser su abogada, le informó que había sido asignada como su defensora, a quien tuvo que contarle nuevamente lo que había pasado aquella noche.

En la entrevista, y después de contarle su historia, la abogada le explicó que la iban a acusar de haber dado muerte a su padrastro, que el homicidio era agravado por ser su padrastro y además por haberlo matado con sevicia, pues se decía que le había propinado más de 40 cuchilladas en su humanidad.

La abogada le sugirió que lo mejor era que contara como lo había hecho y que aceptara lo que había pasado, que la forma como la habían encontrado y lo que le había dicho al defensor de familia dejaban ver que ella lo había matado de manera premeditada. Que en estos casos lo mejor era aceptar el hecho para lograr una sanción más favorable por parte del juez.

También le explicó que lo mejor era que no volviera a esa casa con su mamá que ahora estaba sufriendo mucho, que la mamá había manifestado que no la quería volver a ver por haberle dado muerte

a su pareja y que prefería perder una hija a volverla a ver después de su crimen, por lo que se consideraba una víctima de su propia hija y ello no tenía perdón, por esta razón la abogada le dijo que iba a estar mejor en el centro de internamiento, que allí tendría comida, vivienda y tranquilidad.

La niña sin entender y sin que se le explicaran nada más, llegó a la audiencia. En esta sala, espacio nuevo para ella, todas las personas presentes eran mayores, para ella eran importantes por su forma de vestir, ocupadas por la forma como trataban todo de afán, distantes, nadie le explicó quienes estaban allí. La jueza cuando entró a la Sala, saludó en términos generales a los presentes, inició la audiencia con los protocolos de una audiencia oral del sistema penal, con cierta solemnidad y llamado al silencio.

Una vez iniciada la audiencia, cuando le preguntaron a la niña, ella indicó que lo había matado porque se lo merecía, que lo había planeado y que lo había ejecutado tal como lo había pensado.

La fiscal del caso narró los sucesos acaecidos aquella noche, limitándose a la manera de muerte y al informe preliminar de medicina legal. La jueza no indagó más allá de los planteamientos de las partes, pues esta era una audiencia apenas preliminar, otra más de las varias que tenía que resolver en el día.

La jueza aprobó la aceptación de cargos y a la joven se le impuso una sanción pedagógica privativa de la libertad en Centro Especializado por un total de 72 meses de internamiento efectivo dado el delito, las circunstancias del hecho y la necesidad de reinserción social de la adolescente, pues por sus condiciones particulares era obligación del Estado protegerla en un centro de esta naturaleza.

<i>Ap</i>	<i>Actividades pedagógicas</i>
	<p>Frente al caso anterior, primero, identifique el problema o los problemas que encuentra relevantes para su análisis.</p> <p>Segundo: Clasifique los problemas de acuerdo con cada una de las siguientes áreas, temas o especialidades del sistema penal:</p> <p>Problemas relacionados con:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Restablecimiento de derechos 2. Principios de infancia y adolescencia 3. Perspectiva de género 4. Constitucionalismo e instrumentos internacionales 5. Procesales 6. De dogmática penal 7. De justicia restaurativa <p>Para cada problema especifique el contexto y el planteamiento problemático que considera se debe resolver.</p> <p>Cómo debía actuar cada una de las personas que intervino en este caso. Por favor individualice a cada persona y especifique qué actuación realizó y cuál era el deber de actuar conforme a la justicia de infancia y adolescencia y los principios y valores constitucionales.</p>

Unidad 1.

APLICACIÓN DE PRINCIPIOS INTERNACIONALES, BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y PRINCIPIO DE CONVENCIONALIDAD

<i>Og</i>	Comprender, sensibilizar y reconocer la importancia de la aplicación, por parte de los funcionarios y empleados judiciales, de los instrumentos internacionales como mecanismos idóneos para la garantía de derechos y la protección integral de los adolescentes.
-----------	--

<i>Ap</i>	<p>Afianzar los conocimientos y destrezas de los jueces y funcionarios judiciales para aplicar los instrumentos internacionales en sus acciones relacionadas con el desarrollo del sistema de justicia juvenil.</p> <p>Proporcionar elementos que permitan garantizar en las decisiones judiciales, los principios de especialidad, de diferenciación, pedagógico, protector y restaurativo, prescritos por la Convención de los Derechos del Niño y la Ley 1098 de 2006.</p> <p>Brindar a los operadores judiciales elementos que faciliten la comprensión de un principio de legalidad fundado en la integración y aplicación del bloque de constitucionalidad.</p> <p>Establecer los criterios necesarios para la valoración y aplicación del precedente judicial en consonancia con la ponderación de las normas Constitucionales y Convencionales.</p>
-----------	---

<i>Oe</i>	<p>Contribuir a consolidar en los imaginarios de los funcionarios y empleados judiciales los postulados y criterios básicos que garanticen una correcta observancia del principio del “interés superior del niño” en las acciones y decisiones que se tomen en ejecución de las etapas propias del sistema de justicia juvenil colombiano.</p>
-----------	--

Actividades pedagógicas. Evaluación de entrada

<i>Ap</i>	<p><i>Actividades pedagógicas previas a la Unidad I</i></p>
	<p>A partir de su actuación cotidiana responda las siguientes preguntas:</p> <p>¿Cuándo se alude al bloque de constitucionalidad, en materia de infancia y adolescencia, a que instrumentos hacemos referencia y que clasificación podemos darles?</p> <p>¿Considera que la remisión que hace la Ley 1098 de 2006 al derecho Penal ordinario está de acuerdo con el principio de la diferenciación? Justifique su respuesta</p> <p>¿Cómo analiza la disposición de la Ley 1453 de 2011 en el sentido del cumplimiento de la totalidad de la medida frente a los delitos enunciados en el artículo 187 incisos 3 y 4 de la Ley 1098 de 2006, en relación con los principios internacionales?</p> <p>¿El cumplimiento del precedente judicial es un mandato inexorable o es posible desconocerlo? Si es afirmativa su respuesta diga en que ocasiones se permitiría dicho desconocimiento y cómo se surtiría en el proceso, si es negativa justifique el porqué.</p> <p>¿En qué consiste para usted el interés superior y cómo se aplica?</p> <p>Después de resolver las anteriores cuestiones, lea con atención el siguiente ensayo relacionado con la aplicación del interés superior de los niños, niñas y adolescentes.</p>

Una de las dimensiones que se debe tener en cuenta, desde un punto de vista de la justicia material en el marco del estado constitucional, es la dimensión constitucional del derecho de infancia y adolescencia. Invitamos a los discentes a leer con atención el siguiente texto del profesor Cillero Bruñol, que se cita *in extenso*, con la intención pedagógica de conocer de primera mano su punto de vista sobre el interés superior¹. Sobre este principio, puede verse también el módulo de formación autodirigida: *Sistema de juzgamiento en el proceso de responsabilidad penal para los y las adolescentes, régimen de libertad: captura y medidas de aseguramiento*².

El interés superior del niño como “principio de protección de garantías constitucionales de la población infantil”³

La Convención contiene “principios” que, a falta de otro nombre, denominaré “estructurantes” entre los que destacan: el de no discriminación (art. 2), de efectividad (art. 4), de autonomía y participación (arts. 5 y 12), y de protección (art 3) Estos principios – como señala Dworkin– son proposiciones que describen derechos: igualdad, protección efectiva, autonomía, libertad de expresión, etc., cuyo cumplimiento es una exigencia de la justicia. Los principios, en el marco de un sistema jurídico basado en el reconocimiento de derechos, puede decirse que son derechos que permiten ejercer otros derechos y resolver conflictos entre derechos igualmente reconocidos. Entendiendo de este modo la idea de “principios”, la teoría supone que ellos se imponen a las autoridades, esto es, son obligatorios especialmente para las autoridades públicas y van dirigidos precisamente hacia (o contra) ellos. En consecuencia, nada más lejano al sentido de lo que aquí llamamos principio del interés superior del niño, creer que el interés superior del niño debe meramente “inspirar” las decisiones de las autoridades. No, el principio del interés superior del niño lo que dispone es una limitación, una obligación, una prescripción de carácter imperativo hacia las autoridades.

- 1 Ley 1098 de 2006, artículo 8°. “Interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes. Se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e independientes”.
- 2 Angulo González, Guillermo, Escalante Barreto, Estanislao. Sistema de Juzgamiento en el Proceso de Responsabilidad Penal para los y las Adolescentes, Régimen de Libertad: Captura y Medidas de Aseguramiento. Bogotá: Universidad Militar - Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. 2009.
- 3 Cillero Bruñol, Miguel. El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño. Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes. Recuperado el 18 de 12 de 2017. Disponible en http://www.iin.oea.org/IIN/cad/Participacion/pdf/el_interes_superior.pdf

Más aún, si en este contexto analizamos el artículo 3.1 de la Convención comprobamos que su formulación es paradigmática en cuanto a situarse como un límite a la discrecionalidad de las autoridades: En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos una consideración primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño”.

En conclusión, es posible señalar que la disposición del artículo tercero de la Convención constituye un “principio” que obliga a diversas autoridades e, incluso, a instituciones privadas a estimar el “interés superior del niño” como una consideración primordial para el ejercicio de sus atribuciones, no porque el interés del niño sea un interés considerado socialmente como valioso, o por cualquier otra concepción del bienestar social o de la bondad, sino que, y en la medida que, los niños tienen derechos que deben ser respetados, o dicho de otro modo, que los niños tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen.

En este punto es posible afirmar que lo que aquí provisionalmente denominamos “principio”, siguiendo a Dworkin, podemos también denominarlo, en el caso específico del interés superior del niño en la Convención, como “garantía”, entendida esta última “como vínculos normativos idóneos para asegurar efectividad a los derechos subjetivos 10. Ensayando una síntesis podríamos decir que el interés superior del niño en el marco de la Convención es un principio jurídico garantista.

6. ¿Qué es el interés superior del niño?:

La satisfacción de sus derechos desde el reconocimiento explícito de un catálogo de derechos, se superan las expresiones programáticas del “interés superior del niño” y es posible afirmar que el interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos. El contenido del principio son los propios derechos; interés y derechos, en este caso, se identifican. Todo “interés superior” pasa a estar mediado por referirse estrictamente a lo “declarado derecho”; por su parte, sólo lo que es considerado derecho puede ser “interés superior”.

Antes de la Convención, la falta de un catálogo de derechos del niño hacía que la noción de “interés superior” pareciera remitir a algo que estaba más allá del derecho, una especie de interés colectivo o particular que pudiera imponerse a las soluciones estrictamente de “derecho”. Es

cierto que, en ausencia de normas que reconozcan derechos y ante la precariedad del status jurídico de la infancia, una norma que remitiera al “interés superior del niño” podía orientar positivamente, aunque sólo fuera ocasionalmente, decisiones que de otro modo quedarían entregadas a la más absoluta discrecionalidad.

Sin embargo, una vez reconocido un amplio catálogo de derechos de los niños no es posible seguir sosteniendo una noción vaga del interés superior del niño. En las legislaciones preconvencción, y lamentablemente en algunas que siendo posconvencción no han asumido plenamente el enfoque de los derechos, la interpretación del contenido del interés superior quedaba entregado a la autoridad administrativa en el plano de las políticas y programas sociales o a la judicial en el ámbito del control/protección de la infancia. Desde la vigencia de la Convención, en cambio, el interés superior del niño deja de ser un objetivo social deseable –realizado por una autoridad progresista o benevolente– y pasa a ser un principio jurídico garantista que obliga a la autoridad.

En este sentido debe abandonarse cualquier interpretación paternalista/autoritaria del interés superior; por el contrario, se debe armonizar la utilización del interés superior del niño con una concepción de los derechos humanos como facultades que permiten oponerse a los abusos del poder y superan el paternalismo que ha sido tradicional para regular los temas relativos a la infancia. En el esquema paternalista/autoritario, el Juez, el legislador o la autoridad administrativa “realizaba” el interés superior del niño, lo “constituía” como un acto potestativo, que derivaba de su investidura o potestad y no de los derechos de los afectados; la justicia o injusticia de su actuar dependía de que el Juez se comportara de acuerdo a ciertos parámetros que supuestamente reflejaban su idoneidad. El ejemplo clásico es el Juez buen padre de familia presentado como modelo en las legislaciones y en la literatura basadas en la doctrina tutelar o de la situación irregular.

En aquella orientación teórica, el “interés superior” tiene sentido en cuanto existen personas que por su incapacidad no se les reconocen derechos y en su lugar se definen poderes/deberes (potestades) a los adultos que deben dirigirse hacia la protección de estos objetos jurídicos socialmente valiosos que son los niños. La función del interés superior del niño en este contexto es iluminar la conciencia del juez o la autoridad para que tome la decisión correcta, ya que está huérfano de otras orientaciones jurídicas más concretas y específicas.

La Convención propone otra solución. Formula el principio del interés superior del niño como una garantía de la vigencia de los demás derechos que consagra e identifica el interés superior con la satisfacción de ellos; es decir, el principio tiene sentido en la medida en que existen derechos y titulares (sujetos de derecho) y que las autoridades se encuentran limitadas por esos derechos. El principio le recuerda al juez o a la autoridad de que se trate que ella no “constituye” soluciones jurídicas desde la nada sino en estricta sujeción, no sólo en la forma sino en el contenido, a los derechos de los niños sancionados legalmente.

El ejercicio de la autoridad, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, se orienta y limita por los derechos que el ordenamiento jurídico le reconoce al niño, considerando además los principios de autonomía progresiva del niño en el ejercicio de sus derechos y de participación en todos los asuntos que le afecten (arts. 5 y 12 de la Convención). En este sentido, se puede afirmar que el principio puede ser concebido como un límite al paternalismo estatal y que puede orientar hacia soluciones no autoritarias en aquellas situaciones difíciles en las que el conflicto entre derechos del niño exige utilizar una regla compleja para la construcción de una decisión que proteja efectivamente los derechos amenazados o vulnerados.

Esta interpretación, sin embargo, haría innecesario el principio del interés superior del niño, ya que lo único que expresaría es que las autoridades se encuentran limitadas en sus decisiones por los derechos fundamentales de los niños, asunto del todo evidente –aunque no por ello respetado– considerando la adhesión de las constituciones liberales al principio que establece que la soberanía se encuentra limitada por los derechos de las personas. Sin embargo, al margen de otras funciones adicionales que el principio puede cumplir, la historia de la relación de la infancia con el sistema de políticas públicas y de justicia revela que esta reafirmación no es para nada superflua, sino que es permanentemente necesaria debido a la tendencia generalizada a desconocer los derechos del niño como un límite y una orientación a las actuaciones de las autoridades y los adultos en general.

Un mecanismo eficaz para fortalecer el principio de primacía de los derechos y evitar que se produzcan interpretaciones que entiendan el artículo tercero de la Convención como una mera orientación que ampliaría las facultades discrecionales, es consagrar una precisa definición del interés superior del niño como la satisfacción de sus derechos en todas las legislaciones nacionales que pretendan otorgarle

efectividad y exigibilidad a los derechos consagrados a la Convención. Cualquier otra definición, ya sea de base bio-psicosocial como la que identifica el interés superior con alcanzar la madurez, o jurídica, identificándolo con la obtención de la plena capacidad, dificulta la aplicación de los derechos, resta valor y eficacia a los catálogos de derechos que se reconozcan. Hecha esta salvedad, señalaré que una concepción garantista del principio no sólo supera estas dificultades, sino que muestra la profunda utilidad del principio del interés superior del niño en el contexto de una nueva legislación de la infancia y adolescencia basada en el reconocimiento de los derechos de los niños.

7. Función del interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño

Además del cometido principal ya desarrollado consistente en limitar y orientar todas las decisiones según los derechos de los niños, expondré a continuación otras importantes funciones que cumple el principio tal cual se encuentra formulado en el artículo tercero de la Convención.

7.1 Carácter interpretativo

Sin duda el aporte más específico del artículo tercero es de carácter hermenéutico. En primer lugar, cumple una función hermenéutica dentro de los márgenes del propio derecho de la infancia/adolescencia en cuanto permite interpretar sistemáticamente sus disposiciones, reconociendo el carácter integral de los derechos del niño. Los derechos del niño deben ser interpretados sistemáticamente ya que en su conjunto aseguran la debida protección a los derechos a la vida, la supervivencia y el desarrollo del niño. Durante la infancia/adolescencia la interdependencia de los derechos se hace más evidente que en otras etapas de la vida. La noción de interés superior refiere a ese conjunto sistemático y apoya una interpretación holística de la Convención. En segundo término, permite la resolución de conflictos entre derechos contemplados en la misma Convención. El principio supone que los derechos del niño se ejercen en el contexto de una vida social en la que todos los niños tienen derechos y en la que, también, se pueden producir situaciones que hagan incompatible el ejercicio conjunto de dos o más derechos consagrados en la Convención para un mismo niño.

En estos casos el principio permite “arbitrar” conflictos jurídicos de derecho. La propia Convención en diferentes situaciones de esta naturaleza toma una decisión –establece un orden de prelación de un derecho sobre otro– para luego relativizarla o dejarla sujeta al “interés

superior del niño". El ejemplo más característico está dado por el artículo 9 de la Convención, relativo a la separación de los niños de sus padres, para defender otros derechos como la vida o la integridad producto de malos tratos; otro caso es el artículo 37 relativo a la privación de libertad en recintos separados de los adultos "a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño", en el que la Convención toma una decisión –otorga una garantía– pero deja abierta la posibilidad (judicial) de tomar una resolución diferente atendida la circunstancia de que se afecte, en el caso particular, algún otro derecho del niño que justifique modificar la regla. Es evidente que este tipo de soluciones propuestas en algunos artículos de la Convención pueden aplicarse a otros casos similares en que aparezcan conflictos entre derechos igualmente reconocidos.

En síntesis, el principio del interés superior del niño permite resolver "conflictos de derechos" recurriendo a la ponderación de los derechos en conflicto. Para evitar un uso abusivo sería conveniente establecer en la legislación nacional ciertos requisitos para la utilización del principio para resolver conflictos entre derechos como la reserva judicial y la exigencia de que, para poder resolver la primacía de un derecho sobre otro, se pruebe, en el caso concreto, la imposibilidad de satisfacción conjunta. También debe establecerse que, especialmente en el ámbito de las garantías frente al sistema de persecución de infracciones a la ley penal, se restrinja absolutamente la posibilidad de aplicar medidas en razón del "interés superior del niño" que puedan afectar su derecho a la libertad personal o su integridad. Finalmente, algunos autores como Parker sugieren que el "interés superior del niño" puede servir de orientación para evaluar la legislación o las prácticas que no se encuentren expresamente regidas por la ley. Es decir, permitiría llenar algunos vacíos o lagunas legales, tanto para la promulgación de nuevas leyes como para tomar decisiones en casos en que no existe norma expresa.

7.2 Prioridad de las políticas públicas para la infancia: interés del niño e interés colectivo

Como se ha señalado reiteradamente, la formulación del artículo tercero de la Convención proyecta el interés superior del niño hacia las políticas públicas y la práctica administrativa y judicial. Esto significa que la satisfacción de los derechos del niño no puede quedar limitada ni desmedrada por ningún tipo de consideración utilitarista sobre el interés colectivo. Cuando la Convención señala que el interés superior

del niño será una consideración primordial para la toma de decisiones que le afecten, sugiere que el interés del niño -es decir, sus derechos- no son asimilables al interés colectivo; por el contrario, reconoce que los derechos de los niños pueden entrar en conflicto con el interés social o de una comunidad determinada, y que los derechos de los niños deben ponderarse de un modo prioritario.

Una correcta interpretación del precepto lleva a entender que en todas las decisiones los derechos de los niños deben primar por sobre otros intereses de terceros que no tienen el rango de derechos. Por ejemplo, el derecho a la educación no puede ser desmedrado por intereses administrativos relativos a la organización de la escuela, o a los intereses corporativos de algún grupo determinado. En el caso de conflicto entre los derechos del niño y los derechos de otras personas, como por ejemplo en las infracciones a la ley penal, los derechos del niño deberán tener una primacía no excluyente de los derechos de los terceros. Es materia de resolución de cada Estado el grado de prioridad que otorga a la infancia en un sistema social donde los diversos grupos "compiten" por recursos escasos, sin embargo, la Convención exige considerar con alguna prioridad a la infancia.

En este sentido parece adecuada la solución de la Constitución del Brasil que señala una prioridad absoluta referida a las materias más importantes y otorga, para estos y otros asuntos, la posibilidad de acciones de interés público que pueden ejercerse contra la autoridad en caso de no respetarse la prioridad de la infancia.

7.3 ¿Cómo aplicar el principio?: integralidad, máxima operatividad y mínima restricción de los derechos del niño

El interés superior del niño supone la vigencia y satisfacción simultánea de todos sus derechos, descontado el principio de progresividad contenido en el artículo cinco de la Convención. El concepto de interés superior del niño alude, justamente, a esta protección integral y simultánea del desarrollo integral y la calidad o "nivel de vida adecuado" (art. 27.1 de la Convención). Por ello una correcta aplicación del principio, especialmente en sede judicial, requiere un análisis conjunto de los derechos afectados y de los que se puedan afectar por la resolución de la autoridad. Siempre ha de tomarse aquella medida que asegure la máxima satisfacción de los derechos que sea posible y la menor restricción de ellos, esto no sólo considerando el número de derechos afectados, sino también su importancia relativa.

La aplicación de esta regla justifica, por ejemplo, la disminución al mínimo posible –siempre perfectible– de la intervención a través de recursos “penales” sobre la adolescencia y la absoluta excepcionalidad de la medida de separación del niño de su entorno familiar; en efecto, este tipo de medidas, que afectan la libertad personal y el medio de desarrollo del niño, obstaculizan severamente el ejercicio no sólo de los derechos expresamente privados, sino también, de un conjunto de otros derechos que se hacen imposibles de satisfacer en privación de libertad o del medio familiar.

Este es el fundamento para señalar que la privación de libertad y del medio familiar son excepcionales y medidas de último recurso. Pero, incluso, en estos casos se deben proveer todos los mecanismos para que el niño pueda ejercer los derechos que expresamente no se le han privado. Así, el adolescente privado de libertad por haber cometido un grave delito contra la integridad física o la vida de otra persona tendrá derecho a que se le satisfaga su derecho a la educación; también el niño separado de uno o ambos padres tendrá derecho a que se le asegure la posibilidad de “mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño” como dispone el art. 9.3 de la Convención.

7.4 El interés superior del niño y las relaciones parentales

Es sabido que uno de los ejes fundamentales de la Convención es la regulación de la relación niño-familia, y en particular niño-padres; numerosas disposiciones regulan la materia. Los artículos 5 y 18 reconocen el derecho de los padres a la crianza y la educación y, a su vez, el derecho del niño a ejercer sus derechos por sí mismo, en forma progresiva de acuerdo a la “evolución de sus facultades”. Por su parte, uno de los aportes de la Convención ha sido extender la vigencia del principio garantista del interés superior del niño, más allá de los ámbitos legislativos (como la Declaración de 1959) o judicial (como lo disponen numerosas legislaciones en materia de familia), sino extenderlo hacia todas las autoridades, instituciones privadas e incluso los padres.

Así el artículo 18, luego de reconocer el derecho y responsabilidad de los padres a la crianza y la educación y el deber del Estado de garantizarlo y apoyarlo, señala que los padres ejercerán sus funciones de acuerdo a una orientación fundamental: el interés superior del niño (art. 18.1). Esta disposición debe interpretarse en conjunto con el artículo quinto que señala que el objetivo de las facultades de orientación y dirección de los padres es “que el niño ejerza los derechos reconocidos en la

presente Convención” de acuerdo a la evolución de sus facultades. Al intentar una interpretación sistemática de las dos disposiciones es claro que los derechos y responsabilidades de los padres, en relación a la orientación y dirección de sus hijos, tienen por objeto la protección y desarrollo de la autonomía del niño en el ejercicio de sus derechos, y que sus facultades se encuentran limitadas, justamente, por esta función u objetivo.

Es decir, se confirma la equivalencia entre ejercicio de los derechos del niño e interés superior. El Estado tiene el deber de apoyar a los padres en este rol, pero también el deber de garantizar a los niños que su crianza y educación se dirija hacia el logro de la autonomía en el ejercicio de sus derechos. Los roles parentales no son derechos absolutos, ni meramente poderes/deberes, son derechos limitados por los derechos de los propios niños, es decir, por su interés superior.

<p><i>Ap</i></p>	<p>Una vez realizada la lectura, reflexionemos sobre las siguientes cuestiones:</p> <p>¿Cómo se garantiza el correcto cumplimiento con el principio del interés superior del niño en el desarrollo del procedimiento propuesto por la Ley 1098 de 2006?</p> <p>¿En el caso de la norma restrictiva de beneficios enunciada por la Ley 1453 de 2011 artículo 187 incisos 3 y 4, considera que vulnera algunos principios propios del sistema de justicia juvenil? Justifique la respuesta.</p> <p>¿El principio del interés superior plantea algunas limitantes a la discrecionalidad del juez?, ¿cuáles y por qué razones?</p>
------------------	--

INTRODUCCIÓN

El sistema de responsabilidad penal para adolescentes propuesto por la Ley 1098 de 2006 en el título I del libro II, se constituye en la adecuación que hace el Estado colombiano de su normatividad a la Convención de los Derechos del Niño y concretamente a las prescripciones hechas en los artículos 37 y 40, superando la normatividad anterior prevista en el título V del decreto 2737 de 1989.

Este sistema plantea una serie de retos, en especial, los relacionados con la inserción de las normas internacionales al sistema constitucional colombiano y las formas o mecanismos de cómo estas normas deben orientar las decisiones judiciales.

Si bien la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” ha desarrollado y publicado dos módulos al respecto: el primero en el año 2010 denominado *Bloque de constitucionalidad en el sistema de responsabilidad penal para adolescentes*, realizado por el Magistrado Juan Carlos Arias López y el segundo en el año 2014 bajo el título *Los instrumentos internacionales, su armonización, incidencia y aplicación en el sistema de responsabilidad penal para adolescentes* de autoría del profesor Christian Leonardo Wolfhugel, y se han realizado numerosas actividades de discusión y formación al respecto, todavía subsisten algunas dudas, en especial en la praxis, para la integración de las normas y principios supranacionales en las decisiones judiciales.

Por tal razón es necesario que, a partir del estudio, la reflexión y la sana discusión se incremente la capacidad de los funcionarios judiciales, para lograr incluir los postulados y principios de estos instrumentos internacionales garantizando de una forma más efectiva los derechos de los y las adolescentes vinculados al sistema de justicia juvenil.

La aplicación de estos instrumentos se hace necesaria para garantizar que las decisiones judiciales preserven los principios de *especialidad*, expresados genéricamente en la comprensión adecuada del sujeto que va a ser destinatario de las decisiones; de *diferenciación* que requiere actuar con total independencia y autonomía frente a las instituciones y prescripciones del sistema ordinario o de adultos; *pedagógico*, que le plantea al sistema el compromiso de lograr la inclusión del adolescente transgresor al escenario social y político desde el respeto por los derechos y dignidades de las demás personas; *protector*, ya que nos hallamos frente a un sujeto de derechos que goza de una doble protección especial por no haber alcanzado los dieciocho años y estar en una situación de vulneración o riesgo y *restaurativo*, puesto que debe procurarse que quienes fueron afectados ‘por la transgresión en su paso por el sistema salgan librados de la mejor manera’; principios específicos que ha sido estipulados por la Convención de los Derechos del Niño, en la Ley 1098 de 2006 y en el Plan de formación de la Escuela Judicial.

Algunos de los problemas planteados hacen relación al debate frente a una colisión excluyente entre la aplicación del principio de legalidad y la incorporación de los instrumentos internacionales, la cual debe ser analizada desde la integración de dichos instrumentos a la misma legislación nacional y la alusión que de ellos hacen las leyes y la jurisprudencia propias.

En el desarrollo propio de las dinámicas de la aplicación de las leyes y la jurisprudencia se han presentado algunas situaciones a partir de las cuales se hace necesario tener elementos para poder valorar y dar aplicación al precedente judicial, desde su concordancia con las normas constitucionales y convencionales, fundados en el principio rector del interés superior del adolescente.

En tal sentido, esta unidad tratará sobre algunos de los temas destacados como problemáticos por parte de los funcionarios judiciales en las actividades de indagación de necesidades en las etapas previas a la elaboración del presente módulo.

Normas supranacionales aplicables al sistema penal de adolescentes. Bloque de constitucionalidad

De acuerdo con las características propias de los sistemas de justicia juvenil propuestos por la Convención de los derechos del niño, existen un conjunto de normas de carácter internacional que están consagrados en diferentes instrumentos internacionales y deben ser tenidas en cuenta en las decisiones que se deriven de la actuación de los funcionarios judiciales en este sistema.

Dichas normativas están plenamente autorizadas por la Constitución Política de Colombia en el denominado “bloque de constitucionalidad”.

“El bloque de constitucionalidad se refiere a aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución”⁴.

El bloque de constitucionalidad es un término que comenzó a utilizar la Corte Constitucional colombiana solo a partir de 1995 pero que como concepto se venía aplicando desde años anteriores utilizando los valores y principios en el texto constitucional para asegurar la permanencia y obligatoriedad del contenido material del mismo⁵.

De acuerdo con Arias López “(...) hay que concluir que, según la jurisprudencia de la Corte, hacen parte del bloque en sentido estricto (i) el

4 Sentencia C-225-95 M. P. Alejandro Martínez Caballero. Posición reiterada en sentencia C-578-95 M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, Sentencia C-358-97 M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz y en Sentencia C-191-98 M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

5 Sentencia C-574-92 M. P. Ciro Angarita Barón. “Los valores y principios incluidos en el texto constitucional cumplen la función de asegurar la permanencia y obligatoriedad del contenido material de la Constitución. Aquí se refleja la voluntad constituyente de hacer obligatorio el respeto de principios considerados.

Preámbulo, (ii) el articulado constitucional, (iii) los tratados de límites ratificados por Colombia, (iv) los tratados de derecho humanitario, (v) los tratados ratificados por Colombia que reconocen derechos intangibles, eso es, derechos que no pueden ser suspendidos o limitados en estados de excepción”⁶.

Según la dogmática que he propuesto en este módulo, también deben entenderse como parte del “bloque de constitucionalidad” en sentido estricto todos los demás artículos de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia cuando se trate de derechos humanos reconocidos por la Carta, para efectos de delimitar el contenido y los límites de los derechos constitucionales (...)⁷.

Este bloque de constitucionalidad, autorizado por el artículo 93 de la Carta nos remite de manera directa a los artículos 13 y 44 de la Constitución Nacional, los cuales consagran respectivamente que “El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados” y a renglón seguido aduce: “El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”⁸.

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

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

6 Arias López, Juan Carlos. Bloque constitucionalidad en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes. Consejo Superior de la Judicatura. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Bogotá. 2010, p. 48.

7 Ídem.

8 Constitución Política de Colombia. Artículo 13.

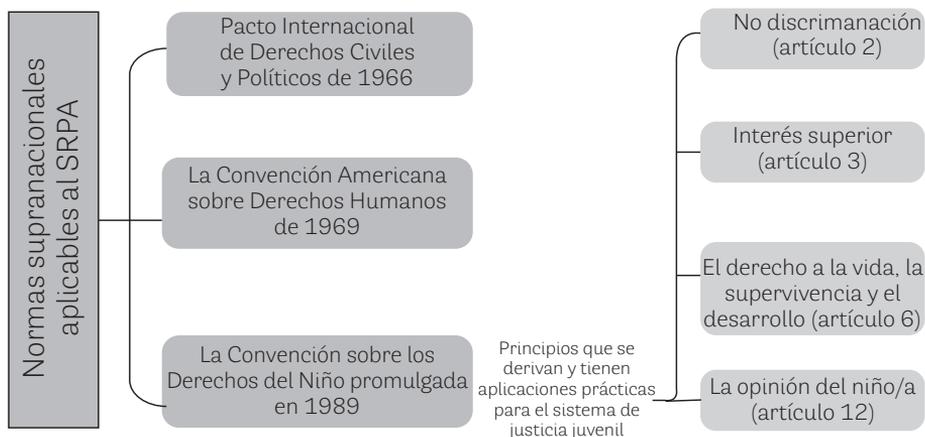


Ilustración 3, Normas supranacionales aplicables al SRPA

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”⁹

Desde los anteriores artículos queda clara la obligación que le incumbe al Estado de promover acciones en favor de los niños, niñas y adolescentes, en especial, aquellos que se encuentran en riesgo o en circunstancias de vulneración como lo son quienes de manera forma prematura se ven envueltos en situaciones relacionadas con la delincuencia o la violencia, lo cual emana directamente obligaciones positivas o de hacer propias de un Estado Social de derecho ratificado por el artículo 13; tarea que se debe desarrollar teniendo en cuenta la prevalencia de derechos que asiste a esta población y está prescrita en el artículo 44 arriba transcrito.

Por otro lado, de acuerdo con la evolución constitucional del Estado colombiano, hoy es claro que los tratados internacionales ratificados por Colombia y que versan sobre derechos humanos deben ser tenidos en cuenta para la aplicación del denominado bloque de constitucionalidad y esos tratados son: El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 ratificado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968 y que entra en vigor en 1976; la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, ratificada mediante la ley 16 de 1972 y que entra en vigencia en 1978; la Convención sobre los Derechos del Niño promulgada en 1989, que entra en vigor para el Estado colombiano en 1992 y ya había sido ratificada mediante la Ley 12 de 1991.

9 Constitución Política de Colombia. Artículo 44.

La Corte Suprema de Justicia ha afirmado que además de los instrumentos anteriores deben tenerse en cuenta: La Declaración de Ginebra de 1924 sobre los derechos del Niño, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales de 1966, listado que se amplía con las reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing), las directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad) y las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores privados de la Libertad (Reglas de la Habana). Postura acorde con los enunciados de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su sentencia del 19 de noviembre de 1999 en el caso Villagrán Morales y otros.

Se deja entonces planteado por parte de las Cortes Interamericana, la Constitucional y la Suprema de Justicia, que estas normas están integradas al denominado “bloque de constitucionalidad” pues, aunque estrictamente no hagan parte del mismo, sirven como herramienta de interpretación y se constituyen en un referente obligatorio¹⁰.

Principios derivados de la Convención de los Derechos del Niño

El profesor Wolfhugel Gutiérrez en el módulo *“Los instrumentos internacionales, su armonización, incidencia y aplicación en el sistema de responsabilidad penal para adolescentes”* publicado por el Consejo Superior de la Judicatura a través de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” en el año 2014; clasifica los principios derivados del ordenamiento jurídico internacional aplicable al sistema penal de adolescentes en dos grandes categorías: *“principios generales referentes a la responsabilidad penal de los adolescentes”* y *“principios específicos atinentes a la responsabilidad penal de los adolescentes”*, dando por descontado que *“como es apenas natural, los derechos a la vida, a la dignidad humana, a la igualdad material ante la ley y demás garantías sustanciales están también en cabeza de los adolescentes”*¹¹.

Dentro de los denominados principios generales ubica: (i) el del interés superior, (ii) el de la especial gravedad de las transgresiones a los derechos de los adolescentes, (iii) el de bienestar de los adolescentes, (iv) el de proporcionalidad especial, (v) el de discrecionalidad a favor

10 Arias López, Juan Carlos. Bloque constitucionalidad en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes. Consejo Superior de la Judicatura. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Bogotá. 2010, p. 56.

11 Wolfhugel Gutiérrez, Christian Leonardo. Los instrumentos internacionales, su armonización, incidencia y aplicación en el sistema de responsabilidad penal para adolescentes. Consejo Superior de la Judicatura. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. 2014, pp. 80-81.

de los adolescentes, (vi) el de especial protección de la intimidad de los adolescentes, (vii) el de prioridad y agilidad en los trámites, (viii) el de procedimiento a favor de los adolescentes, (ix) el de protección especial a la relación familiar de los adolescentes, (x) el de prevalencia de la educación de los adolescentes, (xi) el de investigación oficiosa sobre el entorno social y las condiciones personales de los adolescentes, (xii) del enfoque comunitario, (xiii) de doble protección y (xiv) de limitación del uso de la fuerza en los adolescentes¹².

Por su parte, la categoría de los “principios específicos atinentes a la responsabilidad penal de los adolescentes” comprende: (i) de la excepción de privación de la libertad como medida preventiva y como medida sancionatoria, (ii) de sanciones en favor del adolescente, (iii) del adecuado tratamiento penitenciario, (iv) de protección especial en los centros penitenciarios y (v) de indemnidad en los establecimientos penitenciarios¹³.

No obstante, el amplio catálogo de principios en favor de los adolescentes vinculados al sistema de justicia juvenil es necesario resaltar otros que se derivan de la Convención de los Derechos del Niño y tienen aplicaciones prácticas para el sistema de justicia juvenil:

“El texto de la Convención consagra cuatro principios generales los cuales figuran, en particular en los artículos 2, 3,6 y 12. Estos son:

- No discriminación (artículo 2)
- Interés superior (artículo 3)
- El derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo (artículo 6)
- La opinión del niño/a (artículo 12)”¹⁴.

Como elementos necesarios de destacar entre estos principios debemos anotar en primer lugar el **principio de no discriminación**, consagrado en el artículo 2º de la Convención y que se puede entender desde dos dimensiones prácticas:

1. Desde lo planteado por la Convención no se puede dar, ni permitir ninguna discriminación al adolescente por haber sido actor de una transgresión a la ley penal, porque tal y como se ha precisado antes, esta situación no le hace perder su condición de menor

12 Wolfhugel Gutiérrez. Ob. cit. pp. 82-94

13 Ibidem. Ob. cit. pp. 94-101.

14 Arias López, Juan Carlos. Bloque constitucionalidad en el *Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. 2010, p. 36.

de 18 años amparado por una protección especial que le brinda este instrumento normativo internacional, y otro plus de mayor protección derivado de su condición de vulneración, ya que frente a este adolescente fallaron en el cumplimiento de sus funciones los entes corresponsables de brindarle un entorno seguro para su desarrollo, desde el cual se le protegiera frente a una vinculación temprana a la delincuencia y la violencia. Es de anotar que esta situación anómala lo lleva a ser sujeto cobijado con otras garantías estipuladas tanto en el convenio 182 de la OIT¹⁵, como en el protocolo para la atención a niños, niñas y adolescentes actores, víctimas y testigos de delitos¹⁶.

Como elemento práctico debemos anotar que ninguna otra situación de vulneración que concurra en el sujeto transgresor como la adicción o consumo de sustancias psicoactivas, la desescolarización, la carencia de familia o la vida en situación de calle, pueden ser argumento para agravar su situación frente al sistema punitivo y por el contrario, son razón suficiente para restarle fuerza al juicio de reproche que le hace el Estado por su acción transgresora e incrementar a su favor las acciones y dispositivos propios para el restablecimiento de sus derechos.

2. El segundo elemento propio de este principio de la no discriminación se relaciona con el principio general de igualdad ante la ley y se materializa en la obligación de satisfacer al adolescente como mínimo todos los elementos propios de garantías y debido proceso que se otorgan a los adultos.

En este sentido, debe anotarse que los elementos propios de la presunción de inocencia, la no “reformatio in pejus”, el otorgamiento de los subrogados penales, la aplicación del principio de favorabilidad, adquieren en el sistema penal para adolescentes una especial importancia ya que se relacionan en forma directa con los principios generales del interés superior, de favorabilidad y de menor afflictividad que deben garantizar los sistemas penales y de manera especial los denominados de justicia juvenil.

Por su parte, el principio de la participación, consagrado en el artículo 12 de la Convención de los derechos del niño:

15 Naciones Unidas. Organización Internacional del Trabajo. Convenio 182 sobre la erradicación de las peores formas de trabajo infantil. 1999.

16 Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos 2005/20, 36ª sesión plenaria 22 de julio de 2005.

“1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”¹⁷.

Este mandato convencional ha sido ratificado por la Observación General No. 12 del Comité de los Derechos del Niño¹⁸ y recogido por la Ley 1098 de 2006 en su artículo 26, cuando al hablar del debido proceso consagra:

“Artículo 26. *Derecho al debido proceso*. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a que se les apliquen las garantías del debido proceso en todas las actuaciones administrativas y judiciales en que se encuentren involucrados.

En toda actuación administrativa, judicial o de cualquier otra naturaleza en que estén involucrados, los niños, las niñas y los adolescentes, tendrán derecho a ser escuchados y sus opiniones deberán ser tenidas en cuenta”¹⁹.

Desde las anteriores prescripciones y teniendo en cuenta que el proceso de justicia juvenil que se realiza frente a los adolescentes transgresores es de carácter eminentemente pedagógico, se hace no solo obligatorio, sino necesario generar las condiciones para establecer un diálogo amplio y constante con el adolescente, por parte tanto del juez, como de los demás funcionarios.

Características - Principios propios de los sistemas de justicia juvenil

La Convención de los Derechos del Niño, promulgada el 20 de noviembre de 1989, en sus artículos 37 y 40, prescribe los elementos que deben caracterizar los sistemas de justicia juvenil en los Estados sometidos a la misma:

17 Naciones Unidas. Convención de los Derechos del Niño 1989. Artículo 12. UNICEF. Comité Español. Madrid. 2006.

18 Naciones Unidas. Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 12, 51º período de sesiones, Ginebra, 25 de mayo a 12 de junio de 2009.

19 Personería de Medellín. Instrumentos jurídicos para la protección de los derechos de la Infancia. Ley 1098 de 2006. Medellín: Editorial Don Bosco.

“Artículo 37: Los Estados Partes velarán porque: a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad; b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda; c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales; d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción”²⁰.

“Artículo 40 1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad. 2. Con este fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán, en particular: a) Que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron; b) Que a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente: i) Que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley; ii) Que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que dispondrá

20 Naciones Unidas. Convención de los Derechos del Niño 1989. Artículo 37. UNICEF. Comité Español. Madrid. 2006.

de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa; iii) Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considere que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales; iv) Que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interroge a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad; v) Si se considere que ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley; vi) Que el niño contará con la asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado; vii) Que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento. 3. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular: a) El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales; b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales. 4. Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción”²¹ (Subrayados nuestros).

Desde estas prescripciones podemos observar la presencia de por lo menos tres características que tienen una fuerza tal que llegan a considerarse principios específicos de los sistemas de justicia juvenil:

21 Naciones Unidas. Convención de los Derechos del Niño 1989. Artículo 40. UNICEF. Comité Español. Madrid. 2006.

Principio de especialidad

Hace relación con unas condiciones especiales de los jueces y funcionarios judiciales que comprendan y asuman las características propias de los adolescentes, sus sentimientos, pensamientos y formas de actuar, para así lograr *“tener en cuenta las necesidades propias de su edad”*.

En este sentido debe considerarse la necesidad de un lenguaje que genere el acercamiento y la confianza, sencillo y fácil de entender por el adolescente, la abolición de los elementos formales y rituales que alejan al adolescente, el manejo del tiempo para la realización de las diferentes actuaciones procesales y para la duración de las medidas, ya que para ellos el tiempo tiene una significación diferente que para los adultos y de manera especial proscribir la utilización de términos propios del proceso penal que para los adolescentes solo logran reforzar un sentimiento de exclusión y rechazo.

En este aspecto es de especial importancia el fomento de la interdisciplinariedad tanto en la actuación procesal como en la toma de decisiones y el conocimiento de los principales problemas que afectan a los adolescentes y jóvenes en la actualidad.

Principio de diferenciación

El artículo 40 de la Convención, en su numeral 3° le pide a los Estados tomar todas las medidas para lograr el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicas que conformen los sistemas de justicia juvenil, lo anterior para preservar la autonomía frente a los sistemas penales ordinarios, alejándolos del imaginario retribucionista y punitivo y garantizando los fines del sistema.

En el caso colombiano ha sido difícil el logro de esta característica-principio, ya que la misma ley remite en lo sustancial al Código Penal ordinario, Ley 599 de 2000, negando la posibilidad de seleccionar solo las conductas más graves para el conocimiento del sistema de justicia juvenil y cumpliendo así las exigencias de un derecho penal mínimo.

Por otro lado, la remisión en el aspecto procesal a las instituciones propias del sistema penal de adultos (Ley 906 de 2004), ha traído como consecuencia el desconocimiento de algunos de los principios internacionales y el menoscabo de las garantías y derechos de los adolescentes.

Es de anotar que la exigencia de un derecho penal mínimo ha sido ampliamente reconocida por el informe de la Comisión Interamericana

de Derechos Humanos: “justicia juvenil en las Américas”²² que propone la utilización de figuras como la remisión y la desestimación del caso, en concordancia con lo estipulado por la Convención en su artículo 40: “... Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales”.

Principio pedagógico

La Convención de los Derechos del Niño, en el artículo 40, numeral primero, contempla que los adolescentes a quienes se acuse o declare culpable de haber infringido las disposiciones penales, debe “ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad”²³.

La afirmación hecha por la convención es ratificada por el artículo 140 de la Ley 1098 de 2006 cuando afirma: “**Artículo 140.** *Finalidad del sistema de responsabilidad penal para adolescentes.* En materia de responsabilidad penal para adolescentes tanto el proceso como las medidas que se tomen son de carácter pedagógico, específico y diferenciado respecto del sistema de adultos, conforme a la protección integral. El proceso deberá garantizar la justicia restaurativa, la verdad y la reparación del daño”²⁴.

Queda entonces aclarado que la finalidad del sistema, antes que ser de tipo punitivo o retributivo, lo es de carácter pedagógico, y consiste en un proceso de formación y entrenamiento tendiente a lograr que el adolescente asuma un compromiso con el respeto de los derechos humanos y las libertades de los terceros y se promueva su integración efectiva a la sociedad.

Principio del enfoque restaurativo

Teniendo en cuenta las tendencias actuales de la administración de justicia en materia penal, la Ley 1098 de 2006 en el artículo 140 consagra como

22. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe Justicia Juvenil en las Américas*. Washington D.C., Estados Unidos. 2012.

23. Naciones Unidas. Convención de los Derechos del Niño 1989. Artículo 40. UNICEF. Comité Español. Madrid. 2006.

24. Ley 1098 de 2006. Artículo 140.

una de las finalidades del sistema de justicia juvenil que “el proceso deberá garantizar la justicia restaurativa, la verdad y la reparación del daño”²⁵ y en el artículo 178 consagra como finalidad de las sanciones: “**Artículo 178. Finalidad de las sanciones.** Las sanciones señaladas en el artículo anterior tienen una finalidad protectora, educativa y restaurativa, y se aplicarán con el apoyo de la familia y de especialistas”²⁶, dejando así estipulada como una finalidad del proceso el enfoque restaurativo, el cual plantea unas nuevas características, que lo alejan de los sistemas punitivos y retributivos del derecho penal clásico y abren una serie de posibilidades para la actuación del juez, los funcionarios judiciales y demás autoridades que intervienen en el proceso, en favor de la garantía de derechos y la inserción social del adolescente transgresor.

El principio de legalidad y la aplicación del bloque de constitucionalidad. Valoración del precedente judicial

Uno de los debates que se han planteado en la aplicación práctica del sistema de justicia juvenil en Colombia radica en los temores que existen, tanto en el juez de control como en los demás funcionarios judiciales, de violentar el principio de legalidad al aplicar los principios derivados de los instrumentos internacionales y concretamente aquellos que flexibilizan o adecuan las leyes penales a las circunstancias y necesidades propias de los adolescentes en aras de lograr dar efectividad al principio rector del interés superior.

Esta situación ha llevado a la aplicación de este sistema especial, desde las referencias hechas al sistema de adultos y por la tanto la negación del mismo, haciéndolo ver cada vez más como un apéndice del derecho penal, aplicado a los menores de 18 años, lo cual no solo se constituye en la negación de una nueva especialidad del derecho penal o sancionatorio, sino en un obstáculo para lograr los fines propuestos en cuanto a la integración social y la garantía de restablecer los derechos del adolescente que ha infringido las leyes penales.

El principio de legalidad debe entenderse como la necesidad y garantía de que todas las actuaciones de los funcionarios están sometidas a las leyes y al derecho, lo que redunda en una seguridad jurídica y en un fundamento de la conservación del Estado de derecho, fundamentado en las leyes constitucionalmente orientadas.

25 *Ibidem*.

26 Ley 1098 de 2006 artículo 178.

Para Orduz Barreto “El principio de legalidad ha de ser uno de los estándares o pilares básicos en la formación del abogado, porque conlleva implícita la aplicación de la norma superior”. En este orden de ideas, la normatividad penal sometida al amparo constitucional advierte que: “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”. El postulado anterior sugiere que la norma penal debe ser clara e inequívoca para que los funcionarios que deban aplicarla puedan garantizar que la conducta punible endilgada a una persona efectivamente está descrita en la ley, así mismo la conducta reprochada debe mostrar de manera diáfana y preexistente la sanción que se debe imponer, para que de esta manera sea el legislador y no el juez el que a su arbitrio disponga las sanciones, límites y cuantías a valorar. En consecuencia, no puede desconocerse la trascendental importancia de este principio, “la legalidad”, en la ley penal colombiana, pues su desconocimiento en cualquiera de las etapas procesales: indagación, investigación o juzgamiento conlleva que lo actuado sea ilegal, y que en consecuencia se pueda incoar la nulidad de lo actuado”²⁷.

Este arraigo o apego a la ley, que se constituye en un elemento de seguridad y garantía, se ha convertido a su vez en un obstáculo ficticio para aplicar otras normas de mayor jerarquía o los principios derivados de ellas, debido al temor de los funcionarios y en especial de los jueces de apartarse de los postulados legales e incurrir en una nulidad o lo que es peor en un prevaricato.

Se hace entonces necesario anotar que en el principio de legalidad se encuentran los argumentos necesarios para aplicar las normas internacionales comprendidas en el bloque de constitucionalidad, ya que el artículo 93 de la Constitución así lo plantea:

“Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno”²⁸.

Este mandato constitucional, aparece refrendado claramente en la Ley 1098 de 2006, la cual en su artículo 6° plantea un criterio integracionista al incluir dentro del Código de Infancia y adolescencia todo el cuerpo de la Convención sobre los derechos del niño de 1989: “**Artículo 6°.** *Reglas de*

27 Orduz Barreto, Claudia Patricia. El principio de legalidad en la ley penal colombiana. *Revista Criterio Jurídico Garantista*. 100, año 2, número 2, enero a junio. 2010.

28 Constitución Política de Colombia. 1991. Artículo 93.

interpretación y aplicación. Las normas contenidas en la Constitución Política y en los tratados o convenios internacionales de Derechos Humanos ratificados por Colombia, en especial la Convención sobre los Derechos del Niño, harán parte integral de este Código, y servirán de guía para su interpretación y aplicación. En todo caso, se aplicará siempre la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente.

La enunciación de los derechos y garantías contenidos en dichas normas no debe entenderse como negación de otras que, siendo inherentes al niño, niña o adolescente, no figuren expresamente en ellas”²⁹.

En el campo específico del sistema de responsabilidad penal para adolescentes, existe una remisión o referencia similar: “**Artículo 141.** *Principios del sistema de responsabilidad penal para adolescentes.* Los principios y definiciones consagrados en la Constitución Política, en los instrumentos internacionales de derechos humanos y en la presente ley se aplicarán en el Sistema de Responsabilidad para Adolescentes”³⁰.

Las anteriores disposiciones legales, dejan claro que en el más estricto cumplimiento del principio de legalidad, se debe acudir a los “tratados y convenios internacionales” según reza el artículo 93 de la CP, además a la Convención de los Derechos del Niño, que según el artículo 6° de la ley 1098/ 06 servirá de guía para su interpretación y aplicación y por último el artículo 141 del mismo Código, de manera específica frente al Sistema penal para adolescentes, plantea la aplicación en este sistema de los principios y definiciones consagrados en la Constitución Política y en los instrumentos internacionales.

El interés superior como principio regulador de las decisiones judiciales

El principio del “interés superior” consagrado en el artículo 3 de la convención de los derechos del niño, al expresar: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”, se constituye en un referente para la toma de cualquier decisión de tipo administrativo o judicial que afecte o intervenga el proceso evolutivo del niño, la niña o el adolescente y comprende también a los adolescentes que ingresen al sistema de justicia juvenil, ya que en

²⁹ Ley 1098 de 2006, artículo 6°.

³⁰ Ley 1098 de 2006, artículo 141.

ningún momento pierden sus derechos como menores de 18 años y la prelación que les asiste³¹.

Respecto a este tema el Comité de los Derechos del Niño ha expresado que en materia de justicia juvenil: “la protección del interés superior del niño, significa... que los tradicionales objetivos de la justicia penal, a saber, represión/castigo, deben ser sustituidos por los de rehabilitación y justicia restitutiva cuando se trate de menores delincuentes”³² y aunque puede haber cierto desacuerdo con el término “menores delincuentes” utilizado por el Comité, la pertinencia e importancia de la afirmación son claras: hablamos de una concepción distinta de los fines propuestos por la justicia juvenil frente a los tradicionales fines de la justicia penal en aras de la consideración del interés superior que asiste a los sujetos cobijados por el sistema especial.

Lejos de plantear un desborde de las facultades discrecionales del juez, el principio del interés superior, del que se tenía conocimiento tanto en los sistemas positivos como en los consuetudinarios, mucho antes de la promulgación de la Convención; se constituye en un elemento que le obliga a ceñirse al marco de los derechos humanos de los cuales es titular y que se encuentran consagrados en la Declaración Universal de 1948 y en la Convención de los derechos del Niño de 1989 como consensos universales que garantizan los derechos de manera universal la primera y específicamente para los menores de 18 años la segunda.

En consecuencia, el principio del interés superior no puede constituirse en argumento para adoptar medidas que agraven la situación del adolescente frente a la ley penal o que le conculquen sus derechos, constituyéndose en lo que el profesor Miguel Cilleros denomina “un principio garantista”³³.

De igual manera, considera que el principio del interés superior tiene una implicación práctica que dispone “una limitación, una obligación, una prescripción de carácter imperativo a las autoridades”³⁴.

El interés superior en conclusión supone la satisfacción integral de los derechos del niño o adolescente y, por tanto, la Convención de los Derechos

31 Arias López, Juan Carlos. Bloque constitucionalidad en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. 2010. p. 75.

32 Naciones Unidas. Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 10, Ginebra. 2007.

33 Cillero Bruñol, Miguel. El interés superior del niño en el marco de la Convención internacional sobre los derechos del niño. Disponible en <http://www.iin.oea.org/SIM/cad/sim/pdf/mod1/Texto%208.pdf> [on line]. Mayo 28 de 2008.

34 *Ibidem*.

del Niño ha llenado de contenido desde su catálogo de derechos el principio del interés superior.

De igual manera, el profesor Cillero Bruñol en su conferencia reseñada más arriba, otorga al interés superior unas funciones de carácter interpretativo, de prioridad en el diseño de políticas públicas y de ponderación entre el interés superior y el interés colectivo y plantea que para su aplicación debe buscarse “la integralidad, desde la máxima operatividad y la mínima restricción de derechos”³⁵.

Derivado del postulado anterior, podemos afirmar que la aplicación del interés superior del adolescente en el marco del sistema de justicia juvenil es una garantía para la preservación de los derechos del adolescente que ha infringido la ley penal y una orientación clara de utilizar en su atención un derecho penal mínimo, fundado en el principio de la generación de la mínima afflictividad posible.

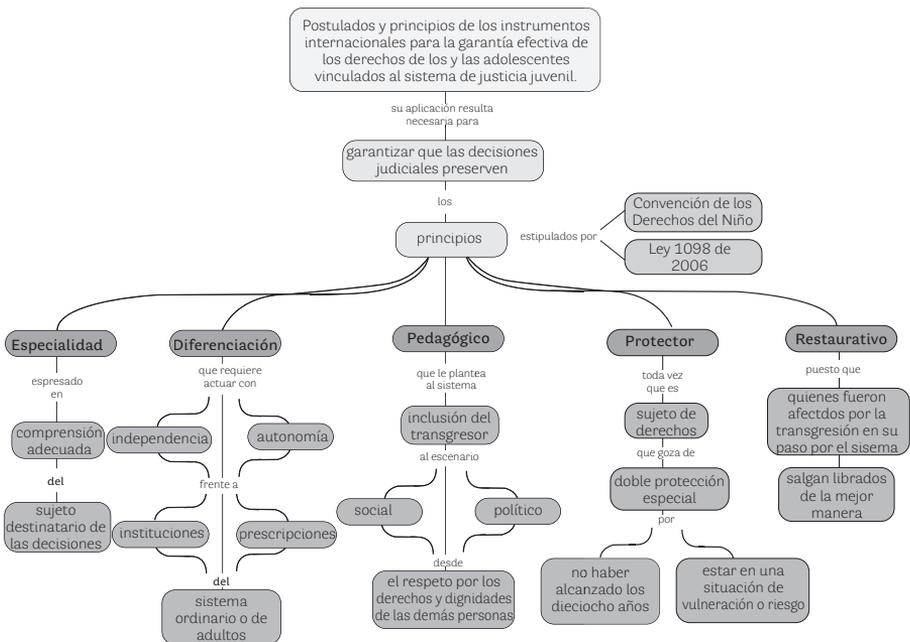


Ilustración 4. Los principios de la infancia y la adolescencia en los instrumentos internacionales

35 Ibidem.

Ap

Una vez estudiada la presente unidad, volvamos a reflexionar sobre las siguientes preguntas:

¿Cuáles son las normas que carácter internacional que son aplicables al SRPA que se desarrolla en Colombia y cómo podemos clasificarlas?

Clasifique en orden de importancia, según su propio criterio, los cinco principales principios derivados de los instrumentos internacionales que deban ser tenidos en cuenta para las decisiones judiciales que se tomen en el sistema de justicia juvenil colombiano.

Defina los criterios enunciados explicando su importancia.

¿Cuáles serían los principios específicos derivados de la Convención de los Derechos del Niño y como se les da aplicación en el proceso propio del Sistema Penal para Adolescentes?

¿Cómo se han aplicado estos principios en sus decisiones judiciales?

¿Cuáles serían los mecanismos apropiados para garantizar la participación de los adolescentes en las etapas propias del proceso estipulado por el sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes?

¿Qué implicaciones debe tener dicha participación para la toma de las decisiones por parte del juez?

Según su criterio y análisis, ¿Qué elementos propios de las instituciones procesales planteados en la Ley 1098 de 2006, impiden u obstaculizan la participación de los adolescentes en los diferentes momentos procesales?

¿Cuáles serían las consecuencias de no lograr o garantizar dicha participación?

Enuncie una de sus actuaciones, como juez del sistema penal para adolescentes, en la que haya tenido en cuenta el interés superior como principio garantista en favor del adolescente.

Regrese nuevamente a la lectura del caso inicial. ¿Considera que en el mismo se vulneró alguno de los principios enunciados? Indique y explique cuáles

Ae

Actividades de Autoevaluación

Estudio de caso:

Se propone el siguiente caso a partir del cual se debe dar respuesta a las preguntas, teniendo en cuenta los temas tratados en la presente unidad.

Caso 1 “Un adolescente ofendido”

Carlos, un adolescente de 16 años y tres meses, llega a su casa, ubicada en una vereda del municipio de Buena Vista, el sábado 15 de octubre, a las 9:30 de la noche luego de haber estado en el poblado compartiendo con sus amigos, con quienes se jugó en unos billares y se tomó unas cervezas.

Al llegar a su casa escucha los gritos de una mujer que pide ayuda desesperada y al ingresar a su casa encuentra que su padrastro, Pedro Nel, hombre de 40 años que convive esporádicamente con su madre María Esther de 30 años la está agrediendo, en el hecho observa que le está propinando una golpiza con la hoja de un machete.

Al observar la situación Carlos entra a su cuarto y toma otro machete enfrentándose con su padrastro, a quien le propina una herida en el hombro derecho y otra en el antebrazo izquierdo, el mismo recibe una herida en el rostro y otra en la parte baja de la cabeza cercana al cuello.

Los vecinos intervienen y los heridos son separados y llevados a diferentes centros de salud, Carlos a uno más cercano en la vereda “Los Planes” mientras su padrastro es conducido al hospital municipal de Buena Vista.

Las cosas parecen quedarse así, y Carlos no quiere interponer ninguna denuncia, pues considera que esos asuntos se deben arreglar en la familia y aunque fueron muy desagradables no pasaron de ser un asunto circunstancial, tampoco quiere perjudicar a

Ae

su madre, quien de verdad ama al hombre que la agredió y con quien tiene otros dos hijos María de 6 años y Tomás de 2.

Caso contrario sucedió con Pedro Nel, quien fue remitido a Medicina Legal, donde le dictaminaron unas lesiones personales con incapacidad mayor a 30 días, razón por la que interpuso la respectiva denuncia ante la Fiscalía. Todo esto sin que Carlos ni su madre se enteraran de estos hechos.

El día 22 de diciembre, sábado previo a la Navidad, cuando Carlos visitaba a una tía en el pueblo de Buena Vista, se dio un operativo por parte de la Fiscalía y la Policía tendiente a la aprehensión del adolescente, el cual asustado, trato de huir, siendo sometido a la fuerza por los agentes de la policía, quienes en desarrollo de las acciones le partieron una mano y le fracturaron un diente.

El adolescente es conducido a los calabozos municipales desde ese día sábado a las 10 de la mañana donde permanece en compañía de varios adultos hasta el lunes 24, cuando se le realiza la audiencia de legalización de la captura a las 2 p. m., la captura es legalizada y por insinuación y consejo del Defensor Público, Carlos se allana a cargos y es remitido un centro de internamiento preventivo ubicado en la capital de la provincia.

En este momento se encuentra esperando la citación a la audiencia de imposición de la sanción, y según tiene entendido se le ha pedido al juez que le imponga una medida en el centro especializado, en especial, porque debido a que no estaba estudiando y tiene algunos problemas con el licor, allá puede estudiar y participar de un programa para que se aleje del alcohol.

Por otro lado, no se considera conveniente que vuelva a su casa, puesto que eso puede traer consecuencias adversas, dada la animadversión del padrastro en su contra y la necesidad de garantizar los derechos

<i>Ae</i>	<p>a la unidad familiar de sus hermanitos que son muchos menores que él y si son hijos legítimos de su padrastro.</p> <p>Carlos ha aceptado su responsabilidad y está dispuesto a recibir la medida, esperando que sea lo más provechosa posible para él y su familia.</p> <p>Con base en la situación descrita, responda las siguientes cuestiones:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Elabore un cuadro en el cual identifique los derechos que le fueron garantizados y vulnerados a Carlos en las actuaciones descritas. • Correlacione esos derechos con los principios derivados de los instrumentos nacionales e internacionales. • Realice un escrito de máximo dos páginas en el cual destaque cómo se tuvo en cuenta, o se debió tener en cuenta el interés superior del adolescente en el manejo de este caso. • Como juez de conocimiento ¿cuáles serían sus decisiones frente a este caso?
-----------	---

<i>J</i>	<p>Sentencia C-225-95 M. P.: Alejandro Martínez Caballero. Posición reiterada en sentencia C-578-95 M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz, Sentencia C-358-97 M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz y en Sentencia C-191-98 M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.</p> <p>Sentencia C-574-92 M. P.: Ciro Angarita Barón. “Los valores y principios incluidos en el texto constitucional cumplen la función de asegurar la permanencia y obligatoriedad del contenido material de la Constitución. Aquí se refleja la voluntad constituyente de hacer obligatorio el respeto de principios considerados.</p>
----------	--

B

Angulo González, Guillermo, et ál. Sistema de Juzgamiento en el Proceso de Responsabilidad Penal para los y las Adolescentes, Régimen de Libertad: Captura y Medidas de Aseguramiento. Bogotá: Universidad Militar - Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2009.

Arias López, Juan Carlos. *Bloque constitucionalidad en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2010.

Cillero Bruñol, Miguel. El interés superior del niño en el marco de la Convención internacional sobre los derechos del niño. 2008. Disponible en <http://www.iin.oea.org/SIM/cad/sim/pdf/mod1/> mayo 28 de 2008.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe Justicia Juvenil en la Américas*. Washington D. C., Estados Unidos, 2012.

Constitución Política de Colombia.

Ley 1098 de 2006 artículo 140.

Naciones Unidas. Organización Internacional del Trabajo. Convenio 182 sobre la erradicación de las peores formas de trabajo infantil. 199

Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos 2005/20, 36^a sesión plenaria 22 de julio de 2005.

Naciones Unidas. Convención de los derechos del Niño 1989. Artículo 12. UNICEF. Comité Español. Madrid. 2006.

Naciones Unidas. Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 12, 51^o período de sesiones, Ginebra, 25 de mayo a 12 de junio de 2009.

<p>B</p>	<p>Naciones Unidas. Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 10, Ginebra. 2007</p> <p>Orduz Barreto, Claudia Patricia. El Principio de legalidad en la ley penal colombiana. <i>Revista Criterio Jurídico Garantista</i> 100, año 2, número 2, enero a junio 2010.</p> <p>Personería de Medellín. <i>Instrumentos jurídicos para la protección de los derechos de la Infancia. Ley 1098 de 2006</i>. Medellín: Editorial Don Bosco.</p> <p>Wolfhugel Gutiérrez, Christian Leonardo. Los instrumentos internacionales, su armonización, incidencia y aplicación en el sistema de responsabilidad penal para adolescentes. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2014.</p>
-----------------	--

Unidad 2.

EL ENFOQUE DE JUSTICIA RESTAURATIVA EN EL SRPA

<p><i>Og</i></p>	<p>Al concluir el estudio de esta unidad, los funcionarios judiciales y empleados adscritos al Sistema de Responsabilidad Penal para adolescentes estarán en capacidad de aplicar el enfoque restaurativo en sus decisiones y se constituirán en impulsadores y garantes del mismo en las diferentes etapas del proceso.</p>
<p><i>Oe</i></p>	<p>Plantear las diferentes vertientes desde las cuales proviene el enfoque restaurativo y avanzar en la concepción del mismo como una posibilidad de dar un contenido social y de equidad a los sistemas penales.</p> <p>Reconocer los elementos que identifican el enfoque restaurativo aplicable a los sistemas de justicia juvenil y establecer las diferencias que debe tener frente al aplicado en la justicia penal de adultos.</p> <p>Identificar las posibilidades de aplicar un enfoque de justicia restaurativa en las diferentes etapas del proceso, reconocer los responsables de la aplicación del mismo y los mecanismos para hacerlos efectivos.</p> <p>Conocer y operacionalizar las herramientas y mecanismos apropiados para aplicar el enfoque restaurativo por parte del funcionario judicial.</p> <p>Comprender y valorar el rol que debe cumplir el juez de infancia y adolescencia en la garantía del restablecimiento de los derechos para el adolescente transgresor.</p>

Actividades pedagógicas. Evaluación de entrada

<p><i>Ap</i></p>	<p style="text-align: center;">Los chicos aprovechados</p> <p>Ante el juez de infancia y adolescencia del circuito judicial de ciudad Tranquila, han llegado varios casos de adolescentes vinculados al sistema de justicia juvenil por el delito de hurto calificado.</p> <p>La modalidad del hurto consiste en el hecho de esperar a las personas de la tercera edad, ancianos en su mayoría, que salen de los cajeros dispensadores de dinero y luego de un forcejeo, quitarles lo que acaban de retirar.</p> <p>Los fiscales han considerado que esta modalidad de hurto presenta el agravante de haber sido ejecutado en contra de unas personas en claro estado de debilidad, pues son ancianos y han utilizado la fuerza física propia de los adolescentes, lo cual termina de poner en mayor desventaja a la víctima.</p> <p>La alarma y el temor se han apoderado de ciudad Tranquila y hasta el sacerdote Severo Ferro, desde el púlpito ha hecho alusión a estos desafortunados hechos, pidiendo una sanción ejemplarizante para los adolescentes, a quienes califica de desadaptados, aprovechados y delincuentes.</p> <p>Es juez Justo Pastor, con amplia experiencia en la atención a los adolescentes transgresores de la ley penal, considera que estos actos no están muy lejanos de ser simples travesuras de estos chicos, para lo cual bastará con una sanción pedagógica que lleve a los adolescentes a sentir vergüenza por lo que hicieron y a comprometerse a no repetirlo, para lo cual se les hará firmar un compromiso ante el juzgado, el cual debe ser refrendado por sus representantes legales (padres) quienes se comprometerán a prestarles una mayor atención y acompañamiento. Fuera de esto se les impondrá a los chicos la realización de algún trabajo comunitario en calidad de retribución a la comunidad por el daño que causaron.</p>
------------------	--

Ap

El juez Justo Pastor se reúne con algunas personas de la comunidad, buscando cuál puede ser la mejor idea y en estas diligencias se encuentra con la profesora Luz del Buen Consejo, quien le recomienda lo siguiente:

Ella en compañía de otros docentes preparara un taller en el cual hablarán a los adolescentes de la obligación que tenemos de cuidar a los ancianos y respetar la propiedad ajena, también harán referencia a la satisfacción de ganar el propio dinero con esfuerzo y así deleitarse en el disfrute de lo conseguido con el trabajo propio.

Buscarán el mecanismo para hacer sentir a los adolescentes repugnancia por lo que hicieron y delante de sus padres expresarán el arrepentimiento por los hechos y el compromiso de no volver a repetir dichas situaciones.

Posteriormente a esta conferencia serán llevados a una visita al asilo municipal donde interactuarán con los ancianos y cada joven se responsabilizará de sacar a pasear por la ciudad a uno de los ancianos, brindándole la mayor atención y cuidado posible, esta actividad la deberá realizar una tarde cada quince días durante tres meses.

El juez Justo Pastor ve viable y acertada la sugerencia de la profesora Luz del buen Consejo y decide que esa actividad puede reemplazar el proceso de justicia juvenil.

Una vez leído y comentado este caso, sírvase responder el siguiente cuestionario.

Diga si las siguientes afirmaciones son verdaderas (v) o falsas (f) y justifique su respuesta:

Los agravantes aducidos por los fiscales deben ser retomados por el juez. V () F ()

Ap	<p>El clamor comunitario manifestado por el sacerdote Severo Ferro debe ser tenido en cuenta por el juez para castigar ejemplarmente a los adolescentes y brindar una sensación de seguridad a la ciudadanía. V () F ()</p> <p>Haber comentado los hechos con la profesora y otros líderes de la comunidad violenta el derecho a la confidencialidad del proceso y la intimidad de los adolescentes. V () F ()</p> <p>La exposición de los adolescentes frente a otros transgresores y sus padres puede significar una revictimización de los mismos. V () F ()</p> <p>Teniendo en cuenta que las normas que rigen en la ciudad expresamente consagran que esta modalidad delictiva debe ser sancionada con una medida privativa de la libertad entre los 3 y los 24 meses, se ha violentado el principio de legalidad por parte del juez Justo Pasto. V () F ()</p> <p>¿Cuáles principios propios de los sistemas juveniles aplican y cuáles desconoce el Juez Justo Pastor en la manera como desarrolla el proceso?</p> <p>¿Considera que las acciones desarrolladas tienen un enfoque restaurativo? Justifique su respuesta.</p>
----	---

INTRODUCCIÓN

De acuerdo con la práctica previa orientada a la indagación de necesidades, en este capítulo se aborda la concepción de la Justicia Restaurativa aplicable al SRPA, de manera que se indagará por sus elementos y principios, su realización en las diferentes etapas del proceso, se identificará el papel del Juez en la garantía del enfoque restaurativo al tiempo que se reconocerán las herramientas y mecanismos apropiados para aplicar el enfoque restaurativo y el rol del juez en la garantía del restablecimiento de los derechos para el adolescente transgresor.

Orígenes y justificación de la justicia restaurativa

Desde el momento de la aparición del derecho positivo, se ha presentado una *tensión* entre la aplicación de las normas escritas para la solución de los

conflictos y la búsqueda, en otros mecanismos, propios de las comunidades las respuestas justas y equitativas a las controversias. De manera que se logre encontrar una mejor solución, tendiente a la reconstrucción de la armonía social puesta en peligro por los enfrentamientos propios de los conflictos.

Esta tensión se ha manifestado desde el estudio y valoración de las denominadas “*prácticas de justicia comunitaria*”, a partir de las cuales las comunidades de manera directa se apropian de los conflictos y controversias que se presenten entre sus miembros o entre estos y la colectividad, acudiendo a las regulaciones autóctonas, propias de las tradiciones y culturas y no necesariamente a las normas de derecho, ya que en muchas ocasiones no logran generar el ambiente que permita la aplicación de la justicia y la equidad, necesarias para el mantenimiento de los lazos comunitarios.

Dicha disyuntiva entre las respuestas dadas por la aplicación de las normas y la búsqueda de soluciones equitativas y justas la podemos ver reflejada en dos mensajes, que se constituyen en argumentos claros que evidencian la presencia de la disyuntiva entre derecho y justicia:

Mahatma Gandhi, al final de su vida afirmaba:

“Comprendí que la verdadera función de un abogado consiste en procurar reconciliar a las dos partes en litigio. Estaba tan convencido de ello que consagré gran parte de mis veinte años de ejercicio a arreglar un montón de asuntos por medio de transacciones aceptadas amigablemente”³⁶, dándonos a entender que más allá de la aplicación de las normas, se hace necesaria una tarea de concertación y acercamiento entre quienes se han visto distanciados por la colisión de sus intereses y enfrentados para la satisfacción de los mismos y llevándonos a considerar que hay valores y principios que están por encima de las normas.

Por su parte, el profesor uruguayo Juan Couture en su famoso “Decálogo del abogado”, en el numeral 4º, corrobora la idea anterior al expresar: “Abogado tu deber es luchar por el derecho, pero si encuentras que el derecho riñe con la justicia, deja el derecho y busca la justicia”³⁷.

Uno de los asuntos de más difícil tratamiento por parte de las comunidades, tanto desde sus normas propias, como desde el derecho, ha sido el relacionado con la manera como debe responderse a los actos de sus

36 Gandhi. Todos los hombres son hermanos. (10 ed.). Madrid: Sociedad de Educación Atenas. 1988, p 38.

37 Couture Etcheverry, Juan. Decálogo del abogado.

niños y adolescentes que trasgreden las normas y más específicamente las normas de carácter penal e incurrir en agresiones a los demás miembros de la comunidad o a la comunidad en general, calificadas como hechos delictivos.

Como ejemplo positivo a este respecto, hemos tomado el denominado “la canción africana” o “la canción de uno”, en el cual la poeta africana Tolba Phanem nos relata la siguiente práctica:

“Cuando una mujer de cierta tribu de África sabe que está embarazada, se interna en la selva con otras mujeres y juntas rezan y meditan hasta que aparece la canción del niño.

Ellas saben que cada alma tiene su propia vibración que expresa su particularidad, unicidad y propósito. Las mujeres encuentran la canción, la entonan y cantan en voz alta. Luego retornan a la tribu y se la enseñan a todos los demás.

Cuando nace el niño, la comunidad se junta y le canta su canción.

Luego, cuando el niño va a comenzar su educación, el pueblo se junta y le canta su canción. Cuando se inicia como adulto, nuevamente se juntan todos y le cantan. Cuando llega el momento de su casamiento, la persona escucha su canción en voz de su pueblo.

Finalmente, cuando el alma va a irse de este mundo, la familia y amigos se acercan a su cama y del mismo modo que hicieron en su nacimiento, le cantan su canción para acompañarle en el viaje.

En esta tribu, hay una ocasión más en la que los pobladores cantan la canción: Si en algún momento durante su vida la persona comete un crimen o un acto social aberrante, se le lleva al centro del poblado y toda la gente de la comunidad forma un círculo a su alrededor. Entonces... le cantan su canción.

La tribu sabe que la corrección para las conductas antisociales no es el castigo, sino el amor y el recuerdo de su verdadera identidad. Cuando reconocemos nuestra propia canción ya no tenemos deseos ni necesidad de hacer nada que pudiera dañar a otros.

Tus amigos conocen tu canción, y te la cantan cuando la olvidaste. Aquellos que te aman no pueden ser engañados por los errores que cometes o las oscuras imágenes que a veces muestras a los demás. Ellos recuerdan tu belleza cuando te sientes feo, tu totalidad cuando estás quebrado, tu inocencia cuando te sientes culpable, tu propósito cuando estás confundido.

Desde esta práctica podemos advertir algunos elementos necesarios en el proceso de atención y de vinculación de los niños y niñas a sus comunidades: preparación de su llegada por parte de la familia y la comunidad, creación de un espacio propio reconocido por los demás como mecanismo de inclusión, compromiso comunitario para la acogida, tratamiento individualizado, ya que la canción es un elemento que identifica al individuo y, por último, se percibe la utilización del acto pedagógico basado en el respeto y el amor, tanto para el estímulo positivo como para el estímulo negativo a sanción.

A partir de estos elementos encontrados en una práctica ancestral, podemos afirmar que, para la atención a los adolescentes transgresores de las normas penales, es necesaria la presencia de funcionarios que busquen y logren un acercamiento a ellos a partir de gestos y palabras que capten su atención y confianza y convencidos que antes que aplicar un castigo, su labor consiste en un proceso de persuasión que logre vincular a los adolescentes a las dinámicas sociales deseadas.

Crisis del derecho como regulador de conflictos

En las últimas décadas nos hemos encontrado a nivel mundial con una crisis del derecho, en especial de las normas en su papel de dinamizar las relaciones sociales y regular los conflictos, fenómeno dado no solo por la desconfianza en las mismas normas, las cuales en muchas ocasiones solo son expresiones que favorecen los diferentes grupos de poder representados por las instituciones que las elaboran, sino que en ocasiones se presentan como instrumentos para la opresión y represalia a los grupos mayoritarios de desfavorecidos que reclaman sus derechos.

Esta crisis del derecho se presenta de una mayor manera en el derecho penal o sancionatorio, en primer lugar, por un abuso del mismo, ya que a partir de su ordenamiento restrictivo y punitivo se ha pretendido regular situaciones conflictivas que tienen su origen en desajustes sociales y requieren otro tipo de atención y tratamiento. Situación que se presenta con frecuencia en el denominado derecho penal de adolescentes o jóvenes, el cual muchas veces se utiliza para enfrentar problemas tales como el consumo y la adicción sustancias estupefacientes, las confrontaciones intergeneracionales con sus padres y adultos responsables y su natural rebeldía frente a los órdenes establecidos. Además no solo es la causa de respuestas ineficaces y equivocadas, sino que retrasa, con consecuencias desfavorables, el diseño y ejecución de políticas sociales que atiendan las problemáticas mencionadas.

En cuanto a las políticas criminal y penitenciaria es manifiesto un inconformismo frente a la manera como se han venido concibiendo y ejecutando en la mayoría de los Estados, un uso abusivo de las restricciones penales, un incremento en la criminalización de comportamientos y en la utilización de penas privativas de la libertad, que por lo demás carecen de todo enfoque pedagógico y resocializador, dando como resultado un número creciente, a veces dramático de personas privadas de la libertad, un incremento de injusticias sociales, ya que los afectados por este derecho sancionatorio suelen ser provenientes de los sectores más pobres y excluidos de nuestras sociedades y un creciente resentimiento de los afectados frente a los grupos sociales favorecidos, situaciones que no son extrañas a la situación que se vive desde el denominado derecho penal de adolescentes.

Respecto a estos temas el profesor argentino Roberto Gargarella, destacado tratadista en temas de justicia, en el prólogo que escribe para el texto "Derechos y grupos desaventajados"³⁸ y más concretamente en el texto "De la injusticia penal a la justicia social"³⁹; ha puesto de manifiesto las situaciones planteadas anteriormente, dentro de las cuales destacamos las siguientes afirmaciones:

«separamos a quienes encerramos de aquellos que los aman o pueden darles afecto, los expulsamos del mercado de trabajo, los tratamos como animales y los vinculamos con personas a las que previamente hemos identificado como sujetos con problemas de conducta y dificultades de integración. Luego nos sorprendemos de que esas personas reincidan, criticamos indignados su indisposición a incorporarse al mercado laboral y nos autoconvencemos de que merecen el lugar que ocupan»⁴⁰.

Las situaciones descritas en este párrafo dan cuenta de las realidades vividas en los denominados sistemas penales de adolescentes, los cuales, al igual que los de adultos, separan, encierran, excluyen, maltratan y asocian perversamente a los jóvenes y adolescentes que vinculan y por tanto sus resultados suelen ser la exclusión permanente y la creación de imaginarios de rechazo y enfrentamiento de los jóvenes y adolescentes que pasan por el contra el resto de la sociedad y de manera especial contra las instituciones y autoridades que los pretenden gobernar.

Algunos problemas similares a los anteriores han sido cuidadosamente tratados por el sociólogo francés Loic Wacquant, en textos como: *Parias*

38 Gargarella, Roberto. Derecho y grupos desaventajados. Barcelona: Gedisa. 1999.

39 Gargarella, Roberto. De la injusticia penal a la justicia social. México: Siglo del Hombre editores. 2010

40 *Ibidem*.

urbanos. Marginalidad en la ciudad a comienzos del milenio (2001). *Las cárceles de la miseria* (2001), *Castigar los Pobres: El Gobierno Neoliberal de Inseguridad Social* (2009) y *Los condenados de la ciudad. Gueto, periferias y Estado* (2013), entre otras.

El surgimiento de contrapropuestas

Frente a las situaciones anteriormente descritas y a la consideración de la ineficacia del derecho, en especial, del derecho positivo o normas escritas en el ámbito penal, surgen desde antaño otras propuestas, las cuales de una manera general pueden ser asociadas al denominado “derecho alternativo” o el “otro derecho” que suele definirse como un movimiento social y académico que trata de mitigar las consecuencias desfavorables de la aplicación de unas normas sin contenido social y por el contrario buscar en la herramienta jurídica un posibilidad de avanzar en el cierre de las brechas sociales y en el alcance de unas mínimas condiciones de justicia y equidad.

Respecto a este movimiento podemos destacar la obra “El derecho dúctil”⁴¹, del profesor italiano Gustavo Zagrebelsky y en el campo nacional “los jueces de mármol”⁴² escrito por el magistrado Andrés Nanclares, textos en los que se nos presenta la posibilidad de hacer un uso social del derecho, en favor de la justicia y la equidad, a partir de operadores e intérpretes de la norma comprometidos con el respeto por la dignidad humana y los derechos de las personas, estos elementos van a ser claves en la aplicación del derecho penal de adolescentes.

La situación ha sido tan tensa que ha dado lugar al surgimiento de las denominadas corrientes abolicionistas del derecho penal, en especial, de la posibilidad de aplicar penas, en las cuales se destaca como uno de sus representantes más radicales el danés Thomas Mathiesen, siendo necesario anotar que algunos elementos de estas corrientes fueron de gran incidencia en la sustentación de tesis que alrededor de las décadas del 80 y del 90, propusieron una inimputabilidad general y una exclusión del derecho penal para los adolescentes.

Como parte de estas propuestas abolicionistas debemos destacar unas posturas un poco más moderadas que, aunque reconocen las posibilidades de un derecho penal, plantean la abolición de las penas o al menos de algunas de ellas como la privación de la libertad, o las aflictivas materialmente como

41 Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil*. (11ª edición). Madrid: Editorial Trotta. 2016.

42 Nanclares, Andrés. *Los jueces de mármol*. Bogotá: Editorial Ibáñez. 1996.

la pena de muerte, al respecto debemos mencionar la obra “el último día de un condenado a muerte” escrita por el francés Víctor Hugo en 1829.

Frente a la situación anterior y para zanjar las diferencias y mediar en el enfrentamiento entre los defensores de un derecho penal punitivo y sancionatorio y los que plantean las más radicales propuestas abolicionistas, surgen otros denominados movimientos intermedios, los cuales se destacan por buscar alternativas que permitan dar a la aplicación del derecho y en especial del derecho penal una función más social que permita encauzarlo hacia la posibilidad de ser una herramienta que facilite la concertación y la convivencia entre los ciudadanos.

Dentro de estos movimientos podemos destacar los jueces para la democracia, creados en España desde 1983, los jueces gauchos que surgen en el sur de Brasil y norte de Argentina a mediados de la década de los 80, destacándose el jurista Amilton Bueno Carvalho, y el cual ha tenido influencia en algunos jueces y magistrados como es el caso del profesor Joao Batista Costa Saraiva, al que debemos una referencia especial por haber hecho toda su carrera como juez de infancia y adolescencia.

En este sentido y buscando de manera concreta que la aplicación del derecho tenga una incidencia positiva en la protección de los niños, niñas y adolescentes y aunque basados en las teorías de la protección buscan unas mejores condiciones de vida y atender sus problemas desde el derecho, surge el movimiento de “Magistrados y jueces por la infancia” alrededor de 1930.

Todas estas propuestas y otras más que no alcanzamos a mencionar en este escrito, en su mayoría provenientes del ejercicio de la magistratura y la academia, han dado lugar a un movimiento social tendiente a mitigar las consecuencias desfavorables de la aplicación del derecho penal y a buscar que la aplicación de estas normas redunde en resultados favorables tanto para los afectados, como para los transgresores y sus comunidades. Este movimiento es conocido como el de la justicia restaurativa, o el enfoque restaurativo de la justicia, que desde los años 80 viene planteando un cúmulo de posibilidades en la aplicación de la ley y en especial de la ley penal.

Elementos y principios del enfoque de justicia restaurativa aplicable en los Sistemas de Justicia Juvenil

Los informes y situaciones presentadas en el desarrollo de los sistemas penales de adolescentes en América Latina nos permiten advertir la poca

eficacia que han tenido estos sistemas en sus propósitos de reintegrar a los adolescentes transgresores a la normalidad social, de restablecer sus derechos y de recomponer el tejido familiar y comunitario.

En el campo de la atención a los adolescentes acusados de transgredir las normas, podemos observar situaciones en las cuales los sistemas penales, terminan castigando a adolescentes que han sido víctimas de otros delitos y que incluso su supuesta acción transgresora tuvo como causa próxima el ser sujeto pasivo de acciones delictivas tales como agresiones sexuales, maltratos físicos o psicológicos, utilización en conflictos, violencias o delincuencia por parte de adultos o redes que en muchas ocasiones se lucran o aprovechan de sus acciones transgresores.

El sistema de justicia penal no ha logrado al menos ser el puente para un efectivo restablecimiento de derechos para estos adolescentes que en su mayoría provienen de escenarios de exclusión, ilegalidad y violencia y por el contrario se ha constituido para ellos en un mecanismo más de vulneración, alejándolos de sus familias, de sus comunidades y acrecentando sus resentimientos sociales, o induciéndolos a verdaderas carreras delictivas, debido al maltrato del que son víctimas.

Esta situación se ve claramente reflejada en el informe *“Justicia juvenil en las Américas”* presentado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, organismo que hace parte de la OEA, que preocupado por el fenómeno y atendiendo los llamados de múltiples sectores, realizó una investigación sobre el estado de este sistema en América Latina en el año 2011⁴³.

Este informe destaca la existencia de unas estructuras precarias encargadas de brindar la garantía de derechos necesaria para proteger a los niños, niñas y adolescentes, de una temprana incursión en la delincuencia, así como la presencia de dificultades y fallas en el diseño y ejecución de las medidas, muchas de ellas aplicadas desde programas que vulneran los derechos de los adolescentes y jóvenes; así como una gran ineficacia en el logro de los resultados u objetivos previstos para este tipo de legislaciones, como lo son la protección e inclusión del adolescente transgresor a la sociedad.

Aplicado a la situación colombiana, esta situación se ve reflejada y constatada en los informes producidos por la “comisión de verificación de

43 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe Justicia Juvenil en las Américas*. Washington D. C., Estados Unidos. 2012.

derechos humanos de los adolescentes privados de la libertad”, resultado del diagnóstico y análisis realizado durante los años 2014 y 2015, por los informes producidos por la Defensoría del Pueblo⁴⁴ (2015 y 2016) y por la Procuraduría General de la Nación (2012 y 2015), siendo notorio que el Estado colombiano, al igual que muchos otros estados del continente viven una situación deficitaria en la aplicación de los sistemas de justicia juvenil y deben revisar la forma como lo han venido implementando⁴⁵.

La crisis de los sistemas penales de adolescentes, se suma a una situación estructural adversa, representada en una crisis del derecho penal y penitenciario, en la deficiencia y precariedad de las políticas criminales y penitenciarias, casi inexistentes en la región, en un creciente populismo punitivo, acrecentado por los medios de comunicación sensacionalistas e irresponsables en su gran mayoría, lo cual ha desembocado en un imaginario social adverso a los fines de los sistemas penales juveniles, ya que se encuentra basado en el deseo de “castigos ejemplares”, fundados en un miedo generalizado y en una situación de caos, que destruye las confianzas necesarias para convivir en sociedad.

Por otro lado el abuso del derecho sancionatorio, a través de la penalización de múltiples problemas sociales, como el consumo, la adicción a sustancias psicoactivos, el ejercicio de ciertas actividades económicas catalogadas de ilegales como la minería, laborales y las manifestaciones violentas al interior de la comunidad familiar o escolar, han traído como consecuencia una exacerbación del castigo, representado en el incremento irracional de las medidas privativas de la libertad y por ende de la población carcelaria, mayoritariamente compuesta por adolescentes y jóvenes.

Todos los fenómenos enunciados anteriormente, más la insuficiencia de las políticas públicas de garantía de los derechos, dirigidas a los niños, niñas y adolescentes, han sido la causa de un resurgimiento de las prácticas que basadas en la situación irregular, buscan a través de las instituciones propias del sistema de justicia para adolescentes resarcir la situación de exclusión y olvido en que viven una gran parte de los adolescentes y jóvenes; vinculados al sistema penal y generando un imaginario perverso, desde el cual puede llegarse a concluir que la transgresión a la norma es el camino para lograr satisfacer los derechos que de otra manera no serían atendidos.

44 Defensoría del Pueblo. Informe defensorial. *Violaciones a los derechos humanos de los adolescentes privados de la libertad*. Bogotá: Imprenta Nacional. 2015.

45 Procuraduría General de la Nación. *Informe de vigilancia superior al sistema de responsabilidad penal para adolescentes*. Bogotá: IEMP Ediciones. 2015.

Estas anotaciones nos llevan a concluir acerca de la insuficiencia de un sistema de justicia juvenil o mal denominado derecho penal de adolescentes, visto como un derivado de los derechos penales de adultos y del derecho minorista tutelar y nos conduce a plantear la necesidad de buscar otras alternativas que sirvan para restablecer los derechos de los adolescentes transgresores, para satisfacer los derechos de las víctimas y para recomponer los lazos de armonía y convivencia comunitarios, rotos por la acción transgresora.

Estas necesidades han encontrado algunas respuestas en la denominada justicia restaurativa, la que más que ser un modelo especial de justicia, se considera un enfoque necesario para la aplicación de la justicia y en especial de la justicia penal, ya que plantea un cambio de imaginario frente a derecho penal retributivo, aplicado tradicionalmente.

Dicho cambio, radica en orientar los esfuerzos de la justicia, antes que, a la búsqueda y determinación de un culpable para sancionarlo, a ocuparse de los daños causados con la acción transgresora, atender las causas que originaron tales comportamientos y buscar alternativas para que las consecuencias de estos hechos puedan ser asumidas y mitigadas.

Esta denominada justicia restaurativa se encuentra avalada por las Naciones Unidas a través de la **Resolución 2000/14**, en la cual se establecen los principios básicos para la aplicación de programas de Justicia Restaurativa en materia penal y define lo que es un “programa de justicia restaurativa”; el “proceso restaurativo”; el “resultado restaurativo”; quienes son las “partes” y el “facilitador”⁴⁶.

Además plantea que la utilización de programas restaurativos requiere como mínimo la condición de imputado; el consentimiento libre de las partes; la razonabilidad y proporcionalidad de los acuerdos. La confidencialidad y es de carácter subsidiario al proceso penal y prescribe que de todas maneras los funcionarios se esforzarán por alentar al delincuente a que asuma su responsabilidad para con la víctima y las comunidades afectadas, y apoyarán la reintegración de la víctima y del delincuente en la comunidad.

Por su parte, la Resolución 2002/12⁴⁷, proferida por el Consejo Económico y social de Naciones Unidas, propone la promoción de la justicia restaurativa para los niños, la aplicación de los principios básicos

46 Naciones Unidas, Consejo Económico y Social. Principios Básicos sobre la aplicación de programas de justicia restaurativa en materia penal. Resolución 2000/ 14.2002.

47 Naciones Unidas. Consejo Económico y Social. Principios básicos para la aplicación de programas de justicia retributiva en materia penal, Resolución 2002/12. 2002.

sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal. En este campo las Naciones Unidas a través de Oficina contra la Droga y el Delito, publicaron en el año 2006, un *Manual de prácticas de justicia restaurativa* que, aunque dirigidas al proceso penal de adultos, toman como referencia acciones realizadas desde diferentes sistemas penales juveniles y se constituyen en un mecanismo de gran utilidad para la aplicación del enfoque restaurativo en los sistemas penales juveniles⁴⁸.

En el caso colombiano, la Ley de Infancia y Adolescencia (Ley 1098 de 2006), en su artículo 140 prescribe que *“en materia de responsabilidad penal para adolescentes tanto el proceso como las medidas que se tomen son de carácter pedagógico, específico y diferenciado respecto del sistema de adultos, conforme a la protección integral. El proceso deberá garantizar la justicia restaurativa, la verdad y la reparación del daño”*⁴⁹. Y el artículo 178 al hablar de la finalidad de las sanciones dice que *“las sanciones señaladas en el artículo anterior tienen una finalidad protectora, educativa y restaurativa”*⁵⁰.

De esta manera queda estipulada la obligatoriedad de aplicar un enfoque restaurativo en la implementación y desarrollo de este sistema especializado, el cual es avalado también por el ordenamiento penal ordinario, el cual el artículo 518 de la Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal) dice que *“se entenderá por Justicia Restaurativa, todo proceso en el cual la víctima y el imputado, acusado o sentenciado participan conjuntamente en forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito, en busca de un resultado restaurativo, con o sin la ayuda de un facilitador”*.

Queda entonces planteada la aplicación de la justicia restaurativa en el sistema penal de adolescentes, no solo como un reto, sino como una posibilidad de reenfocar este sistema hacia el logro de sus fines y propósitos, expresados en la Convención de los derechos del niño, que no son otros distintos a la inclusión del adolescente transgresor a una sociedad que lo acoge, le garantiza sus derechos y le permite vivir como ciudadano.

48 Naciones Unidas. Manual sobre programas de justicia restaurativa. Nueva York: Oficina contra la Droga y el Delito. 2006.

49 Ley 1098 de 2006. Código de infancia y adolescencia. Artículo 140.

50 Ídem., Artículo 178.

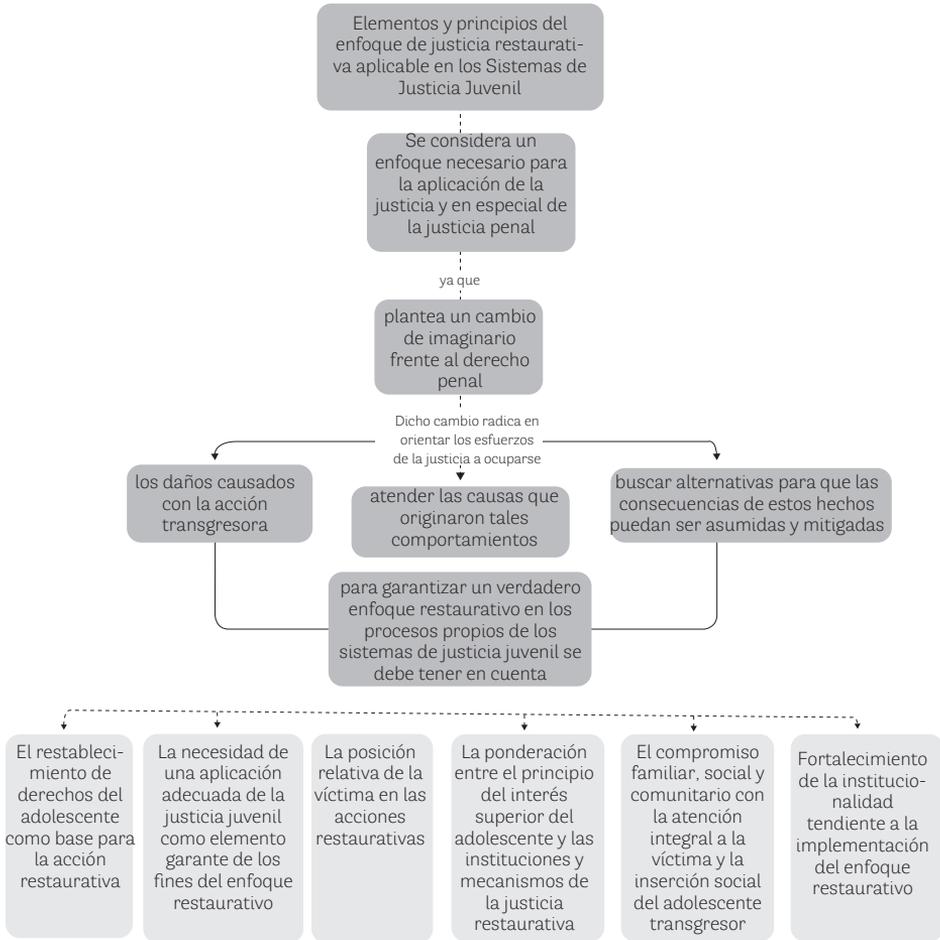


Ilustración 5. Elementos y principios del enfoque de justicia restaurativa

Algunas precisiones para la aplicación de la J. R. en el sistema de justicia juvenil

No obstante los postulados anteriores, la aplicación de la justicia restaurativa en los sistemas de justicia juvenil no ha sido pacífica ni fácil, pues al principio de los debates se percibió lo que podríamos denominar una colisión de intereses, ya que la justicia restaurativa –en su versión clásica– se centra en las consecuencias derivadas del hecho transgresor dando un valor y papel predominante a la víctima, mientras que los sistemas de justicia juvenil, en la figura del adolescente transgresor en favor de quien está estipulado el sistema con el objeto de lograr su efectiva y correcta inclusión

a la vida social. Se plantean entonces dos centros de atención: la víctima y el adolescente transgresor los cuales en un principio parece difícil acercar.

Otro elemento de especial discusión lo constituye la necesidad de lograr la participación efectiva de las familias tanto de las víctimas como del transgresor, así como de los miembros de la comunidad, lo cual puede ir en contra de la confidencialidad y reserva necesarias para la protección del adolescente y evitar procesos discriminatorios.

Estas y otras tensiones se han venido discutiendo y luego de más de 10 años de trabajos continuos se han logrado grandes acercamientos y más que eso, es desde los sistemas de justicia juvenil el punto de referencia donde se ha venido dando una mayor aplicabilidad y dinamismo a la implementación de los enfoques restaurativos en la administración de justicia, como lo demuestran tanto los contenidos del manual de programas de justicia restaurativa, mencionado anteriormente, donde la mayoría de las aplicaciones se han dado frente a jóvenes y adolescentes, y las experiencias presentadas en el congreso mundial de justicia restaurativa realizado por la fundación Terre des Hommes y el gobierno suizo, del 26 al 30 de enero de 2015 en la ciudad de Ginebra.

Sin embargo, debemos hacer algunas precisiones tendientes a garantizar un verdadero enfoque restaurativo en los procesos propios de los sistemas de justicia juvenil:

- *El restablecimiento de derechos del adolescente como base para la acción restaurativa*

Para intentar cualquier programa o acción tendiente a aplicar el enfoque restaurativo, es necesario contar con un sujeto capaz de comprender la acción transgresora, asumir su responsabilidad y valorar efectivamente a la víctima que ha sufrido las consecuencias de su transgresión.

Los programas clásicos de justicia restaurativa se olvidaron de resaltar este aspecto y se dio como resultado por parte de los transgresores una escasa comprensión de los fines del enfoque restaurativo y una aceptación de los programas y prácticas como mecanismo para lograr liberarse en forma total o parcial de las aflicciones propias del derecho penal, cumpliendo con los requisitos de una manera formal sin generar mayores compromisos.

En el caso de los adolescentes este asunto es de especial cuidado, ya que en su gran mayoría los menores de edad que transgreden las normas penales son víctimas de vulneraciones sistemáticas de sus derechos, hasta el

grado que algunas corrientes han cuestionado la legitimidad de los Estados para hacerles un juicio de reproche, debido a las circunstancias de olvido y marginalidad en que se han visto sumidos.

Para muchos de estos adolescentes es normal la situación de maltrato y agresión, justificando la obtención de los fines por la ley del más fuerte, siendo entonces necesario desarrollar un verdadero proceso de concientización de su propio valor como personas y ciudadanos, fin para el cual la legislación colombiana ha previsto el desarrollo de un proceso de restablecimiento de derechos que se inicia de manera simultánea con el proceso judicial originado por la transgresión, pero que puede prolongarse por mucho más tiempo dadas las condiciones especiales del adolescente.

Concomitantemente con el proceso administrativo de restablecimiento de derechos y el desarrollo de las etapas iniciales del proceso judicial propio del sistema juvenil, es necesario desarrollar un trabajo pedagógico con el adolescente que lo lleve a valorarse como persona, a reconocer el valor de los otros en especial y el de la víctima en forma particular y a sentir un reproche propio por los daños causados con su transgresión, tarea que en la práctica puede prolongarse en el tiempo, llegando incluso a superar los tiempos de los procesos judiciales. Este aspecto olvidado en un principio, recuperado con los adolescentes y jóvenes, se viene constituyendo en una etapa que debe surtir para garantizar la eficacia del enfoque restaurativo en los programas dirigidos a personas adultas.

Este proceso administrativo de restablecimiento de derechos, reglado por el Código de Infancia y adolescencia, entre los artículos 50-59 que se propone “la restauración de su dignidad e integridad como sujetos y de la capacidad para hacer un ejercicio efectivo de los derechos que le han sido vulnerado” (artículo 50), debe ser desarrollado por las Defensorías de familia y sus equipos interdisciplinarios y se constituye en un elemento fundamental para poder iniciar las acciones pedagógicas y restaurativas.

No obstante lo anterior, se ha caído en el error de asumir el proceso administrativo de restablecimiento de derechos como un sustituto del proceso restaurativo, generando confusiones de tipo técnico y reduciendo la justicia restaurativa solamente al trabajo con el adolescente o joven transgresor, llevando a confundir el descubrimiento y desarrollo de habilidades artísticas o deportivas y la participación de los jóvenes y adolescentes en eventos de este tipo como productos centrales del proceso restaurativo, olvidando que este resultado tiene que reflejarse en la relación

del transgresor con la víctima (directa o de perfil) y la acción de reparación concreta en favor de esta junto con la garantía de no repetición.

Es necesario precisar que el proceso tendiente de restablecimiento de derechos va encaminado en forma concreta para el beneficio del transgresor y en ocasiones para su familia y se constituye en un mecanismo para que el Estado repare la deuda social acumulada que ha tenido para con él, la cual pudo haber sido causante de la conducta transgresora, en tanto que el proceso restaurativo se dirige a la víctima, al transgresor, a sus familias y comunidades afectivas.

De igual manera, el proceso de restablecimiento de derechos es uno de los componentes del proceso especial propuesto por el Sistema de Responsabilidad Penal para adolescentes en Colombia y por tanto debe desarrollarse paralelamente con el proceso judicial y según algunas propuestas con el proceso restaurativo, desarrollos que a pesar de la simultaneidad debe respetar la independencia y especialidad y jerarquía de cada uno.

El logro efectivo del restablecimiento de derechos implica una serie de elementos que deben ser trabajadas desde múltiples instancias y entidades del Sistema Nacional de Bienestar Familiar y aunque los jueces y los fiscales que intervienen en el proceso judicial pueden apoyar y fortalecerlo, como puede hacerse desde la aplicación del Principio de Oportunidad, o la imposición complementaria de normas de conducta dentro de la medida; la responsabilidad del mismo recae de manera primordial sobre las Defensorías de Familia y los equipos interdisciplinarios, que tienen la facultad y obligación de accionar a las demás instancias encargadas de garantizar y hacer efectivos los derechos.

- *La necesidad de una aplicación adecuada de la justicia juvenil como elemento garante de los fines del enfoque restaurativo.*

Para algunos sectores reacios a aceptar la inclusión del enfoque restaurativo en la justicia juvenil, la razón de tal resistencia radica en las falencias estructurales de la misma justicia juvenil, ya que, aunque ha sido contemplada y prescrita de una manera correcta y adecuada, en su aplicación deja mucho que desear.

Adolescentes, a quienes se les aplicó un derecho penal máximo, que están privados de la libertad o sometidos a medidas no privativas de manera ilegal o arbitraria, que no fueron satisfechos en la necesidad y el derecho de contar con una asistencia técnica suficiente y cualificada, frente

a quienes se desconocieron los principios específicos que deben regir los sistemas de justicia juvenil e incluso los principios generales que en su favor consagran los instrumentos internacionales y la misma Constitución, es decir, que han sido víctimas de injusticias e ilegalidades, no podrían ser convocados a participar de prácticas de justicia restaurativa, ya que eso se podría constituir en una doble injusticia en su contra.

El mismo juicio de reproche propio tiene que estar exento de vicios y por tanto el adolescente transgresor debe haber sido asesorado frente a las causales eximentes y atenuantes de su responsabilidad, tal como ocurre en los adultos y que en ocasiones justifican sus hechos.

De igual manera, se está registrando un fenómeno que desvirtúa totalmente los fines del enfoque restaurativo, a partir del cual se aplica dicho enfoque desde el sistema de justicia juvenil con programas dirigidos a atender conductas no constitutivas de delitos como el consumo de sustancias, la vida en situación de calle, la desescolarización, la rebeldía, las búsquedas sexuales entre pares, comportamientos que en ocasiones se disfrazan de delitos, ampliando los tipos penales de una manera exagerada: violencias intrafamiliar, micro tráfico, actos sexuales con menor de 14 años, violencia contra servidores públicos, planteando el enfoque restaurativo como un mecanismo de salida del sistema de justicia juvenil a adolescentes que nunca debieron llegar a él, pues sus conductas debieron ser tratadas por instituciones o programas diferentes al sistema de justicia penal.

De igual manera se ha visto la utilización de programas mal llamados restaurativos para buscar aplicar mecanismos que sustituyan medidas de internamiento preventivo o especializado, poniendo el proceso restaurativo como requisito para acceder a subrogados a los que se tiene derecho o confundiéndonlos con propuestas de alternatividad penal.

De ahí la necesidad de depurar el derecho penal de adolescentes, atendiendo a sus características de derecho penal mínimo, filtrado por todas las garantías e instituciones propias del debido proceso, con el ánimo de lograr los resultados propios del enfoque restaurativo frente al proceso penal.

- *La posición relativa de la víctima en las acciones restaurativas*

Si bien desde las corrientes de la justicia restaurativa clásica o tradicional la atención se ha centrado en la víctima, pues es el sujeto pasivo de las consecuencias de la acción transgresora, en la dinámica de aplicación de los mecanismos tendientes a lograr el enfoque restaurativo en los sistemas

de justicia juvenil, dicha posición exclusiva y central se ha ido adecuando no solo para dar aplicación al principio del interés superior del adolescente sino para garantizar un enfoque restaurativo aun sin la presencia de la víctima directa y concreta de las transgresiones.

Desde las posturas y concepciones tradicionales se presentan situaciones en las cuales se ha desarrollado un trabajo adecuado con el adolescente transgresor, el cual había llegado al reconocimiento del daño causado con sus hechos, a la aceptación de ser el responsable de los hechos, a asumir el juicio de reproche propio y plantear una disposición para realizar un acto positivo de restauración, pero aparecían situaciones que lo impedían, tales como:

- No es posible ubicar a la víctima.
- Habiéndola ubicado no quiere participar del proceso.
- Dadas las circunstancias y gravedad de la acción transgresora y las condiciones particulares del trasgresor y la víctima no se considera adecuado el encuentro.

Estas situaciones frustraban entonces la posibilidad de aplicar un enfoque restaurativo, de donde se perfiló la posibilidad de realizar **acciones de reparación oblicua o de víctimas de perfil**, las cuales se han ido abriendo camino tanto en los procesos de adolescentes como en el de adultos y vienen siendo presentadas como verdaderas prácticas restaurativas.

Se trata de buscar personas de características similares a la víctima (caso de los adolescentes aprovechados presentado al inicio de la unidad), o que hayan sido víctimas de transgresiones iguales y similares (caso de mesas para transgresores sexuales), quienes reciben una preparación adecuada por parte de un equipo de profesionales expertos en el tema y se propicia el encuentro, donde luego de lograr el ambiente necesario, las víctimas cuentan sus experiencias y posteriormente los adolescentes transgresores plantean sus reflexiones desde el juicio de reproche propio, ofrecen las disculpas a las víctimas presentes y se comprometen a no incurrir nuevamente en estas situaciones.

Este proceso va acompañado de una verdadera obligación de realizar un acto reparador en favor de esa persona que representa a la víctima, aunque no es concretamente la misma, reparación que se viene denominado oblicua y no puede catalogarse de simbólica ya que produce una acción material

concreta realizado por el transgresor y verificada por la comunidad y por los funcionarios.

Esta modalidad encuentra su asidero en la doctrina propuesta por el tratadista Ted Watchel, el cual es citado por el profesor Daniel Escobar en el documento en elaboración: “Directrices del SNCRPA para orientar la formulación de programas de justicia juvenil restaurativa y estrategias de prevención del delito de adolescentes y jóvenes”⁵¹.

“Desde esta perspectiva, como T. Watchel (2013) lo señala, es posible distinguir entre resultados completamente restaurativos, principalmente restaurativos o parcialmente restaurativos. Este autor lo expresa de la siguiente manera:

*Cuando las prácticas de la justicia penal involucran solamente a una de las partes interesadas, como en el caso de la compensación financiera dada por el gobierno a las víctimas o un trabajo de servicio comunitario significativo asignado a los agresores, al proceso solamente se le puede llamar **parcialmente restaurativo**. Cuando un proceso como la mediación víctima agresor incluye a dos de las principales partes interesadas, pero excluye a sus comunidades afectivas, el proceso es **principalmente restaurativo**. Solamente cuando todas estas tres principales partes interesadas están involucradas activamente, como en las reuniones o círculos, éste es un proceso **completamente restaurativo**. (Negrilla fuera de texto)”*.

Queda así planteada la posibilidad de desarrollar mecanismos tendientes a lograr un enfoque restaurativo involucrando a solo una de las partes: víctima o transgresor, o a los dos por separado, en lo que denominaremos *procesos parcialmente restaurativos*, cuando se realiza el encuentro entre la víctima y el transgresor, que se denomina *proceso principalmente restaurativo*, o cuando se logra además la participación de las comunidades y familias o de otras personas interesadas y se denominan *procesos completamente restaurativos*.

De esta manera podemos constatar cómo la posición de la víctima en el proceso restaurativo se ha ido relativizando y adecuando a las dinámicas propias del mismo, postura que, aunque no es de aceptación total, propone una gran posibilidad para la aplicación del enfoque restaurativo a los casos propios de los sistemas de justicia juvenil.

51 Escobar, Daniel. Directrices del SNCRPA para orientar la formulación de programas de justicia juvenil restaurativa y estrategias de prevención del delito de adolescentes y jóvenes. Ministerio de Justicia. 2017. Documento en elaboración.

- *La ponderación entre el principio del interés superior del adolescente y las instituciones y mecanismos de la justicia restaurativa.*

La justicia restaurativa, cuya definición y concepto aún están en evolución, planteando disensos significativos entre quienes la consideran un nuevo modelo de justicia, un enfoque que debe darse a todos los modelos de justicia o un movimiento social de dignificación de la justicia, se constituye en un elemento general que al ser aplicado resquebraja en ningún momento la fuerza de los principios constitucionales y convencionales aplicables a los sistemas de justicia juvenil planteados en la primera unidad de este módulo.

El sistema de justicia juvenil sigue manteniendo los atributos de especialidad, especificidad y enfoque pedagógicos y protectores que le son propios y a partir de ellos debe implementarse este nuevo enfoque restaurativo.

Por las razones expuestas anteriormente, se hace necesario basar todas las actuaciones propias de los programas tendientes a lograr el enfoque restaurativo en el principio del interés superior del adolescente, siendo este el referente desde el cual se estimará y definirá la conveniencia o no de vincular al adolescente a determinados procesos o prácticas propuestas desde este novedoso enfoque.

Como ya se dijo en el apartado anterior es necesario determinar qué tipo de peligros o riesgos corre el adolescente al ser vinculado a estas dinámicas y concretamente en el encuentro con la víctima. Ese ejercicio de ponderación debe ser realizado o revisado por el juez y por los funcionarios encargados de desarrollar el proceso restaurativo de manera previa y sobre el análisis de riesgo decidir sobre su pertinencia o simplemente rechazarlo.

De igual manera, debe analizarse el riesgo que para el desarrollo del proyecto de vida del adolescente tiene la exposición ante otros miembros de la comunidad y considerar la presencia solo de aquellas personas que son estrictamente necesarias y se han comprometido decididamente a apoyar y acompañar el proceso de integración social del adolescente. En este aspecto deben preservarse hasta el máximo los elementos propios de los derechos a la intimidad, buen nombre y confidencialidad del proceso que se han prescrito en favor del adolescente teniendo siempre como referente su interés superior. En todo caso se debe mantener la vigencia del artículo 45 del Código de infancia y adolescencia que proscribió *“las sanciones que conlleven maltrato físico o psicológico... o adoptar medidas que de alguna manera afecten su dignidad”*⁵², prescripción que rige también para los procesos

52 Ley 1098 de 2006, Código de Infancia y Adolescencia. Artículo 45.

tendientes a resolver los conflictos en los que se vean inmersos los niños, niñas o adolescentes.

- *El compromiso familiar, social y comunitario con la atención integral a la víctima y la inserción social del adolescente transgresor*

Para lograr verdaderos procesos con enfoque restaurativo, es necesario fortalecer el trabajo con las víctimas y en especial con las víctimas de las transgresiones cometidas por los adolescentes. Ese trabajo debe pasar por una adecuada atención jurídica, física y psicológica, que le facilite adoptar una postura asequible frente al transgresor, superando la venganza y el temor.

Si bien este trabajo con las víctimas no es responsabilidad ni es posible realizarlo desde las instituciones propias del sistema de justicia juvenil, si es necesario que el juez constate la existencia del mismo y conozca los avances logrados a partir de la contribución hecha por el adolescente transgresor sus familias y el mismo Estado.

Por otro lado, si bien se ha constatado la presencia de un imaginario social adverso frente a las propuestas propias de los sistemas de justicia juvenil, las prácticas tendientes a garantizar el enfoque restaurativo se han ido abriendo un camino favorable para restarle contundencia a las aflicciones y resultados perjudiciales que genera el derecho penal en especial cuando se aplica a los adolescentes y jóvenes.

Por tal razón es necesario que el juez sea conocedor de ese entorno y procure en asocio con las comunidades, familias y líderes sociales, que puedan y estén dispuestos y formados para participar de una forma asertiva en el desarrollo de los procesos tendientes a establecer el enfoque restaurativo, buscar las mejores opciones para resolver los casos, pero de manera especial que se generen los compromisos y apoyos decididos frente al proceso de inserción social del adolescentes transgresor, como garantía de no repetición de los actos que lo llevaron a ser vinculado al proceso judicial penal.

- *Fortalecimiento de la institucionalidad tendiente a la implementación del enfoque restaurativo*

Si bien es cierto que el juez de infancia y adolescencia debe procurar generar los espacios necesarios para la inclusión de mecanismos tendientes a aplicar el enfoque restaurativo en los procesos a su cargo, también lo es que para desarrollar esta labor de manera adecuada se requiere un equipo interdisciplinario que asuma la preparación de las prácticas y acciones restaurativas y el seguimiento de las mismas.

Para tal fin es menester que conozca los programas existentes en la comunidad o en el entorno, que procure por su cualificación y por la generación de los mismos, que preste su apoyo desde un dialogo e intercambio continuo y esté presto a buscar las alternativas que se requieran para garantizar el desarrollo de las acciones concretas que promuevan el enfoque restaurativo.

El rol del Juez de infancia y adolescencia en la garantía del enfoque restaurativo

De acuerdo con los enunciados de los párrafos anteriores, se puede afirmar que el enfoque restaurativo es una característica obligatoria de los procesos de justicia juvenil, convirtiéndose prácticamente en un principio que orienta dicho sistema y en un derecho para los adolescentes que participan del mismo.

En tal razón, el juez como supremo director del proceso tiene varias responsabilidades desde las cuales se garantiza dicho enfoque:

En primer lugar, es el responsable de velar porque todas las actuaciones del proceso se dirijan al cumplimiento de dicha finalidad restaurativa y garantizar que el proceso en general tenga una orientación hacia la restauración; en segundo lugar, debe propiciar que sus actuaciones judiciales se ciñan a los principios orientadores de la justicia juvenil y se proporcionen para integrar el enfoque restaurativo y en tercer lugar se constituye en el guardián vigilante que los postulados y acciones del pretendido enfoque restaurativo sean los correctos, se sometan a los principios propios de los sistemas de justicia juvenil y concretamente estén al servicio de lograr el interés superior del adolescente.

Para lograr lo anterior, debe tener en cuenta que la dinámica propia de las prácticas tendientes a implementar el enfoque restaurativo, con el ánimo de cualificar algunos conceptos de variados matices, ha configurado los que podemos denominar elementos básicos para la aplicación del enfoque de justicia restaurativa en el sistema penal para adolescentes, a saber:

Elementos básicos para determinar el enfoque restaurativo

- *Reconocer la dignidad del adolescente*

Para lo cual se hace necesario restablecer o edificar su ser ciudadano a partir del restablecimiento de los derechos que le han sido vulnerados, de la inclusión e integración social como elemento de responsabilidad y de un proceso pedagógico que le lleve a asumirse desde su dignidad como persona y ciudadano.

- *Reconocimiento de la alteridad:*

Es decir, llevar al adolescente transgresor a que se sienta parte de un colectivo, en el cual existen otras personas con derechos y dignidades, portadoras de unos valores que no pueden serles conculcados y de manera especial reconocer que otra persona, igual a él en su dignidad, fue lesionada injustamente con sus actos transgresores de la ley.

- *Reconocimiento del daño causado*

Una vez reconocido el valor de los demás y concretamente el de la persona que sufrió el daño deriva de sus hechos transgresor, se pasa a generar en el adolescente el juicio de reproche propio, es decir, a responsabilizarse y asumir su culpa de manera personal, lo cual es el elemento clave para la garantía de no repetición de los hechos transgresores.

- *Propósito restaurativo*

A partir del reconocimiento del daño se para en forma lógica al propósito restaurativo, es decir, a buscar desde el propio comportamiento mecanismos que contribuyan a aliviar el daño causado a la víctima.

En este paso se hace necesario tratar de establecer un contacto directo con la víctima, teniendo en cuenta siempre los principios de protección integral e intereses superior que no pueden vulnerársele al adolescente transgresor, o en caso de necesidad acudiendo a modelos de reparación oblicua o de inclusión de víctimas de perfil.

Esta etapa debe ser preparada de una manera especial por parte de los equipos interdisciplinarios encargados del proceso restaurativo.

- *Acción reparadora o retributiva:*

Surge como resultado del propósito restaurativo, a partir del acompañamiento dado al adolescente por el equipo de profesionales y expertos, con la participación activa del mismo transgresor y si es posible de la víctima concreta, se establecen los elementos necesarios para ejecutar dicha acción, la cual puede surtirse en un solo acto o ser de tracto sucesivo y responder a varios momentos.

En este campo pueden determinarse acciones de reparación directa o indirecta u oblicua y se constituye de gran importancia el que el joven sea acompañado y apoyado por su familia, por su comunidad y por las autoridades del Estado que intervienen en el proceso.

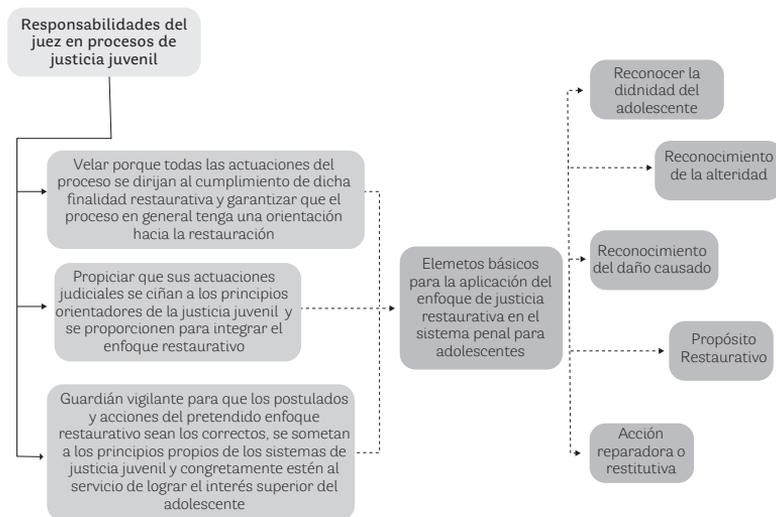


Ilustración 6. El rol de Juez en el SRPA

El enfoque de justicia restaurativa en las diferentes etapas del proceso

El artículo 518 del Código de Procedimiento Penal colombiano, retomando la Resolución 2000/14 del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas plantea que “se entenderá por justicia restaurativa todo proceso en el cual la víctima y el imputado, acusado o sentenciado participan conjuntamente en forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito, en busca de un resultado restaurativo, con o sin la ayuda de un facilitador”⁵³.

Según esta prescripción los procesos tendientes a lograr el enfoque restaurativo se pueden iniciar desde el momento en el cual la Fiscalía como ente acusador considera que tienen una prueba sólida, consistente, que le permita vincular a la persona al proceso penal, imputándole la comisión de un delito.

Por remisión expresa que hace el sistema penal de adolescentes a la Ley 904/2004 en aquellos aspectos no regulados de manera especial, este concepto será aplicable a la jurisdicción de adolescentes⁵⁴.

53 Ley 904 de 2004, Código de Procedimiento Penal. Artículo 518

54 Ley 1098 de 2006. Código de Infancia y Adolescencia. Artículo 144.

No obstante, la prescripción anterior, los elementos para lograr un enfoque restaurativo deben darse desde el inicio mismo de la vinculación del adolescente al sistema de justicia juvenil. Teniendo en cuenta que se deben garantizar desde este momento los siguientes elementos:

Respeto por la dignidad del adolescente

La cual se materializa por el trato digno por parte de las autoridades, la captura con el ejercicio mínimo de fuerza, la oportuna información y acercamiento al adolescente por parte de las autoridades y la superación de los procedimientos policivos y represivos.

Finalidad pedagógica del proceso

Este fin pedagógico supone racionalización de las etapas y la explicación de las mismas al adolescente, exponiéndole con un lenguaje sencillo y comprensible la situación y los momentos que se están surtiendo. Desde este momento es necesario garantizar la participación activa y libre del adolescente transgresor lo que facilitará el compromiso con su proceso, la interiorización reflexiva del daño causado y el cambio que debe orientar su actuación en adelante para la comprensión del proceso y la reparación reflexiva.

El acompañamiento, la cercanía de las autoridades, en especial del defensor técnico y del defensor de familia, y del juez se hacen necesarios para brindar la confianza suficiente al adolescente, acompañarlo en la superación de los temores propios de la comparecencia ante los tribunales y garantizar que se cumplan en su favor, los principios propios de los sistemas de justicia juvenil.

Utilización de los mecanismos tendientes a la no judicialización durante la etapa de investigación

Si observamos las recomendaciones consignadas en las reglas de Beijing y las características propias de un derecho penal mínimo caracterizado por la descriminalización, la desjudicialización, la despenalización y la desinstitucionalización, el fiscal debe buscar los mecanismos apropiados para evitar que el caso llegue hasta las autoridades judiciales, en el proceso colombiano se ha planteado la posibilidad de aplicar el principio de oportunidad⁵⁵ y subsisten figuras como la conciliación, la mediación y la reparación integral daños cargos⁵⁶.

55 Ley 1098 de 2006. Código de Infancia y Adolescencia. Artículo 174.

56 Ley 1098 de 2006. Código de Infancia y Adolescencia. Artículo 173.

De igual manera aparecen otras figuras como la remisión planteada por las reglas de Beijing⁵⁷ y la desestimación de casos por antijuridicidad material o por considerarse que el daño causado al bien jurídico tutelado es tan de poca monta que resulta más oneroso llevar el asunto ante los jueces.

“225. Las alternativas existentes en los distintos Estados de la región varían y no siempre se aplican de manera uniforme ni preferente. Por lo general, dichas alternativas incluyen programas de remisión, medios alternativos de solución de controversias, así como también la aplicación de criterios de oportunidad, aun cuando estos programas se denominen de distinta manera en las legislaciones internas de cada Estado. Sin embargo, la información disponible sobre la frecuencia con la que estas alternativas son aplicadas en los distintos Estados de la región es escasa”.

“227. La CIDH subraya que en todas las alternativas a la justicia juvenil deben cumplirse de manera irrestricta las garantías del debido proceso, y, para reducir la discrecionalidad de las autoridades, es preciso contar con la opinión del niño, en el caso de la desestimación del caso, o del consentimiento libre y sin presiones del niño acusado, en el caso de los medios alternativos de solución de controversias o de las medidas de remisión”⁵⁸.

Es necesario anotar que estas figuras solo constituyen la base para que el adolescente sea liberado del proceso penal y por si mismas no se constituyen en programas tendientes a implementar el enfoque restaurativo, pues para que lo sean es necesario que a continuación de que se decreten, el adolescente sea remitido a un programa especializado para tal fin, en el que se tengan en cuenta los *elementos básicos para determinar el enfoque restaurativo*, de los cuales hablamos en párrafos anteriores.

En diferentes escenarios y dadas las altas tasas de judicialización y de privación de la libertad que se presentan en nuestros países, se ha venido gestando una posición según la cual el juez como director del proceso y garante de los principios y derechos en favor del adolescente, debe realizar una verificación a posteriori si se consideró la posibilidad de aplicar las figuras que pudieron haber contribuido a evitar la judicialización, en especial la aplicación del principio de oportunidad, que según la Resolución 4155 de

57 Naciones Unidas. Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores. Reglas de Beijing. 1985. Regla 11.

58 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe Justicia juvenil en las Américas. Nueva York. 2011.

diciembre 29 de 2016, emanada de la Fiscalía General de la Nación se ha convertido en una acción prevalente en la jurisdicción de adolescentes⁵⁹.

Aplicación de mecanismos restaurativos en el proceso del juicio y en la aplicación de la sanción

Preparación del juicio y manejo de las audiencias

A partir de la audiencia de imputación de cargos el proceso queda bajo la dirección del juez de infancia y adolescencia, el cual mantiene unas amplias posibilidades de aplicar los mecanismos propuestos por los instrumentos internacionales, desde una perspectiva pedagógica, buscando que el adolescente se responsabilice de sus actos y se comprometa en la búsqueda de alternativas que ayuden a reparar los daños causados con su acción.

Esta etapa preparatoria del juicio, se constituye en unos de los escenarios más propicios para el trabajo pedagógico, razón por la cual se hace necesario revisar los elementos formales y pedagógicos que se utilizan en las audiencias y analizar si con ellos se contribuye o se obstaculiza la comprensión del proceso y la confianza en el mismo por parte del adolescente, si no es así, entonces deben adaptarse estas condiciones a las circunstancias propias del adolescente.

Aspectos de especial importancia radican en la utilización de un lenguaje blando, comprensible por el adolescente, respetuoso de su condición y que no se constituyen en una ofensa o amenaza, términos que son utilizados de manera cotidiana en los procesos de adultos como “peligro social”, “tratamiento intramural”, “delincuente de alta peligrosidad”, se ha constatado que antes de motivar o acercar la adolescente lo alejan del proceso y dificultan su interés y confianza en el mismo.

Otro elemento de vital importancia lo constituye el manejo de la interdisciplinariedad, superando el derecho centrismo y dado cabida a otras disciplinas como la pedagogía, psicología, la psiquiatría, el trabajo social, la terapia ocupacional y la antropología, entre otras, que pueden contribuir a que se tenga una mejor comprensión y acercamiento al adolescente, logrando mejores resultados con el proceso.

59 Fiscalía General de la Nación. Resolución 4155/ 2016. Aplicación del principio de oportunidad.

Aplicación de la sanción

Una vez surtidos los mecanismos propios del enfoque restaurativo pueden producirse varias situaciones en relación con la imposición de la sanción:

- *La sanción independiente de la acción restaurativa*

En ocasiones, dada la gravedad del delito, en especial frente a homicidios y delitos sexuales, la participación en el proceso restaurativo e incluso la ejecución de actos restaurativos en favor de la víctima, no están condicionadas a lograr beneficios en relación con la sanción a aplicar.

Se aplica la sanción consagrada en la legislación de manera independiente al proceso restaurativo, invitando al adolescente transgresor a participar, como un compromiso personal frente a él mismo y frente a la víctima, sugerido como una manera eficaz de enfrentar el juicio de reproche propio y comprometerse con la no repetición de los hechos constitutivos de la transgresión.

En la práctica se ha visto que una vez se ha participado de un proceso de justicia restaurativa, la actitud del joven o adolescente transgresor frente a su propio proceso y a la medida impuesta es altamente positiva y comprometida, lo que en la práctica lleva al juez o funcionario encargado de hacer seguimiento a la medida a modificarla favorablemente, siendo este un resultado no propuesto del proceso restaurativo.

- *La sanción subsumida en el mecanismo restaurativo*

En esta modalidad el proceso penal cede ante el proceso restaurativo, y así con en algunas de las propuestas desarrolladas en la etapa investigativa se produce como resultado la no judicialización del caso, en este momento se produce la despenalización, es decir, no se aplica una sanción penal por la conducta transgresora y ésta se reemplaza por la acción restauradora ejecutada por el adolescente transgresor.

En este campo no debe confundirse la imposición de reglas de conducta o servicios comunitarios que traen algunas codificaciones con la acción restauradora, ya que para que estos se cumplan deben contar con los *elementos básicos para determinar el enfoque restaurativo* de los que hemos hablado anteriormente.

En esta modalidad, el seguimiento al cumplimiento de los actos restaurativos, se encomienda a los equipos interdisciplinarios que han

acompañado el proceso, quienes presentaran informe del cumplimiento del mismo al juez que lo autorizo, quien puede haberse reservado algunas prerrogativas sancionatorias en el caso de un incumplimiento total o parcial.

- *La sanción conjugada con el proceso restaurativo*

Esta se constituye en una modalidad muy utilizada, y puede darse de diferentes maneras, siendo las más usuales la conjugación de una pena privativa de la libertad con una acción de restitución, tomándose en cuenta esta última para la tasación de una pena menor a la que normalmente se hubiera impuesto como lo ocurrido en el caso presentado en el video “puentes quemados” que documenta una práctica restaurativa acompañada por el Instituto Internacional de Justicia Restaurativa⁶⁰.

Otra modalidad consiste en la conjugación de una sanción no privativa de la libertad con la ejecución de la acción restauradora, como puede ser una libertad asistida al tiempo de un trabajo de prevención frente a la adicción y el consumo en instituciones educativas, impuesta a un adolescente procesado por venta de alucinógenos; o una imposición de normas de conducta (abstenerse a asistir a los partidos de determinado equipo de fútbol) acompañado de una acción restaurativa consistente en participar de la organización y cuidado de escenarios deportivos, impuestos a un adolescente procesado por causar daños en bienes de uso público en el marco de acciones violentas ejecutadas por las denominadas “barras bravas”.

Herramientas y mecanismos apropiados para aplicar el enfoque restaurativo

Desde la normatividad interna: La conciliación, la mediación y la reparación integral

Si bien la Ley 1098 de 2006 solo hace referencia a la justicia restaurativa en los artículos 140 y 178, sin precisar cuáles serían los mecanismos propios para la aplicación de dicho enfoque, a partir de la remisión que en materia procesal hace el artículo 144 a la Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal) podemos encontrar las posibilidades de aplicarlo.

“Salvo las reglas especiales de procedimiento definidas en el presente libro, el procedimiento del sistema de responsabilidad penal para adolescentes se regirá por las normas consagradas en la Ley 906 de 2004

60 Instituto Internacional de Justicia Restaurativa. Quemando Puentes, video.

(Sistema Penal Acusatorio), exceptuando aquellas que sean contrarias al interés superior del adolescente”⁶¹.

En el Código de Procedimiento Penal se plantea como mecanismos de justicia restaurativa la conciliación, la reparación integral y la mediación al prescribir que “Son mecanismos de justicia restaurativa la conciliación preprocesal, la conciliación en el incidente de reparación integral y la mediación”⁶².

Seguidamente, entre los artículos 522 y 527⁶³, define los aspectos y requisitos necesarios para acceder a las figuras de la conciliación y la mediación, sin precisar los elementos necesarios para que se constituyan en prácticas restaurativas, defecto que se ha traducido en la asimilación o confusión de estos mecanismos de terminación anticipada del proceso penal, o sustitutivos de dicho proceso, con prácticas restaurativas, olvidando que para que puedan serlo deben contar con los elementos que anteriormente anotamos como *los elementos básicos para determinar el enfoque restaurativo*.

Por su parte, el artículo 523 del Código de Procedimiento Penal plantea algunas figuras para la mediación que bien pueden ser trabajadas dentro de los procesos tendientes a lograr un enfoque restaurativo:

“Artículo 523. “... La mediación podrá referirse a la reparación, restitución o resarcimiento de los perjuicios causados; realización o abstención de determinada conducta; prestación de servicios a la comunidad; o pedimento de disculpas o perdón”.

De este artículo, el profesor Chaparro Borda deriva algunas actividades concretas que pueden ser catalogadas como acciones restaurativas, las cuales destacamos: i) el ofrecimiento de disculpas, ii) el servicio a la comunidad, iii) el trabajo o actividades en beneficio de la víctima, iv) la realización por parte del adolescente de actividades en beneficio propio y v) observar determinado comportamiento⁶⁴.

De igual forma las figuras planteadas en el artículo 521 del Código de Procedimiento Penal, aplicables desde la remisión hecha por el artículo 140 al estatuto procesal para adultos, han sido trabajadas ampliamente por el

61 Ley 1098 de 2006. Código de Infancia y Adolescencia. Artículo 144.

62 Ley 906 de 2004. Código de Procedimiento Penal. Artículo 521.

63 Ídem., Artículos 521-527.

64 Chaparro Borda, Víctor Manuel. Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes. Justicia Restaurativa. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. 2010. pp. 83-84.

profesor Chaparro Borda en el módulo “Sistema Penal para Adolescentes. Justicia Restaurativa⁶⁵”, elaborados por la Escuela Judicial.

El Principio de Oportunidad

La Ley 1098 de 2006 en sus artículos 174 y 175 plantea la figura del “principio de oportunidad” como un mecanismo de aplicación preferente en caso de los adolescentes a quienes se les vaya a imputar la comisión de una transgresión penal.

“Del principio de oportunidad, la conciliación y la reparación integral de los daños. 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. Estas 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.

Quando de la aplicación del principio de oportunidad se pudieren derivar riesgos para la vida y la integridad física del adolescente, el juez competente deberá ordenar otras medidas de protección, las cuales incluirán, entre otras, ayudas económicas para el cambio de residencia de la familia. El Gobierno gestionará la apropiación de las partidas necesarias para cubrir a este rubro⁶⁶.

El análisis de la aplicación del principio de oportunidad en el caso de los adolescentes no ha sido pacífico, ya que para algunos expertos esta figura surge de una potestad de la fiscalía que se reserva la prerrogativa de perseguir penalmente a un individuo fundamentalmente por conveniencias de la misma misión investigadora por la denominada colaboración eficaz con la justicia. Sin embargo, se ha aceptado que desde algunas de las causales para la aplicación en especial las que corresponden a los numerales 1, 8, 13 y 14⁶⁷, pueden tener una aplicación efectiva frente a los adolescentes y se constituyen en un elemento práctico para la desjudicialización de los casos en la tarea de la aplicación de un derecho penal mínimo de *ultima ratio*.

1. “Cuando se trate de delito sancionado con pena privativa de la libertad que no exceda en su máximo de seis (6) años y se haya

65 Ibidem. pp. 154 ss.

66 Ley 1098 de 2006. Código de Infancia y Adolescencia. Artículo 174.

67 Ley 906 de 2004. Código de Procedimiento Penal. Artículo 324.

reparado integralmente a la víctima, de conocerse esta y, además, pueda determinarse de manera objetiva la ausencia o decadencia del interés del Estado en el ejercicio de la correspondiente acción penal.

8. Cuando proceda la suspensión del procedimiento a prueba en el marco de la justicia restaurativa y como consecuencia de este se cumpla con las condiciones impuestas.
13. Cuando el juicio de reproche de culpabilidad sea de tan secundaria consideración que haga de la sanción penal una respuesta innecesaria y sin utilidad social.
14. Cuando se afecten mínimamente bienes colectivos, siempre y cuando se dé la reparación integral y pueda deducirse que el hecho no volverá a presentarse”.

Frente a la aplicación del principio de oportunidad en el caso de los adolescentes, la Fiscalía General de la Nación se ha pronunciado mediante la resolución 4155 de 2016⁶⁸ y la Escuela Judicial ha publicado el módulo “Principio de Oportunidad en el Sistema de Responsabilidad Penal para adolescentes”⁶⁹, los cuales se constituyen en materiales básicos para la formación en este aspecto y que pueden ser abordados de manera complementaria por el lector interesado en profundizar en este tópico.

Los anteriores elementos que en sí mismos no se constituyen en mecanismos restaurativos, si se consideran la puerta de entrada para la aplicación de dicho informe, siempre y cuando sean acompañados por programas especializados en la aplicación de la justicia restaurativa y contengan los elementos característicos de dichos procesos enunciados anteriormente y deben estar dentro de los elementos que el juez debe revisar que se surtieron o al menos se intentaron en aras de ejercer un control sobre la observancia de los principios y derechos que asisten al adolescente en el proceso previo a la imputación de cargos.

68 Fiscalía General de la Nación. Resolución 4155/ 2016. Aplicación del principio de oportunidad, artículos 32-38.

69 Acuña Vizcaya, José Francisco. Principio de Oportunidad en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes. Consejo Superior de la Judicatura. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Bogotá. 2010.

La aceptación de cargos

El artículo 156 de la Ley 1098 de 2006, plantea la posibilidad de la aceptación de cargos,

“... Cuando el adolescente aceptare los cargos en la audiencia de legalización de la aprehensión o de imputación se procederá a remitir el asunto al juez de conocimiento para que 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...⁷⁰”.

Esta figura, ha venido teniendo un uso desproporcionado en el sistema penal para adolescentes ya que en la mayoría de los casos se presenta, llegándose a hacer cuestionamientos frente a la observancia de los requisitos necesarios para lograr dicha aceptación.

Por esta razón es necesario que el juez de conocimiento verifique de manera certera que dicha aceptación de cargos ha sido libre de vicios y resultado de un proceso de asesoría desde la defensa técnica suficiente y cualificado.

Una vez constatados los elementos anteriores, la aceptación de cargos se constituye en una gran posibilidad para aplicar el enfoque restaurativo, ya que se cuenta con el elemento esencial de la responsabilidad del adolescente frente a sus actos transgresores, dando la posibilidad al juez de estudiar diferentes formas de conjugación de la sanción con acciones restitutivas o de reemplazarla por estas.

Desde la normatividad internacional

Reglas de Beijing

“11. Remisión de casos.

11.1 Se examinará la posibilidad, cuando proceda, de ocuparse de los menores delincuentes sin recurrir a las autoridades competentes, mencionadas en la regla 14.1 infra, para que los juzguen oficialmente.

11.2 La policía, el Ministerio fiscal y otros organismos que se ocupen de los casos de delincuencia de menores estarán facultados para fallar dichos casos discrecionalmente, sin necesidad de vista oficial, con arreglo

70 Ley 1098 de 2006. Código de Infancia y Adolescencia. Artículo 157.

a los criterios establecidos al efecto en los respectivos sistemas jurídicos y también en armonía con los principios contenidos en las presentes reglas.

11.3 Toda remisión que signifique poner al menor a disposición de las instituciones pertinentes de la comunidad o de otro tipo estará supeditada al consentimiento del menor o al de sus padres o su tutor; sin embargo, la decisión relativa a la remisión del caso se someterá al examen de una autoridad competente, cuando así se solicite.

11.4 Para facilitar la tramitación discrecional de los casos de menores, se procurará facilitar a la comunidad programas de supervisión y orientación temporales, restitución y compensación a las víctimas⁷¹.

La Reglas de Beijing, en su numeral 11, plantea la posibilidad de la aplicación de la figura de la remisión, tratando de evitar que los casos de los adolescentes lleguen hasta los tribunales o instancias judiciales, evitando esa comparecencia que se considera riesgosa para el menor de edad y buscando un resultado pedagógico y de integración social del adolescente transgresor.

Esa facultad le está concedida a las instituciones que tienen un conocimiento del asunto previo a su llegada ante el juez, pero según los debates dados sobre el tema, no existe ningún argumento para que el juez pueda practicarla, estando regulada por los condicionamientos puestos en el numeral 3 de dicha regla.

Conjugando esta regla con la numeral 18, encontramos que la figura de la remisión no solo puede ser el punto de partida para aplicar el enfoque restaurativo, sino que de acuerdo con el catálogo de medidas que propone, pueden y deben convertirse en procesos con enfoque restaurativo.

18. Pluralidad de medidas resolutorias⁷²

18.1 Para mayor flexibilidad y para evitar en la medida de lo posible el confinamiento en establecimientos penitenciarios, la autoridad competente podrá adoptar una amplia diversidad de decisiones. Entre tales decisiones, algunas de las cuales pueden aplicarse simultáneamente, figuran las siguientes:

1. Órdenes en materia de atención, orientación y supervisión;
2. Libertad vigilada;

71 Naciones Unidas. Reglas de Beijing. 1985. Regla 11.

72 Naciones Unidas. Reglas de Beijing. 1985. Regla 18.

3. Órdenes de prestación de servicios a la comunidad;
4. Sanciones económicas, indemnizaciones y devoluciones;
5. Órdenes de tratamiento intermedio y otras formas de tratamiento;
6. Órdenes de participar en sesiones de asesoramiento colectivo y en actividades análogas;
7. Órdenes relativas a hogares de guarda, comunidades de vida u otros establecimientos educativos;
8. Otras órdenes pertinentes”.

Informe Justicia Juvenil en las Américas

Este informe producido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el año 2011⁷³, en el literal G, que comprende los numerales que van desde el 221 hasta el 246, denominado bajo el título: *“Alternativas a la judicialización de niñas, niños y adolescentes infractores de las leyes penales”* plantea tres figuras como recomendaciones para que los Estados estudien la posibilidad de aplicarlas en aras de rebajar el alto número de adolescentes judicializados, ellas son:

- La desestimación del caso
- Medios alternativos de solución de controversias
- Participación en programas o servicios de remisión.

En cuanto a la “Desestimación del Caso” la equipara a los denominados “principios de oportunidad” y plantea la necesidad de darles una aplicabilidad más general y con menos trámites procesales.

“230. En varias legislaciones, este mecanismo de salida anticipada del proceso se ha denominado como principio o criterio de oportunidad. Esta medida implica la posibilidad de que cuando el conflicto llegue a la instancia judicial se decida no iniciar un procedimiento respecto del mismo en el caso de algunas infracciones a las leyes penales. El caso es desestimado y, por lo general, no da lugar a ningún tipo de respuesta por parte del Estado.

231. Esta alternativa a la judicialización de los procesos de justicia juvenil ha sido recogida de diversas formas en las legislaciones del continente.

73 Organización de Estados Americanos (OEA). Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Relatoría sobre los derechos de la niñez. Informe Justicia Juvenil en las Américas. Nueva York. 2011.

Por ejemplo, en Costa Rica el juez únicamente puede aplicar el criterio de oportunidad mediando acuerdo con el Ministerio Público, mientras que en Uruguay puede aplicarse este principio en cualquier momento del proceso y en cualquier tipo de procedimiento. En El Salvador, esta alternativa se reserva para el caso de delitos sancionados con una pena de prisión cuyo mínimo no exceda los tres años. La legislación canadiense otorga facultades discrecionales a la policía para desestimar el caso y decidir si es suficiente una advertencia, una amonestación o su remisión a un programa comunitario, siempre y cuando el niño acepte la responsabilidad del delito.

232. La CIDH valora que los Estados de la región estén recogiendo en su legislación mecanismos procesales que permitan a las autoridades no proseguir con los procesos seguidos a niños acusados de infringir leyes penales, lo que coadyuva a disminuir el impacto negativo de la justicia penal en los niños. Sin embargo, la Comisión considera que hace falta implementar mecanismos adicionales para garantizar que la desestimación del caso no se aplique de forma selectiva, lo que puede dar lugar a casos de discriminación en la aplicación de este mecanismo.

Asimismo, la CIDH exhorta a los Estados a superar los obstáculos para la aplicación de esta alternativa a la judicialización para los procesos de justicia juvenil, asegurando que pueda ser aplicada para todos los niños, incluso aquellos con antecedentes ante la justicia juvenil, así como también para una amplia gama de delitos e infracciones, aumentando al máximo posible las posibilidades de desestimación de los casos, siempre y cuando se garantice el debido proceso a través de los órganos judiciales, teniendo en cuenta los derechos de las víctimas de las infracciones⁷⁴.

Las otras dos figuras recomendadas por el Informe: la aplicación de mecanismos alternativos de resolución de controversias y la participación en programas de remisión, han sido tratados anteriormente y por tanto es altamente significativa la insistencia de la comisión en las mismas, como posibilidades que permiten la no judicialización y un mayor logro de los objetivos pedagógicos de los sistemas de justicia juvenil. Sin embargo, si se tiene en cuenta que la justicia restaurativa trasciende el meramente pedagógico, es necesario tener en cuenta que estos programas deben ser complementados o dirigidos por equipos con un alto conocimiento y práctica frente a los mecanismos para abordar el enfoque restaurativo.

74 Organización de Estados Americanos (OEA). Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Relatoría sobre los derechos de la niñez. Informe Justicia Juvenil en las Américas. Nueva York. 2011

Desde la práctica internacional

Uno de los elementos que se hace necesario destacar es que a pesar de lo novedoso del abordaje teórico de la Justicia restaurativa y por ende de la disposición del conocimiento al respecto, que solo data de fines de los años 70, aunque para muchos se confunde en su praxis con los mecanismos ancestrales de justicia comunitaria; el dinamismo de la misma ha sido muy amplio, aunque en su gran mayoría expresado en acciones prácticas matizadas por las diferentes culturas y legislaciones.

El *“Manual sobre programas de justicia restaurativa”*⁷⁵ publicado por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito en el año 2006, plantea una serie de posibilidades en materia de aplicación de prácticas de justicia restaurativa, las cuales pueden brindar una serie de opciones para la aplicación de dicho enfoque en el sistema de justicia juvenil propio.

De igual manera, los Encuentros de Justicia Juvenil Restaurativa, programados en el año 2009 en la ciudad de Lima y en el 2015 en la ciudad de Ginebra, por la Fundación “Terre des Hommes” en asocio de varias instituciones y que contaron con la presencia masiva de experiencias de varios países, junto con la publicación *“Justicia para Crecer”*⁷⁶ de esta misma institución, la cual ha llegado a los 21 números, brindan un panorama amplio de las posibilidades que existen al respecto.

De igual manera, el profesor Chaparro Borda⁷⁷, en su módulo sobre justicia restaurativa en el sistema de responsabilidad penal para adolescentes, presenta un interesante resumen de diferentes prácticas que se vienen desarrollando en diferentes latitudes.

Sin pretensión de agotar el listado, porque seguramente hay muchas experiencias que acá no alcanzaron a ser reseñadas destacamos genéricamente los siguientes programas:

75 Naciones Unidas. Oficina contra la Droga y el Delito. *Manual sobre programas de justicia restaurativa*. Nueva York. 2006.

76 Revista Justicia para Crecer. *Revista Especializada en Justicia Juvenil Restaurativa*. Fundación Terre des Hommes. Perú.

77 Chaparro Borda, Víctor Manuel. *Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes. Justicia Restaurativa*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. 2010. pp 95-101.

Centros de servicios de mediación⁷⁸, conferencias de grupos comunitarios y familiares⁷⁹, comités pacificadores⁸⁰, sentencias en círculo⁸¹, foros de justicia nativa y de costumbres⁸²,

Arbitraje entre víctima y victimario⁸³, reuniones de reparación⁸⁴, círculos de sanación⁸⁵, paneles juveniles⁸⁶, casa de la juventud⁸⁷.

De la lista anterior se infiere la gran posibilidad y diversidad de propuestas que se han generado en este tema, para lo cual parece que el único requisito es la creatividad del juez apoyada en la participación de la comunidad y el sometimiento a los que anteriormente denominamos *elementos básicos para determinar el enfoque restaurativo*, tal y como lo demuestran los textos recopiladores de experiencias análogas del señor juez Emilio Calatayud⁸⁸, los profesores B. Costello, J. Watchel y T. Watchel⁸⁹, así como la documentación de las experiencias del profesor Jean Schmitz⁹⁰.

<h1>Ae</h1>	<p>Una vez abordada la presente unidad, desarrollemos las siguientes actividades pedagógicas:</p> <p>1. Responda las siguientes preguntas, <u>justificando sus respuestas.</u></p> <ul style="list-style-type: none">• En cuáles de los siguientes escenarios enmarca la justicia restaurativa.• Las prácticas comunitarias.• El derecho alternativo.
-------------	---

78 Naciones Unidas. Oficina contra la droga y el delito. Manual sobre programas de justicia restaurativa. Nueva York. 2006. p 19.

79 *Ibidem*. pp. 20-21.

80 *Ibidem*. pp. 22.

81 *Ibidem*.

82 *Ibidem*. p. 29.

83 Chaparro Borda, Víctor Manuel. Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes. Justicia Restaurativa. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. 2010. pp 96.

84 *Ibidem* p. 96.

85 *Ibidem*.

86 *Ibidem*.

87 *Ibidem*. p. 97.

88 Calatayud, Emilio. Morán, Carlos. *Mis sentencias ejemplares*. Madrid: Editorial La Esfera de los Libros. 2008.

89 Costello, Bob, Watchel, Joshua & Watchel, Ted. *Manual de Prácticas Restaurativas*. Instituto Internacional de Prácticas Restaurativas, USA. 2010.

90 Schmitz, Jean. La Justicia Juvenil Restaurativa en el Perú. De la teoría a la práctica. *Revista Justicia para Crecer* 1. diciembre 2005-febrero 2006. pp. 20 y ss. Lima. Perú.

<p><i>Ae</i></p>	<ul style="list-style-type: none"> • El derecho penal blando. • La privatización de la justicia penal. • El derecho penal con contenido social. <ul style="list-style-type: none"> o ¿Puede la justicia restaurativa traducirse en impunidad o negación del acceso a la justicia para los ciudadanos? o Enumere los cinco principales principios de los sistemas de justicia juvenil que deban ser aplicados en el enfoque restaurativo. o ¿Cuál es la importancia que tiene el restablecimiento de derechos en favor del adolescente transgresor para lograr los resultados restaurativos? <p>2. Califique las siguientes afirmaciones entre falsas y verdaderas, motivando sus respuestas.</p> <ul style="list-style-type: none"> • La víctima mantiene su papel central en el proceso restaurativo aplicado a los adolescentes. V () F () • Pueden darse procesos con enfoque restaurativo sin la participación de la víctima concreta. V () F () • En los procesos restaurativos donde el adolescente es el transgresor, el principio del interés superior debe declinar su jerarquía para mantener los derechos de la víctima en una ubicación central. V () F () • La acción y el cumplimiento de las funciones del juez de infancia y adolescencia son suficientes para garantizar el resultado restaurativo en el proceso de justicia juvenil. V () F () • Los mecanismos alternativos de solución de controversias en sí mismos contienen los elementos suficientes para ser procesos restaurativos. V () F ()
------------------	---

<i>Ae</i>	<p>3. Relacione estableciendo las diferencias y similitudes entre las siguientes figuras:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Juicio de reproche propio/imputación de cargos. • Justicia restaurativa / Servicios comunitarios. • Sustitución de la sanción/ Sanción combinada con acto restaurativo. • Principio de oportunidad/Enfoque restaurativo. • Aceptación de cargos/Propósito restaurativo. <p>4. De acuerdo con la presentación de las posibilidades de ejercicios restaurativos o de otros que usted conoce, redacte una propuesta para la solución de alguno de los casos que haya conocido.</p> <p>5. En un escrito de máximo tres páginas, consigne los aprendizajes que obtuvo en esta unidad y son aplicables a su labor como juez de infancia y adolescencia.</p>
-----------	---

<i>Ap</i>	<p>Estudio de Caso: “Se lo merecía esa p...”</p> <p>John Steven, adolescente de 17 años que vive en el barrio “Mi Lucha” de la ciudad Futuro Tres Mil. Ha quedado huérfano de madre desde los ocho años, lo cual ha influido en su desescolarización durante largos periodos, por lo cual al momento de los hechos que vamos a relatar, cursaba los grados octavo y noveno en un proceso de bachillerato acelerado, los fines de semana. Durante gran parte de su preadolescencia vivió en las calles de su barrio o en diferentes casas de amigos, ya que su padre era un alcohólico y sostenía bastantes discusiones con él.</p> <p>A los 12 años fue internado en una comunidad terapéutica debido a que era consumidor asiduo de marihuana. De esa comunidad, salió a los 15</p>
-----------	---

Ap

años y según él mismo lo afirmó, se considera un consumidor funcional, pues ocasionalmente se “pega sus trabas”, pero esto no le impide llevar una vida normal.

Poco después de cumplir los 15 años, desertó de la comunidad terapéutica y volvió al barrio, donde fue acogido por su primo Néstor Elías, quien lo invitó a trabajar con él.

Néstor Elías, quien en tiempos anteriores era miembro de un grupo miliciano, ahora coordina un grupo que presta servicios de seguridad en el barrio “Mi Lucha”, además, maneja una gran empresa de presta-diario y controla el comercio de estupefacientes de una amplia zona de la ciudad, cobrando cuotas de apoyo a los conductores de buses, taxistas, distribuidores de víveres y dueños de negocios. De vez en cuando, con su grupo, participa en otros negocios como fleteos y ajustes de cuentas.

John Steven debido a su inteligencia y gran capacidad de liderazgo, rápidamente escaló dentro del grupo de su primo, hasta el punto de ser reconocido por los demás miembros como el segundo al mando después de Néstor Elías.

La semana siguiente al cumpleaños número 16 de John Steven, la suerte no estuvo del lado de su padre y en una riña dada que sostuvo en uno de los bares del barrio, fue ultimado por no cancelar una cuenta de licor adeudada. Tras la muerte del padre, John Steven pidió apoyo a Néstor Elías y con la ayuda de otros tres menores de edad bajo su dirección, fueron a destruir el bar donde fue muerto su padre y cobraron cuentas con la vida del dueño del bar, en presencia de toda su familia.

Aunque estos hechos fueron de conocimiento público, nunca se denunciaron por la familia del muerto, por temor al poder de la banda, llegando

Ap

a un acuerdo de no agresión, para que no se dieran más retaliaciones ni molestias. Acuerdo que se ha cumplido cabalmente hasta la fecha. La Fiscalía tampoco realizó ninguna investigación sobre la muerte del dueño del bar y, por lo tanto, los hechos quedaron así.

John Steven, ya de 17 años cumplidos, sigue siendo un reconocido líder de la banda, respetado y temido por todos en su barrio, pues gracias a sus actividades de liderazgo, es uno de los miembros de la junta de acción comunal.

Debido a su reconocimiento, su poder económico y a sus dotes de agradable conversador, no hay mujer del barrio que se le resista por lo cual, se ha constituido en un verdadero “don Juan”.

Un día cualquiera, por circunstancias de la vida, llega a vivir al barrio, acompañada de su mamá y un hermanito menor “Flor E”, bella joven que se acerca a los 20 años y que rápidamente empieza a llamar la atención de John Steven y de todos los hombres del vecindario.

John Steven inicia su cortejo mediante dadas y mensajes con el fin de lograr la atención de “Flor E”, cada vez se hace más asiduo y se le muestra en su DT-500 por el frente de su casa, le hace llegar invitaciones y regalos, pero nada de esto logra conmover el duro corazón de “Flor E” quien con la mayor indiferencia decide no prestarles atención a los múltiples cortejos ni aceptar ninguno de sus regalos.

John Steven, intrigado y ofendido por esta situación, a la cual en su corta vida no ha estado acostumbrado, porque las humillaciones y los desprecios de una dama no son de su conocimiento; consciente que ha tenido y puede tener las mujeres que quiera y mucho mejores, se toma a la tarea de averiguar un poco más sobre la vida de Flor E. Para ello, envía a algunos de sus hombres a que le hagan un seguimiento, con

Ap

lo cual llega a conocer que Flor E ha manejado con mucha discreción su actividad de chica prepago, que concierta sus encuentros por internet o teléfono y para no llamar la atención en su propio barrio, acude hasta un centro comercial donde se encuentra con los clientes para prestar sus servicios.

Al conocer esta situación, John Steven se siente altamente ofendido, discriminado y maltratado, se pregunta ¿qué tiene él de menos, frente a los otros clientes? Si le ha ofrecido incluso mucho más de lo que le pagan los demás y ella no acepta salir con él. Además, John Steven se considera un tipo joven, buen mozo y con muchas más ventajas que los “cuchos” con los que ella sale.

Ofendido en lo más profundo de su dignidad, decide chantajearla, le envía notas informándole que él ya conoce su doble vida, en qué trabaja, y hasta tiene fotos muy comprometedoras de ella con sus clientes. Le advierte que si no accede a sus pretensiones, toda esa información será publicada.

Flor E altamente preocupada, decide cambiar de residencia y así como un día llegó, un día cualquiera se aleja del barrio. Sin embargo, no pasaron dos semanas para que John Steven a través de sus redes de informantes lograra ubicar su paradero.

Más que el deseo y la pasión, fue el odio y la venganza los que motivaron que John Steven coordinara con sus muchachos una celada en contra de Flor E, y es así como el viernes 14 de septiembre, previo al Día de Amor y Amistad, a eso de las seis de la tarde, abordan a Flor E saliendo de su casa y a la fuerza la suben a una camioneta, le advierten que esa noche va a tener su regalo de amor y amistad mientras la conducen atada de manos, amordazada y vendada hasta una vivienda ubicada en el barrio “Mi Lucha”, donde la espera John Steven.

Durante la espera y siguiendo los reportes en sus mensajes de Black Berry, John Steven se ha alicorado,

Ap

recibe el encargo que sus muchachos le presentan a sus pies, pidiéndoles que la despojen de la venda en los ojos, pero continúa en ella la mordaza en la boca y el lazo que ata sus manos en la parte trasera. Pese a que sus impulsos le habían llevado a pensar ser más violento, John Steven empieza a recapacitar al ver a Flor E a sus pies, decide hacer las cosas de otra manera.

Es así como ayudado por uno de sus secuaces obliga a Flor E a ingerir una sustancia que le hace perder la voluntad y la erotiza en sumo grado; posteriormente confesó que era una mezcla de burundanga con un afrodisiaco que ya había utilizado en otras ocasiones con algunas mujeres que se le resistían, o se ponían difíciles.

Como lo dijo posteriormente, esa noche se deleitó sexualmente con Flor E quien con su ternura y erotismo le llevaron a sentir que toda la trama previa no había sido necesaria pues ella casi que actuaba voluntariamente y hasta complacida.

Las circunstancias en que se desarrollaron los hechos, llevaron a John Steven a olvidar por un momento todas sus medidas de seguridad y es así como al levantar el alba, mientras los primeros rayos de luz asomaban en el firmamento, introdujo en el bolso de Flor E dos billetes de cincuenta mil pesos, le entregó el bolso sin extraer su celular que estaba a reventar de llamadas de sus clientes, pidió un taxi y despachó a la mujer sintiéndose satisfecho y con la confianza en que su actuación no tendría problemas posteriores, pues fue muy claro en decirle que dejaran las cosas así, que le perdonaba la vida, pero que ella se comprometía a no tomar retaliación alguna, a lo que Flor E confundida y asustada cedió plenamente.

Mientras su teléfono no dejaba de vibrar, Flor E, abordó el taxi que la esperaba en la puerta de la

Ap

vivienda donde se habían ocurrido los hechos. Se disponía a irse para su casa, pero no recordaba bien la dirección ni el barrio donde vivía, en esas circunstancias, contestó la llamada que repicaba incesante en su celular, era un amigo-cliente, muy cercano a ella, quien rápidamente notó que algo raro había en su voz y que alguna cosa le sucedía a la chica, por lo cual le pidió comunicarse con el taxista a quien le dio instrucciones de cómo llevarla de manera urgente a un centro hospitalario aledaño.

Este amigo-cliente, se dirigió al lugar indicado, logrando llegar antes que el taxista, razón por la cual, alcanzó a abordarlo y exigirle los datos del lugar donde la había recogido. Una vez atendida por el personal médico, Flor E supo que estaba bajo los efectos de sustancias psicotrópicas y que había rastros de acceso carnal en su cuerpo.

Estos hallazgos, sumandos a algunos escasos recuerdos que tenía la muchacha, fueron motivo suficiente para que de manera inmediata se activara el código fucsia y se diera la intervención del Caivas (Centro de Atención Integral a Víctimas de Abuso Sexual).

En el Caivas fue atendida por una fiscal de reacción inmediata, altamente comprometida, quien además de tener el informe del Centro de Salud y la limitada versión de Flor E, decidió entrevistar al amigo-cliente, quien brindó la información dada por el taxista, las placas del taxi, la hora en que se había logrado comunicar con ella y la dirección en la que fue recogida.

La fiscal generó un programa metodológico que incluía actos urgentes de desplazamiento del CTI al lugar de los hechos, a donde fueron conducidos por la víctima y su amigo. Al llegar al sitio, Flor E reconoció la fachada de la vivienda en donde había estado la noche anterior, de donde provenían sonidos de música con decibeles superiores a los permitidos,

Ap

un gran jolgorio pese a que ya eran casi las once de la mañana. Los agentes deciden indagar más sobre lo que estaba sucediendo, es así como se acercan a la casa para preguntar si la chica estuvo en esa fiesta y sale a su encuentro el mismo John Steven, quien orgullosamente dice: “Yo fui el que estuvo con esa perra, ¿cuál es el problema?”

Sin necesidad de mayor interrogatorio John Steven alardea de lo que ha sucedido, lo cual lleva a los agentes solicitarle un registro corporal, encontrándole en la pretina de su pantalón una pistola 9 mm, con el proveedor totalmente cargado, que el adolescente ni siquiera intentó usar. Al preguntársele por el salvoconducto de esta arma, responde que nunca lo ha tenido, lo que genera lectura de derechos y captura en flagrancia a la que John Steven no se resiste y accede de forma pacífica. Es de anotar que ha sido encontrado en total estado de alicoramiento.

Entre tanto, los otros miembros del equipo investigador han solicitado refuerzo policial y deciden ingresar a la vivienda ubicada en un segundo piso, en donde encuentran otros tres individuos ebrios, residuos de sustancias psicoactivas, varios elementos de evidencia frente a los hechos sexuales ahí consumados (condones usados, sábanas sucias y una diadema que Flor E no había recordado pero que posteriormente reconoció como suya).

Hasta el momento se percatan de la gran tensión que hay en el vecindario. Dos de los individuos hallados en la vivienda están en posesión de armas, en un clóset de la residencia se encuentran dos subametralladoras sin provisión, pero con municiones más que suficiente en uno de los cajones.

Por estos hechos los individuos son capturados, esposados y conducidos a otros vehículos policiales que han llegado, todo esto sin que opongan resistencia alguna. No se realizó ningún disparo y ninguno de los participantes en estos hechos esgrimió arma alguna.

Ap

Todos los capturados fueron llevados al búnker de la Fiscalía, en donde dos de ellos indicaron que John Steven y otro de los capturados eran menores de edad, lo cual se corrobora con los documentos que portan en la billetera, por lo cual son remitidos de forma inmediata al CESP (Centro Especializado para Adolescentes).

El domingo 16 de septiembre, siendo las ocho horas, se realiza audiencia de legalización de captura en la que John Steven acepta los cargos que se le imputan referentes a porte ilegal de armas, concierto para delinquir y acceso carnal con persona puesta en incapacidad de resistir. Tras la audiencia, John Steven es trasladado al Centro de Internamiento Preventivo de la ciudad Futuro Tres Mil.

Durante los tres meses que estuvo en el Centro de Internamiento Preventivo John Steven presentó un comportamiento aceptable, participando en las diferentes actividades, aceptando las normas, pero era remiso a referirse a los hechos que lo habían llevado a ese lugar. Sentía cierto remordimiento por haber participado en actividades delictivas, incluso en sesiones privadas con los psicoorientadores, manifestó arrepentimiento por el homicidio del dueño del bar en donde había muerto su padre y por otros homicidios en los que había participado y por los que nunca tuvo que responder ya que nunca se dio investigación al respecto.

Manifestaba querer comprometerse con un nuevo estilo de vida, alejado de las bandas, del vicio y de la violencia, pero cuando se le mencionaba lo ocurrido a Flor E se encolerizaba, no aceptaba ningún reproche al respecto y aunque estaba seguro de que sería sancionado por su actuar, alegaba que: "Se lo merecía esa perra. Antes debí hacerle todo lo que pensaba".

Ap

En diálogos con el equipo psicoorientador, les llegó a confesar que lo que habían planeado para Flor E era disfrutarla sexualmente, pasarla a sus amigos para que la disfrutaran como recompensa de la participación en el rapto y posteriormente aniquilarla y botar el cadáver en una carretera cercana.

Pero... también manifestaba que, al estar con Flor E, algo raro le sucedió, tal vez la chica lo enterneció. Solo él estuvo con ella y no se realizó nada de lo que habían planeado, sus amigos, aunque con algunos reparos, aceptaron la decisión tomada por John Steven. Acepta que fueron tan raras las cosas que ocurrieron esa noche, que él mismo quedó como embobado, cometió muchos errores, bajó la guardia y por eso fue capturado y está privado de su libertad, pero no siente ningún remordimiento por esos hechos, por el contrario, está seguro que “esa vieja se merecía eso y mucho más...” de lo que tenían planeado. Prueba de eso es que, aunque dejó ir a Flor E con toda la información, nunca esperó que lo denunciara pues creyó que cumpliría su pacto.

El día 17 de diciembre, tres meses después que ocurrieran los hechos, es citado a la audiencia de imposición de sanción, por parte del Juzgado Décimo de Infancia y Adolescencia de la ciudad Futuro Tres Mil.

En la audiencia, el fiscal solicita la aplicación de sanción privativa de la libertad en Centro Especializado por espacio de 8 años (96 meses) por los delitos de porte ilegal de armas, concierto para delinquir y acceso carnal con persona puesta en incapacidad de resistir y argumenta, además, su condición de líder de un grupo ilegal armado.

El defensor de familia presenta el informe biopsicosocial, en el que en con gran extensión plantea toda la situación familiar y social vivida por John Steven, las vulneraciones de derechos de los que fue víctima, la ausencia de adultos acompañantes, documenta los maltratos y agresiones sufridas en

Ap

la comunidad terapéutica donde estuvo internado durante tres años, de la cual se evadió por estas circunstancias y llegó a ser captado por un familiar adulto que lo llevó a participar de la banda criminal.

Aduce además que es tan grande la deuda social que se tiene para con John Steven que es difícil incluso endilgarle la responsabilidad por los hechos cometidos, ya que a pesar de su corta edad fue un niño y un adolescente que vivió con las escasas oportunidades que tenía.

El defensor técnico se suma a todos los argumentos presentados por la Defensoría de Familia en el informe biopsicosocial y aduce además como elementos favorables, la intervención del mismo John Steven para que no se ejecutara el plan tal como se había planeado en contra de la señorita Flor E, argumenta además la no resistencia a la aprehensión, la no utilización de armas para enfrentar a los agentes que lo capturaron, aun estando en una posición desde la cual podía generar un enfrentamiento.

Otros elementos expuestos por la defensa, radican en la confesión de cargos y la aceptación de responsabilidad por los hechos, más el excelente comportamiento que ha tenido John Steven en el Centro de Internamiento Preventivo.

Tras todas estas exposiciones, el juez décimo penal para adolescentes de la ciudad Futuro Tres Mil, pregunta a John Steven si tiene algo que decir; este en forma tranquila, manifiesta que está de acuerdo con los hechos de los que se le responsabiliza, que agradece el acompañamiento que le han dado, que le han servido mucho los tres meses que lleva en la medida preventiva, pero que también quiere decirles que aunque asume la responsabilidad, no se arrepiente por lo que hizo con esa muchacha y antes piensa que debió haber permitido que se realizara el plan planeado, porque no solo lo humilló, lo despreció, sino que lo traicionó al ir a interponer la denuncia.

Ap

En la siguiente audiencia de lectura de contenido del fallo, el juez de la causa, envía a John Steven al Centro Especializado para Adolescentes “Mano Firme y Corazón Atento” para que cumpla una medida de internamiento por un lapso de 60 meses.

Un año después de estar en el Centro Especializado para adolescentes “Mano Firme y Corazón Atento” y completados quince (15) meses efectivos de privación de la libertad, tiempo en el que se realizó con él un arduo y cualificado trabajo, realizado por los profesionales de la institución, John Steven como resultado de los procesos en los que ha participado para reflexionar sobre su transgresión sexual, acepta participar en un círculo restaurativo en el cual varios compañeros sancionados por delitos sexuales, compartirán una tarde con un grupo de chicas jóvenes que en diferentes circunstancias han sido víctimas de delitos sexuales.

Este círculo restaurativo ha sido preparado de manera técnica y responsable por un grupo de profesionales expertos en el tema. John Steven, luego de escuchar los testimonios de algunas de las jóvenes participantes y las confesiones y solicitudes de perdón de dos de sus compañeros, pide la palabra y para sorpresa de los terapeutas, acepta su responsabilidad en los hechos cometidos contra Flor E, aduce que no tuvo ninguna JUSTIFICACIÓN para hacerlo, plantea su total manifestación de arrepentimiento y su deseo de encontrarla y pedirle perdón por lo que le hizo a ella. Se compromete además con que esto no volverá a suceder contra ella ni contra ninguna otra mujer.

El equipo de Justicia Restaurativa del Centro Especializado para Adolescentes “Mano Firme y Corazón Atento”, busca comunicación con el Centro de Atención a Víctimas en donde está siendo atendida Flor E, la contactan pero ella manifiesta que no tiene ningún interés en encontrarse con John Steven porque pese a su participación en las

Ap

terapias psicológicas que le han servido para dejar de ejercer la prostitución y buscar otros caminos, le sigue teniendo miedo y considera que para ella no es conveniente volver a revivir esa historia.

A pesar de la negativa de Flor E, John Steven sigue participando en círculos restaurativos para transgresores sexuales, cuenta su historia, asume cada vez de manera más plena su responsabilidad frente a los hechos y su compromiso de no repetición. Su experiencia la ha divulgado en un programa que va a los colegios para sensibilizar a los adolescentes sobre el respeto debido a las mujeres, a su propia sexualidad, la necesidad de evitar la violencia sexual y todo tipo de acciones violentas y delincuenciales.

Tras un año de estar participando en los círculos restaurativos, su comportamiento en el Centro Especializado para Adolescentes “Mano Firme y Corazón atento” es excelente y sus acciones para evitar que hechos como los por él cometidos sean repetidos es evidente, de hecho, se ha convertido en el líder de los Círculos Restaurativos para Transgresores Sexuales.

Así las cosas, el defensor de familia, apoyado en los informes del equipo interdisciplinario del Centro Especializado para Adolescentes “Mano Firme y Corazón Atento” y de los profesionales que manejan las prácticas restaurativas, han solicitado al juez Décimo de Infancia y Adolescencia que programe una audiencia de seguimiento a la sanción y estudie la posibilidad de sustituir la medida de privación de la libertad por otra menos aflictiva, ya que como lo demuestran los hechos, se ha cumplido de forma cabal con los objetivos de la primera medida y existen otras que pueden facilitar en mejor forma la integración social del joven John Steven.

Ap

Actividad pedagógica

Una vez leído y analizado el presente caso, reflexionemos y resolvamos las siguientes cuestiones:

1. Conocida la historia de vida de John Steven, frente al proceso de restablecimiento de derechos, qué considera usted frente a:

- ¿Cuáles derechos le han sido vulnerados durante su infancia y adolescencia y por qué?
- ¿Cómo califica el proceso de restablecimiento que se le brindó al adolescente?
- ¿Cuáles elementos de su historia de vida y de su estadía en el centro terapéutico pudieron incidir en sus comportamientos posteriores?
- ¿Qué consecuencias tuvieron o debieron tener esos hechos para el proceso penal que se le surtió?

2. Analice los siguientes acontecimientos y situaciones anteriores a los hechos objeto del proceso y considere si deben tener alguna repercusión en la acción transgresora que conoce el juzgado Décimo Penal para Adolescentes.

- La temprana muerte de la madre
- El alcoholismo del padre
- El asesinato de su padre
- La vinculación al grupo armado que dirigía su primo
- La participación en la junta de acción comunal
- El homicidio en contra de los asesinos de su padre.

Ap

3. De acuerdo con las circunstancias anteriores considere si las siguientes afirmaciones son verdaderas (V) o falsas (F) y justifique su respuesta.

- John Steven debe ser considerado como una víctima de diferentes vulneraciones a sus derechos. V () F ()
- Las vulneraciones vividas en la institución de rehabilitación (comunidad terapéutica) no debieron investigarse ya que las consecuencias del abandono del programa deben ser asumidas por el adolescente. V () F ()
- La vinculación al grupo armado ilegal, una vez desertó del programa terapéutico, lo exonera de cualquier responsabilidad penal frente a los comportamientos siguientes. V () F ()
- El acuerdo celebrado por John Steven con la familia del homicida de su padre, luego de asesinarlo en un acto de retaliación, puede ser argumento para aliviar su situación frente a la ley penal. V () F ()
- La planeación y ejecución del homicidio del asesino de su padre, aunado con su liderazgo en la banda criminal, es un claro indicador de que John Steven ya no tiene regreso en la carrera delictiva. V () F ()

4. Califique la incidencia que pueden tener en el proceso las siguientes situaciones:

- La revelación al equipo interdisciplinario de la institución de los actos sexuales realizados contra otras mujeres puestas en incapacidad de resistir.
- La revelación en las mismas circunstancias de la comisión de otros delitos en especial los homicidios.
- El asedio y seguimiento hecho a Flor E.

Ap

- La no utilización de la violencia y no resistirse en el momento de la captura.
 - El haber decidido que no se realizaran los planes de mayor agresión sexual y muerte contra Flor E.
5. Frente a los hechos encontrados durante la aprehensión de John Steven, califique de falso o verdadero y justifique:
- La presencia de adultos en la escena de los hechos y su participación en los mismos es prueba irrefutable que John Steven está siendo utilizado por ellos para la comisión de delitos. V () F ()
 - El hecho de remitir a los adolescentes, conjuntamente con los adultos a la URI de adultos, sin antes verificar su edad, es causal contundente para declarar ilegal su captura y ordenar la libertad. V () F ()
 - La aceptación y revelación de los hechos, en un estado alterado por la droga y el licor, en el momento de ser requerido en su vivienda por la autoridad no tiene ningún efecto legal. V () F ()
6. Siendo usted el juez de conocimiento valore los siguientes argumentos que le son presentados:
- Por el fiscal de infancia y adolescencia.
 - Por el defensor de familia
 - Por el defensor técnico.
 - Valore la permanencia de John Steven en el centro de internamiento preventivo de acuerdo con los argumentos que se desprenden de la información recibida.
 - Valore las afirmaciones hechas por John Steven cuando se le otorga la palabra al término de la audiencia.

<p><i>Ap</i></p>	<p>7. Qué opinión le merecen las siguientes situaciones:</p> <ul style="list-style-type: none"> • La negativa de John Steven a sentirse culpable por los delitos sexuales en contra de Flor E. • La participación repentina en el “círculo restaurativo” con transgresores sexuales. • La dinámica de los círculos restaurativos: i) reunir víctimas y transgresores, ii) comunicar las experiencias vividas en el momento de la transgresión, iii) manifestación pública de la responsabilidad por parte de los adolescentes y jóvenes transgresores, iv) ofrecimiento de disculpas a quienes no fueron sus víctimas directas. • La negativa de Flor E a participar del proceso restaurativo y valore sus motivaciones. • La posterior participación de John Steven en los procesos formativos desarrollados en las instituciones educativas.
------------------	---

<i>Ap</i>	8. Califique de 1 a 5, donde 1 es el más bajo y 5 lo mejor en los siguientes aspectos.				
	El cumplimiento de los elementos básicos para el enfoque restaurativo				
	La elaboración del juicio de reproche propio				
	El resultado restaurativo				
	9. Siendo usted el juez Décimo de Infancia y Adolescencia tome una decisión motivada frente a la solicitud:				
	<ul style="list-style-type: none"> • De celebración de la audiencia de seguimiento a la sanción. • De la solicitud recibida, dando por hecho la aceptación de la realización de la audiencia. 				
	10. Por favor enuncie 5 aprendizajes obtenidos a partir del estudio de la unidad y determine la forma de aplicarlos en su labor como juez de infancia y adolescencia.				

<i>J</i>	Corte Constitucional, sentencia T 865/2006. M. P. Jaime Araújo Rentería.
	Corte Constitucional, sentencia T 025/2004. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.
	Corte Constitucional, sentencia C 095/2007. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
	Corte Constitucional, sentencia C 673/2005. M. P. Clara Inés Vargas Hernández.
	Corte Constitucional, sentencia T 029/2007. M. P. Manuel José Cepeda

J	<p>Corte Constitucional, sentencia C 160/2004. M. P. Antonio Barrera Carbonell.</p> <p>Corte Constitucional, sentencia C 893/2001. M. P. Clara Inés Vargas Hernández.</p> <p>Corte Constitucional, sentencia C 228/2002. M. P. Manuel José Cepeda y Eduardo Montealegre.</p> <p>Corte Constitucional, sentencia C 516/2007. M. P. Jaime Córdoba Triviño.</p> <p>Corte Constitucional. Sentencia C 975/2005. M. P.: Jaime Córdoba Triviño.</p> <p>Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rdo. 29753. M. P. José Leónidas Bustos Martínez. Enero 27 de 2010.</p> <p>Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Sentencia de Tutela del 7 de diciembre de 2005. Rdo. 23322.</p>
B	<p>Acuña Vizcaya, José Francisco. <i>Principio de Oportunidad en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes</i>. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. 2010.</p> <p>Calatayud, Emilio & Moran, Carlos. <i>Mis sentencias ejemplares</i>. Madrid: Editorial La Esfera de los Libros. 2008.</p> <p>Chaparro Borda, Víctor Manuel. <i>Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes. Justicia Restaurativa</i>. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. 2010.</p> <p>Comisión Interamericana de Derechos Humanos. <i>Informe Justicia Juvenil en las Américas</i>. Washington D. C., Estados Unidos. 2012.</p> <p>Comisión Interamericana de Derechos Humanos. <i>Informe Justicia juvenil en las Américas</i>. Nueva York. 2011.</p>

<p>B</p>	<p>Costello, Bob, Watchel, Joshua & Watchel, Ted. <i>Manual de Prácticas Restaurativas</i>. Instituto Internacional de Prácticas Restaurativas, USA. 2010.</p> <p>Couture Etcheverry, Juan. <i>Decálogo del abogado</i>.</p> <p>Defensoría del Pueblo. <i>Informe defensorial. Violaciones a los derechos humanos de los adolescentes privados de la libertad</i>. Imprenta Nacional. Bogotá: Imprenta Nacional. 2015.</p> <p>Escobar, Daniel. <i>Directrices del SNCRPA para orientar la formulación de programas de justicia juvenil restaurativa y estrategias de prevención del delito de adolescentes y jóvenes</i>. Ministerio de Justicia. 2017. Documento en elaboración.</p> <p>Fiscalía General de la Nación. Resolución 4155/2016. Aplicación del principio de oportunidad.</p> <p>Gargarella, Roberto. <i>De la injusticia penal a la justicia social</i>. México: Siglo del Hombre Editores. 2010.</p> <p>Gargarella, Roberto. <i>Derecho y grupos desaventajados</i>. Barcelona: Gedisa. 1999.</p> <p>Ghandi. <i>Todos los hombres son hermanos</i>. (10 Ed.). Madrid: Sociedad de Educación Atenas, 1988, p 38.</p> <p>Instituto Internacional de Justicia Restaurativa. <i>Quemando puentes</i>, video.</p> <p>Ley 1098 de 2006, Código de Infancia y Adolescencia.</p> <p>Ley 904 de 2004, Código de Procedimiento Penal.</p> <p>Naciones Unidas. Consejo Económico y Social. <i>Principios básicos sobre la aplicación de programas de justicia restaurativa en materia penal</i>. Resolución 2000/14. 2002.</p> <p>Naciones Unidas. Consejo Económico y Social. <i>Principios básicos para la aplicación de programas de justicia restaurativa en materia penal</i>, Resolución 2002/12. 2002.</p>
-----------------	---

B	<p>Naciones Unidas. <i>Manual sobre programas de justicia restaurativa</i>. Nueva York. Oficina contra la Droga y el Delito. 2006.</p> <p>Naciones Unidas. <i>Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores</i>. Reglas de Beijing. 1985. Regla 11.</p> <p>Nanclares, Andrés. <i>Los jueces de mármol</i>. Bogotá: Editorial Ibáñez. 1996.</p> <p>Organización de Estados Americanos (OEA). Comisión Interamericana de Derechos Humanos. <i>Relatoría sobre los derechos de la niñez. Informe Justicia Juvenil en las Américas</i>. Nueva York. 2011.</p> <p>Procuraduría General de la Nación. <i>Informe de vigilancia superior al Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes</i>. Bogotá: IEMP. Ediciones. 2015.</p> <p>Revista Justicia para Crecer. <i>Revista Especializada en Justicia Juvenil Restaurativa</i>. Perú Fundación Terre des Hommes.</p> <p>Schmitz, Jean. La Justicia Juvenil Restaurativa en el Perú. De la teoría a la práctica. <i>Revista Justicia para Crecer</i> 1. Diciembre 2005-febrero 2006, págs. 20 y ss. Lima. Perú.</p> <p>Zagrebelsky, Gustavo. <i>El derecho dúctil</i>. (11ª ed.). Madrid: Editorial Trotta. 2016.</p>
----------	---

Unidad 3.

LA DIMENSIÓN SUSTANCIAL Y DOGMÁTICA DEL SRPA

<i>Og</i>	Se espera que los funcionarios judiciales y empleados de la Rama Judicial comprendan la importancia de integrar materialmente el análisis del derecho penal sustancial y además puedan identificar y valorar las categorías dogmáticas de la teoría del delito en la práctica del SRPA, reflexionando de manera permanente en las consecuencias constitucionales y materiales por su inadecuada comprensión y aplicación.
<i>Oe</i>	Reconocer los principios del derecho penal sustancial como parte del SRPA y su relación con los principios de las demás dimensiones del Sistema. Identificar las categorías dogmáticas del delito y su incidencia en la valoración de la conducta de los adolescentes en conflicto con la ley penal. Identificar las características del injusto en el marco del SRPA en la legislación colombiana.

INTRODUCCIÓN

El análisis que se propone en esta unidad es complementario a las dos unidades anteriores y con una finalidad integradora y de comprensión sistémica del SRPA. Se trata de observar y reflexionar sobre la importancia de tener presente, siempre, las diversas dimensiones del SRPA de manera integral y no aislada en todo caso o hecho que sea sometido a una decisión judicial, tanto de control de garantías como de conocimiento.

En este contexto, se analizará la dimensión sustancial o dogmática que subyace a la aplicación de la ley penal en el SRPA. También se analizarán algunos de los problemas más relevantes que fueron encontrados en la indagación de necesidades de formación y en la valoración empírica de la

forma como está operando el sistema. Para ello se analizarán algunas normas rectoras o principios del derecho penal sustancial y algunas de las categorías dogmáticas del delito, advirtiendo desde ya, que un análisis pormenorizado de cada categoría dogmática o de la teoría del delito escapan a los objetivos de este módulo, de manera que se optó por el análisis de aquellos principios o categorías que se consideraron más importantes para identificar el sentido y comprender una concepción material y constitucional del SRPA.

En esta línea de análisis, uno de los problemas más frecuentes en la práctica es la omisión relativa, y en algunos casos casi que absoluta, de análisis de las categorías del delito en las conductas de los adolescentes que se encuentran inmersos en una investigación penal o que fueron condenados luego de agotar las diversas etapas del proceso.

En este sentido, encontramos una ausencia, y queja frecuente, de la falta de análisis de las normas sustanciales que componen la estructura del delito en nuestro medio, de manera que, en los casos concretos, poco o nada se habla de la conducta punible, el análisis se concentra en el proceso como si el SRPA fuera solamente el desarrollo del rito procesal a través de audiencias orales. Todo lo anterior implica ausencia en el análisis de la responsabilidad penal concreta del adolescente como garantía de sus derechos y en cumplimiento del fin pedagógico del sistema; en consecuencia, en esta unidad se observará la importancia del análisis valorativo del derecho penal sustancial por parte de los funcionarios judiciales que hacen parte del Sistema.

<p><i>Ap</i></p>	<p>Lea nuevamente el caso integrado integrador, <i>Problemas de familia</i>, y repase sus respuestas iniciales a las preguntas formuladas en su momento e identifique:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. De acuerdo con el resultado de la actuación, considera usted que ¿se analizaron todas las categorías del delito y las normas de derecho penal sustancial relevantes en el caso concreto? 2. ¿Considera que dejó de aplicarse alguna categoría del delito en el caso concreto? Fundamente su respuesta. 3. En un escrito, de no más de dos páginas, explique cuál es su concepción de delito. 4. Elabore un mapa conceptual en el que se evidencia la estructura del delito en Colombia.
------------------	--

La integración de los principios del Derecho Penal en el SRPA

Como se observó en los capítulos anteriores, cada una de las especialidades, y si se quiere disciplinas, que componen el sistema penal para adolescentes tiene un marco axiológico, de principios y normas rectoras, de manera que, en este sistema penal que es especial y diferenciado, lo que procede es su integración permanente y no solo en casos especiales o difíciles.

La aplicación constitucional de los principios y reglas especiales de la infancia y la adolescencia implica una permanente integración normativa que, en el caso de los adolescentes, lleva al análisis que necesariamente debe hacer el funcionario judicial en una integración compleja, no solo de los principios del proceso penal oral, los principios de la justicia restaurativa o de la infancia y la adolescencia, sino que también debe integrar cada una de las normas rectoras que constituyen el Código Penal colombiano en armonía con las normas especiales y de manera relevante, con el interés superior del adolescente y el bloque de constitucionalidad en toda su dimensión material.

Para abordar estos tópicos, desde un punto de vista metodológico, el punto de partida de esta unidad hace referencia a la doble concepción que se tiene de la culpabilidad. Esto es, la culpabilidad como principio y la culpabilidad como categoría dogmática en la estructura del delito y su importancia en el análisis concreto de la conducta de los adolescentes en conflicto con la ley penal. Posteriormente se abordará la antijuridicidad material como parte importante de la realización del injusto a tener en cuenta en la valoración en cada caso particular.

Es del caso aclarar que no se trata de desconocer el análisis ordenado, lógico o escalonado de la conducta punible, esto es y en su orden, la conducta, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, cada una con sus propias categorías o elementos, sino que debido al análisis inicial que se hace de la culpabilidad como principio y como categoría dogmática, se ha decidido abordar la antijuridicidad material como principio y parte del injusto que debe analizar y explicar el juez en la sentencia dado el carácter pedagógico del sistema.

La culpabilidad como principio

Reflexionemos un poco desde nuestro caso transversal integrado-integrador “Problemas de familia”: Si Ipanema es causante de la muerte de su agresor, ¿debe responder objetivamente por dicha causalidad?,

¿Es Ipanema responsable penalmente por la muerte del padrastro, quien además es su agresor sexual?

El principio de culpabilidad en materia penal prescribe el marco analítico para responder a estas preguntas, veamos: De acuerdo con las normas rectoras descritas en el Código Penal colombiano, solo se puede imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad, por lo cual, en el Código Penal colombiano se proscribieron toda forma de responsabilidad objetiva (art. 12).

Lo anterior implica que, en el análisis de las conductas realizadas por los adolescentes, el funcionario judicial debe advertir que no le está permitido condenar al adolescente a título de responsabilidad objetiva en sus diversas manifestaciones. En este caso, se debe entender por responsabilidad objetiva, cuando el adolescente ocasiona –en términos estrictamente causales⁹¹– un resultado típico cuya producción escapa a su control o no era previsible⁹², pensemos a manera de ejemplo, en el error de tipo o de prohibición, en la ausencia de antijuridicidad material, la presencia de causales de ausencia de responsabilidad, entre otras, que implicarían la exclusión de la responsabilidad penal.

Dicho de otra manera, en las sociedades más antiguas de la humanidad, el castigo se basaba en la sola producción del resultado dañoso o responsabilidad sin culpa, lo cual evolucionó y se entiende superado en las diversas concepciones del derecho penal moderno con la idea de responsabilidad subjetiva o con culpabilidad.

Ahora bien, visto el problema desde la responsabilidad penal subjetiva o con culpabilidad, la responsabilidad de las personas es individual, de acto, esto es por el hecho cometido y por su realización con conocimiento y voluntad, o con la posibilidad de previsibilidad del resultado.

Pero ¿por qué es importante el principio de culpabilidad en la justicia penal juvenil?, acaso ¿no es obvio, de Perogrullo, y totalmente aceptado en el derecho penal democrático dicho postulado?, pues bien, como se observará en el siguiente apartado, no siempre el principio de culpabilidad ha estado presente en el juzgamiento de los menores de edad, y en algunos casos lo olvidamos en la actualidad, como en el caso del adolescente que vivía en condición de habitante de calle que fue privado de la libertad al

91 Araque Moreno, Diego. *Derecho penal. Introducción y fundamentos de imputación de responsabilidad penal*. Segunda edición. Grupo Editorial Ibáñez, 2018, p. 172.

92 *Ibidem*, p. 173.

hurtar todos los días y en ocasiones con agresividad o arrebatamiento, en las panaderías de una pequeña población, para satisfacer su hambre, caso en el cual fue condenado por hurto calificado y agravado en concurso.

Como consecuencia de la declaratoria de responsabilidad, fue privado de la libertad y en el centro de reclusión, fue confinado en celdas de aislamiento durante la mayor parte del tiempo, bajo el supuesto de su peligrosidad y enfermedad que le producía un mal olor en el cuerpo y hacían difícil su convivencia con los demás jóvenes. No obstante, estas condiciones anormales de privación de la libertad, tanto el defensor público como los docentes e instructores del centro de atención especializada, manifestaban que estaba mejor allí porque al menos no le hacía falta de comer y dónde dormir.

Ahora bien, en la teoría y en la práctica de la infancia y la adolescencia ha sido muy común encontrar, en la doctrina y en la jurisprudencia, las diversas construcciones sociales sobre el adolescente, en especial, las construcciones definidas como “situación irregular” y la “protección integral” como marcos teóricos de comprensión de la protección de los menores de edad como sujetos de especial protección constitucional en diversos momentos históricos. Veamos la relación del principio de culpabilidad con estas doctrinas dominantes en la teoría y la práctica del derecho de la infancia y la adolescencia.

Importancia del principio de culpabilidad en la justicia penal juvenil

Si se comprende que la medida o sanción pedagógica solo es imponible al adolescente como consecuencia de la realización de una conducta y del injusto típico a título de responsabilidad subjetiva, cobra vigencia la pregunta sobre la legitimidad y justificación del SRPA: ¿Por qué los menores de edad y mayores de 14 años son sujetos responsables penalmente y por qué merecen una sanción?

Para resolver esta pregunta consideramos oportuno la valoración de la relación entre la responsabilidad subjetiva y el modelo de justicia que se deriva de la Convención de los Derechos del Niño y el modelo de protección integral. Para ello, debemos observar el problema en contexto.

En las investigaciones sobre la práctica de la justicia penal (en general) se han planteado diversos enfoques de análisis sobre las decisiones de los jueces, en esta oportunidad delimitaremos el análisis al planteamiento que encontramos por parte de Gargarella, quien identifica y describe, de manera sintética en su texto *De la justicia penal a la justicia social*, tres enfoques de

la justicia penal y que en esta oportunidad lo usamos como referente para analizar lo que ha pasado con la justicia penal juvenil. De una parte, se plantea cómo se desarrolló el bienestarismo penal (welfarismo penal), de otra el retribucionismo y finalmente el populismo penal, todos ellos han tenido también su respectivo desarrollo en América Latina⁹³.

Para este autor, durante la época de los años sesenta y setenta del siglo XX el sistema penal parece tener los mismos pilares y principios que orientaron el Estado de Bienestar *“El modelo dominante de organización social estaba basado en los principios sociodemocráticos de inclusión, redistribución y gasto público, lo cual implicaba un estado activo e intervencionista”*,⁹⁴ en este aspecto, dice el autor, el Estado asumió la responsabilidad de resolver los problemas más graves de las personas sin recursos con capacidad de integración social, de los más pobres, y se le dio la tarea al sistema penal de controlar también a esta población, pero en concreto a los “pobres” desadaptados.

En este modelo se buscaba por parte de las instituciones a esta población y el fin consistía en aportarle un tratamiento correctivo rehabilitador, posición utilitaria que llevó a los jueces a considerar *“la necesidad de los agresores de recibir tratamiento, más que la naturaleza de sus crímenes”*⁹⁵, como se observa, el bienestar, la tutela y el bienestarismo también fueron una forma de control social.

En la práctica, se demuestra como en los Estados Unidos los jueces que tenían en mente este modelo actuaban con un amplio margen de discrecionalidad y terminaron considerando la necesidad de tratamiento más severo a los más desfavorecidos, lo que llevó a que impusieran sanciones más graves a los más pobres y sanciones más benevolentes a los más favorecidos. *“Los amplios niveles de discrecionalidad judicial autorizados condujeron a la discriminación de minorías y grupos desfavorecidos (los pobres, la comunidad afroamericana) y (como contramarca de la moneda) el beneficio de las clases medias y altas. Al aplicar principios utilitarios estrictos, los jueces tendieron a ser flexibles con los miembros de las clases acomodadas, quienes –según asumió la justicia– tenían mayores posibilidades para “recuperarse” y “reintegrarse”, pero no con aquellas personas que provenían de un “contexto social degradado”, quienes en muchos casos eran reincidentes y tenían pocas posibilidades o deseos de volver a formar parte de la sociedad”*⁹⁶.

93 Gargarella, Roberto. *De la injusticia penal a la justicia social*. Bogotá: Ibáñez - Uniandes, 2008, pp. 80 ss.

94 *Ibidem*, p. 81.

95 *Ibidem*.

96 *Ibidem*, p. 82.

Se resalta que en este modelo se podía llegar a juzgar e imponer una sanción más por la persona y sus condiciones particulares que, por la conducta realizada, en el fondo se trataba de darle las condiciones y brindarle bienestar a través del sistema penal.

En el segundo de los planteamientos anunciados y como paso seguido o la continuidad del bienestarismo en los Estados Unidos se originó una especie de movimiento retribucionista. El retributivismo fue de alguna manera la reacción social y académica a la discrecionalidad judicial descrita antes, de manera que las reformas quisieron regresar a las bases del derecho penal liberal, entre otros postulados, la idea era que quien cometiera el mismo crimen, recibiera el mismo castigo, el merecimiento justo. Este renacer del planteamiento retributivo vino de la mano del principio de proporcionalidad, de estándares para tomar decisiones que no tuvieran en cuenta el contexto o el origen social o racial, pues en la discrecionalidad que reinó en el bienestarismo se favorecía la criminalidad de las clases más acomodadas⁹⁷.

No obstante, si bien es cierto esta era la finalidad de las reformas, en la práctica la aplicación de las mismas terminó por acentuar la discriminación, entre otras cosas por la prohibición a los jueces de reducir la sanción con base en estudio, trabajo o la situación familiar. De manera similar sucedió con la aplicación de la estricta proporcionalidad que terminó por favorecer una práctica contraria toda vez que se les prohibió a los jueces tener en cuenta circunstancias sociales, económicas del agresor como factores atenuantes en las sentencias⁹⁸. La exigencia de proporcionalidad con criterios de igualdad, terminó por favorecer un modelo de decisión judicial de retribución penal, esto es, la proporcionalidad vista como equilibrio entre el daño y el castigo, un daño por otro daño.

El tercer planteamiento que describe Gargarella hace referencia al ya conocido concepto de populismo penal, según el cual, se reclama del Estado una postura más fuerte contra el crimen, este se caracteriza por imponer medidas politizadas, populistas y dar un espacio privilegiado a las víctimas en el proceso de criminalización. Este es el caso en el que las propuestas contra el delito y la seguridad se basan más en lo que piensa la gente, la opinión pública, los medios de comunicación, los burócratas y las víctimas en detrimento, en ocasiones omisión total, del pensamiento de expertos, de

97 *Ibidem*, p. 84.

98 *Ibidem*.

las élites profesionales⁹⁹ o de políticas públicas orientadas a la evitación y tratamiento social y económico de los problemas sociales¹⁰⁰.

De acuerdo con el autor, este enfoque supone un fuerte impacto sobre los sectores menos favorecidos ya que se ha generado un crecimiento exponencial de las personas privadas de la libertad de escasos recursos económicos, se sufren penas privativas de la libertad más largas y hay más límites a las posibilidades de reducir condenas judiciales o recibir beneficios por buen comportamiento.

Si observamos con detenimiento lo que ha pasado en la historia de la infancia y la adolescencia frente al control social y la justicia penal, la historia de la infancia y la adolescencia no está lejana de estos tres enfoques al haber sufrido, en términos similares, los mismos problemas que se han evidenciado en las investigaciones de la justicia penal en EE. UU., guardadas las proporciones, es posible describir como la justicia penal juvenil ha pasado de un modelo tutelar del menor como objeto del derecho (doctrina de la situación irregular)¹⁰¹, a un modelo de garantías del adolescente como sujeto de derechos (modelo garantista de protección integral) y en la actualidad a un modelo de populismo penal en detrimento de su condición de personas con especial protección constitucional. Todo lo anterior ha desdibujado, en la práctica, la legitimidad del SRPA que ha pasado de ser un modelo de garantías a replicar o derivar en un sistema selectivo de control social propio de la política punitiva que caracteriza los sistemas penales actuales.

En efecto, la literatura sobre la infancia y la adolescencia da cuenta de la forma como se ha ido construyendo y desarrollando el tratamiento de los menores de edad en conflicto con la ley. Recordemos como en el modelo tutelar, propio de la doctrina de la situación irregular, el poder punitivo se usaba sin límite material, de manera que con el pretexto de protección,

99 Ibidem, p. 86.

100 Un desarrollo amplio sobre las diversas formas de populismo punitivo se puede ver en: Escalante Barreto, Estanislao, *Política Criminal Mediática, Populismo Penal, Criminología Crítica de los Medios y de la Justicia Penal*, Bogotá, Ed. UNAL-Ibáñez, 2018. En el mismo libro, se encuentra una unidad de cuatro capítulos dedicados a reconstruir las principales investigaciones relacionadas con la construcción mediática del adolescente como delincuente o “peligro” para la sociedad y la necesidad de una política penal de corte populista y punitiva.

101 En nuestro ordenamiento, el antiguo código del menor mantenía esta doctrina en el artículo 30 del Código del Menor (Decreto 2737 de 1989), de la siguiente manera: un menor se encuentra en “situación irregular” cuando carece de atención, cuando ha sido autor o copartícipe de una infracción penal, cuando se encuentre en situación de abandono o de peligro, cuando presente deficiencia física, sensorial o mental, cuando sea trabajador en condiciones no autorizadas por la ley, o en general, cuando se encuentre en una situación especial que atente contra sus derechos o su dignidad.

de tutela, de cuidado o de bienestar, el adolescente en situación irregular era objeto del derecho o de la política, por lo que las alternativas eran la institucionalización, bien para sacarlo de su situación precaria o para ponerlo en situación de adoptabilidad, en consecuencia, era encerrado, privado de la libertad para protegerlo, para evitarle el peligro o para alejarlo de la situación de vulnerabilidad en la que estaba. Esa medida de protección institucional era en realidad una privación de la libertad, verdadera pena, en ocasiones como medida de protección sin que cometiera delito alguno¹⁰², en otras palabras, al sistema tutelar le importaba más la situación irregular o la persona por su peligrosidad derivada de esa situación que por el acto cometido, de manera que la medida era para otorgarle bienestar, esto es, medidas restrictivas de la libertad tomadas en el ámbito administrativo sin la comisión de conductas que ameritaran una sanción o restricción de la libertad¹⁰³.

La diferenciación entre menor y niño, entre objeto del derecho y sujeto del derecho, entre situación irregular y protección integral, no es retórica o simple marco de referencia académico o conceptual, como se observa, en la práctica ha tenido importantes repercusiones en el tratamiento de los adolescentes y se espera que su reconocimiento y aplicación sea cada vez mayor. Con la implementación de la Convención sobre los Derechos del Niño, el alcance constitucional de la Ley y sus características teleológicas se plantea por la doctrina, las autoridades y en el general en el estado del arte, una superación del tratamiento del menor como “objeto de protección”, “objeto del derecho” o en “situación irregular”¹⁰⁴ para pasar a un modelo o paradigma del adolescente como sujeto de derechos en el campo de una doctrina de protección integral.

102 Zaffaroni, Alagia *et al.* *Manual de derecho penal*. Parte general, 2005, p. 31.

103 Recordemos como el concepto de niño ha sido un concepto construido históricamente, en el Siglo XIX y hasta mediados del siglo XX el concepto de niño se relacionó con la noción de menor, estableciendo una dicotomía entre estas dos nociones: por niños y niñas se entendió todo aquel que contaba con las condiciones básicas de desarrollo (familia, escuela y salud), y por menor aquel que no gozaba de ellas y por ende se encontraba en una “situación irregular” y era potencialmente un delincuente; en ese sentido, el menor se convertía en “objeto” de cuidado, objeto de protección de las políticas legislativas. Ver más, en: García Méndez, Emilio. *Infancia, ley y democracia: una cuestión de justicia. Infancia, ley y democracia en América Latina*. Bogotá, Temis – Depalma, 1998.

104 Por todos, sobre la responsabilidad penal de los adolescentes en América y en Colombia véase el alcance del Código de la Infancia y la Adolescencia en Colombia, en Escalante Barreto, Estanislao. *Alcance del Código de la Infancia y la Adolescencia*. Bogotá: Funderechos, 2008; y Escalante Barreto, Estanislao. *Constitucionalismo y responsabilidad penal del adolescente: Negación desde el populismo punitivo como soporte y la ideología de la defensa social como resultado. La Constitución del 91... entre avances y retrocesos*. Tomo I, Ibáñez, Universidad del Sinú, 2017, pp. 513-556.

En la actualidad al reconocer al niño, la niña y a los adolescentes como sujetos de derechos, de derechos prevalentes y titulares de un interés superior, también se le reconoce como sujeto de obligaciones y responsabilidades, de manera que se le identifica como un sujeto con capacidad de decidir, opinar, crear y ser partícipe en la construcción de la realidad y su entorno, también es sujeto que puede actuar en el mundo de la vida como sujeto reflexivo, por lo que se le hace responsable de sus actos pero de manera diferenciada al adulto, lo que implica un criterio de equidad.

En este contexto y como medida para superar las antiguas medidas tutelares y medidas de “protección”, que en ocasiones eran verdaderas medidas restrictivas de derechos, se planteó la necesidad de introducir las garantías penales como parte del esquema de garantías del niño como sujeto de derechos, en consecuencia, ningún menor de edad puede ser institucionalizado o privado de la libertad so pretexto de protección o medida tutelar y una medida restrictiva de derechos en el proceso solo es posible en la hipótesis de haber cometido una conducta punible que sea merecedora de una sanción restrictiva de derechos a título subjetivo.

Esto es, si el menor de edad realiza una conducta relevante en el ámbito penal por ser lesiva de un bien jurídico tutelado y está tipificada como delito, debe responder por ella como sujeto de derechos, de manera que deja de ser inimputable y su imputabilidad es especial y diferenciada por su condición de menor de edad, de manera que cualquier limitación de derechos o sanción, solo se puede imponer después de haberle garantizado el debido proceso, un juicio justo y haber agotado todas las garantías que ofrece el sistema penal a quien es investigado por la comisión de una conducta relevante penalmente.

También implica que en los casos de la población vulnerable o los jóvenes en situación de pobreza o como habitantes de calle, no pueden ser judicializados o limitados sus derechos por ese solo hecho o condición, por ende, en el paradigma de la protección integral, su protección debe ser a través de políticas públicas no restrictivas de derechos como pasara en los casos referidos en su tratamiento como objeto del derecho.

En otras palabras, con la doctrina de la protección integral derivada de la adopción de la Convención y de la Ley 1098 de 2006 y del niño como sujeto de derechos, se pasa a un sistema de responsabilidad, en el que el adolescente es sujeto de derechos y por ende sujeto responsable. Al integrar a los adolescentes al sistema de responsabilidad penal y evitar que continúe en el sistema tutelar indicado, se buscó que al adolescente se le tuvieran en

cuenta todas las garantías propias del derecho penal constitucionalizado como límite al poder, esto es, que se sometiera previo a cualquier forma de restricción de derechos o encierro, a un sistema penal como dique de contención¹⁰⁵, como barrera infranqueable del poder, después de ser vencido en un juicio con todas las garantías y como consecuencia de ello, solo si es declarado responsable, ahí si ser someterle a una medida especial, diferenciada desde el punto de vista de su finalidad, educativa y pedagógica.

No obstante lo anterior y a pesar de la adhesión específica a la Convención de los Derechos de los niños y las niñas, nuestro sistema de responsabilidad penal en la práctica sigue teniendo rasgos del modelo tutelar, por ello sigue cumpliendo funciones latentes, en la medida que la sanción pedagógica es una verdadera sanción punitiva como se deriva de los estudios sobre la operación del sistema penal actual¹⁰⁶.

Pero aunado a lo anterior, ese modelo ha hecho tránsito a un modelo de pura retribución y castigo por el daño cometido y últimamente, ha sido objeto de una orientación punitivista que desde la política y los procesos mediáticos de reacción social busca transformar las sanciones de contenido pedagógico por “verdaderas” penas, aumentar el castigo y disminuir la mayoría de edad penal, en verdaderos procesos de normativización del derecho penal y de una expansión cuantitativa del derecho penal, propia de las políticas penales de la actualidad y que tienen en permanente crisis el sistema penitenciario y carcelario de adultos.

Como se observa, un modelo constitucional de la justicia penal juvenil debe superar aquellas concepciones de responsabilidad objetiva, las concepciones tutelares, debe contener el retribucionismo puro y evitar el populismo punitivo como medida de contención de los problemas sociales de la juventud y el sistema penal. Para ello, es necesario reconocer el contexto en el que se ubican esas diversas concepciones y como el principio de culpabilidad puede ayudar a tomar decisiones con una perspectiva hermenéutica cuya fuente es el modelo constitucional del Estado Social de Derecho.

105 Zaffaroni, Alagia. *et al.* Manual de derecho penal. Parte general, 2005.

106 Escalante Barreto, Estanislao. *Constitucionalismo y responsabilidad penal del adolescente...*, Ob., cit. p. 30.

A manera de resumen abordemos la siguiente tabla comparativa:

ÍTEM	MODELO - SISTEMA TUTELAR/SITUACIÓN IRREGULAR ¹⁰⁷	MODELO-SISTEMA DE PROTECCIÓN INTEGRAL/GARANTISTA ¹⁰⁸
Fuente normativa	Decreto 2737 de 1989: “Código del Menor”	Ley 1098 de 2006: “Código de Infancia y Adolescentes”
Fuente normativa Internacional	Tribunal Juvenil de Chicago de 1899 ¹⁰⁹	Convención sobre los Derechos los Niños de 1989
Sujeto	Menores	Niños, niñas y adolescentes (NNA)
Objeto de la intervención	Menores que se encuentran en situación irregular, de lo contrario no hay intervención ¹¹⁰	Todos los NNA tienen además derechos prevalentes y la limitación de derechos tiene reserva judicial y legal.
Fin de la intervención	Compasión y represión, protección e intervención, control social.	Reconocerlos como sujetos de derechos y obligaciones. Control social.

107 Cuadro comparativo construido con los textos: Usecha Carolina. *El sistema de responsabilidad penal para adolescentes*. Bogotá: Ed. Ibáñez, 2014, y Acuña José Francisco et ál. Serie Observatorio SRPA 1: Proyecto de investigación: La Medida Pedagógica como sanción en el SRPA (Ley 1098 de 2006): Estudio Sociojurídico. Bogotá: Ed. Universidad Nacional de Colombia, 2010.

108 Sobre la categoría “modelo” o “sistema” se encuentran autores que los usan diferenciadamente. Ver: *Ibidem*.

109 Usecha Carolina, Ob. cit., p. 21.

110 Sobre el particular se define que el Modelo Tutelar interviene y considera al menor en “*situaciones irregulares como abandono, violencia, o pobreza, o hubiere realizado conductas delictivas, dependiendo de su situación como incapaz, indefensa, dependiente o inadapta*”. Usecha, Carolina, ídem., pp. 21-22. Adicionalmente, el OSRPA de la Universidad Nacional afirma que en el sistema tutelar “*el “menor” era un objeto sobre el cual el estado ejercía su potestad para garantizar que este saliera de las situaciones “moralmente reprochables” que lo hacían proclive a la criminalidad.*” ACUÑA José Francisco, GARCÍA Clara y LÓPEZ Myriam. Serie Observatorio SRPA 1: Proyecto de investigación: La Medida Pedagógica como sanción en el SRPA (Ley 1098 de 2006): Estudio Sociojurídico. Ed. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá 2010, p. 18.

ÍTEM	MODELO - SISTEMA TUTELAR/SITUACIÓN IRREGULAR ¹⁰⁷	MODELO-SISTEMA DE PROTECCIÓN INTEGRAL/GARANTISTA ¹⁰⁸
Medidas/ Sanciones	Privar de la libertad a quienes se encuentren en situaciones irregulares	Libertad como principio, privación de la libertad como medida excepcional.
Fin de la sanción	Tutelar, retribución.	Educativa, pedagógica y restaurativa.
Sujeto en conflicto con la ley penal	Son considerados inimputables para el sistema de adultos	Son imputables dentro del SRPA ¹¹¹
Responsabilidad	Responsabilidad del menor a cargo de la familia y forma subsidiaria del Estado	Corresponsabilidad ¹¹² : solidaridad entre familia, sociedad y Estado

Ilustración 7. Entre el modelo tutelar al modelo de protección integral.

El principio de antijuridicidad material

El punto de partida es la concepción del injusto material como conducta típica que lesiona o pone en peligro efectivo un bien jurídico tutelado, de manera que en un Estado Social de Derecho la imposición de la sanción al adolescente es legítima solo si la conducta implica un daño o peligro relevante a un bien jurídico establecido como digno de protección penal por el legislador, en lo cual se sigue la regla general del derecho penal.

En un Estado democrático, la sanción penal sin daño es sanción punitiva sin legitimidad política, social y económica. Desde el mismo nacimiento de la filosofía del derecho penal, como lo planteó desde entonces el mismo

111 En el Sistema de Protección Integral, cuando el adolescente entra en conflicto con la ley penal se pretenden dos objetivos: “*primero garantizar los derechos de los adolescentes en conflicto con la ley penal y el segundo es el de integrarlos a la sociedad mediante la “pedagogía de los derechos”*”. Ver en: *Ibidem*.

112 Ley 1098 de 2006, Código de Infancia y Adolescencia (CIA), artículo 10. El Principio de Corresponsabilidad debe entenderse acorde al artículo 44 de la Constitución Política como: “*la responsabilidad en el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes radican en la familia, la sociedad y Estado... a lo largo del proceso del reconocimiento, condiciones de ejercicio y restablecimiento de los derechos... sin descuidar las condiciones de equilibrio en la responsabilidad de los diferentes agentes*”. Defensoría del Pueblo. Capítulo 2: Elementos de análisis normativo para la comprensión de la vinculación de niños, niñas y adolescentes a grupos armados ilegales, [en línea:] https://www.unicef.org/colombia/pdf/co_resources_ID3_capt_dos.pdf (Última consulta 13 de mayo de 2017).

Beccaria, “...el daño hecho a la sociedad es la verdadera medida de los delitos”, de manera que, desde antaño, el castigo no puede ser desproporcionado y encuentra su contención en el derecho penal considerado como un límite al poder, “la verdadera medida de los delitos es el daño hecho a la nación, y por esto han errado los que creyeron serlo la intención del que los comete”, todo lo cual implica que, el solo desconocimiento de la norma, la trasgresión del rol social o la tipicidad objetiva sin daño, sin lesión o sin puesta en peligro efectiva del bien jurídico tutelado por la ley penal, no pueden ser sancionados en el SRPA.

Sin embargo, no hay que confundir la exigencia de daño como medida de la sanción, con la retribución o simple venganza institucional por el hecho cometido, discurso éste tan de moda en la aplicación práctica de las sanciones en los juicios penales actuales, y en los medios de comunicación cuando se refieren a la comisión de una conducta que produce reacción social negativa. Frente a la realidad de los adolescentes en la actualidad, investigaciones recientes permiten observar una reacción común de esta naturaleza frente a las conductas socialmente negativas de los más jóvenes¹¹³.

En términos generales, el incumplimiento de un reglamento escolar, de un contrato, la lesión o el desconocimiento de un derecho, el incumplimiento de una norma disciplinaria, el consumo de sustancias estupefacientes en el colegio, el consumo de licor, etc., implican un acto antijurídico. Sin embargo, no toda conducta antijurídica es merecedora de sanción pedagógica o penal en estricto sentido, sino solo aquellas que impliquen daños graves a valores sociales relevantes expresados como tal en el Código Penal y que, por tanto, le corresponda, como consecuencia de la acción típica y antijurídica, una sanción pedagógica, especial y diferenciada.

En otras palabras, merecen sanción pedagógica las conductas que implican un daño a los bienes jurídicos establecidos como dignos de reconocimiento positivo en el Código Penal o las modalidades de conducta más dañinas a las que el legislador considera que se les debe imponer una sanción de tipo penal.

Lo anterior por cuanto la sanción pedagógica no deja de ser un verdadero mal que limita las libertades de una población especial que vive una etapa

113 Cfr.: Escalante Barreto, Estanislao, Justicia Penal Juvenil: Negación de un Mandamiento Constitucional desde el Discurso Mediático y Político del Delito y la Defensa Social, en: *Política Criminal Mediática, Populismo Penal. Criminología Crítica de los Medios y de la Justicia Penal*, Bogotá, Ed. UNAL-Ibáñez, 2018, pp. 379-429. En la misma obra colectiva, MARTÍNEZ, Alejandro, Infancia y mediatización entre la prescindibilidad, el peligrosismo y el uso mercantil de las infancias y adolescencias, Ob. cit., pp. 469-494.

específica de su desarrollo personal, físico, psicológico, social y cultural, todo lo cual implica reconocer y valorar su realidad y condición especial en cada caso concreto, y por lo tanto su uso es limitado para el Estado. De manera que, con base en la Convención de los Derechos del Niño y las reglas de Beijing y las limitaciones impuestas al poder punitivo del Estado, se hace efectivo el principio de mínima intervención y del derecho penal como instrumento de *ultima ratio*.

El principio de antijuridicidad material es de la mayor importancia a la hora de comprender el sentido y contenido del derecho penal de los adolescentes como límite al poder y como garantía de sus derechos individuales y la seguridad de no arbitrariedad por parte de las agencias que operan instituciones de control social. Se trata de un pilar del derecho penal en el marco del Estado Social y Constitucional de Derecho, pues desde un punto de vista histórico, doctrinal y jurisprudencial, así se ha comprendido la protección de derechos fundamentales ya que existe un consenso generalizado en el discurso, la teoría y la jurisprudencia de protección de los derechos y las garantías de todas personas, incluyendo por supuesto a los adolescentes¹¹⁴.

Ahora bien, esta concepción debe comprenderse desde las implicaciones teóricas, filosóficas y de aplicación práctica que trajo consigo la Constitución Política de 1991, en la medida que el constitucionalismo contemporáneo ha desarrollado una influencia inusitada en la constitucionalización de la totalidad del ordenamiento jurídico, tanto es así, que la Corte Constitucional ha desarrollado el siguiente planteamiento constitucional sobre el tema:

La antijuridicidad no es un principio con expresa regulación constitucional, sin embargo, esta Corporación ha establecido que guarda una íntima conexión con el principio de proporcionalidad o “prohibición de exceso” el cual se deduce jurisprudencialmente de los postulados de Estado Social de Derecho, la dignidad

114 Es necesario aclarar que en la doctrina y la jurisprudencia hay diversas formas de comprender los conceptos de antijuridicidad, lesividad u ofensividad. Para Ferrajoli, por ejemplo, es posible articular el principio de ofensividad en dos subprincipios: el de ofensividad en abstracto, que podría anclarse a la Constitución mediante una formulación del tipo “nadie puede ser castigado por un hecho que no ofenda bienes jurídicos de relevancia constitucional”; y el de ofensividad en concreto, con el cual se podría establecer que “nadie puede ser castigado por un hecho que, aun correspondiendo a un tipo normativo de delito, no produzca en concreto, al bien por este protegido, ningún daño o peligro”. El primer principio, al consistir en una norma dirigida al legislador, debería formularse en la Constitución. El segundo, al ser una norma dirigida a los jueces, podría perfectamente ser previsto por una ley común. En ambos casos, este principio tiene la forma, que es propia de todas las garantías, de límite o *conditio sine qua non* de la intervención penal o de la imposición de una sanción pedagógica a los adolescentes. Citado en: Escalante Barreto, Estanislao. *La Antijuridicidad en el Derecho Penal Colombiano. Problemas Actuales de Derecho Penal General. Libro Homenaje a Luis Carlos Pérez*. Bogotá: Ed. UNAL-Ibáñez, pp. 267-296, 2018.

humana, la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, los derechos inalienables de la persona, prohibición de la pena de muerte y de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, el principio de igualdad y de la proporcionalidad de las medidas excepcionales.

Conforme a lo anterior, la responsabilidad de los particulares por la infracción a las leyes, especialmente las penales, requiere la verificación de un daño efectivo a los bienes jurídicos protegidos y no la simple valoración de una intención que se juzga lesiva, solo esta última condición justifica la restricción de los derechos y libertades, que gozan igualmente de protección constitucional.

En síntesis, aunque la antijuridicidad no tiene rango de principio constitucional, guarda una estrecha relación con el principio de proporcionalidad, puesto que solo la protección de bienes jurídicos realmente amenazados justifica la restricción de derechos fundamentales como la libertad personal (Corte Constitucional, 2016, C-181).

De lo anterior se infiere la necesidad de comprender los cambios planteados desde la concepción constitucional y la legal con relación al daño en las conductas tipificadas como delito. Lamentablemente hoy es común la demanda de castigo por conductas que no tienen relevancia por ausencia de daño, por la sola infracción de deber o lo que está de moda pero que genera un amplio debate, por la necesidad de mantener la vigencia de la norma.

La conducta punible en el SRPA

Para iniciar el análisis de la conducta punible en los casos de infancia y adolescencia, abordemos un caso hipotético que nos permita cuestionarnos sobre el análisis pertinente, veamos:

<p><i>Ec</i></p>	<p>Una joven de 16 años de edad, que vivía en una pequeña población, fue inducida por sus amigos del colegio a consumir marihuana, lo cual hacía todas las tardes al salir de sus estudios y aprovechando que su madre llegaba del trabajo más o menos tres horas después a su casa. La joven en la época que empezó a consumir convivía con su madre y una hermana menor de 11 años de edad.</p>
------------------	---

Ec

Después de un largo tiempo de consumo, su madre empezó a sospechar de la joven, pues su comportamiento había cambiado en los últimos meses y sentía que a su hija ya no le podía ni hablar, se comunicaba muy poco y su hermana contaba que ahora le tocaba regresar del colegio sola, pues la joven se quedaba en el parque con sus amigos.

En una ocasión, la madre llegó temprano a casa y descubrió que la joven se encontraba fumando un cigarro de cannabis en su propia casa, lo cual llevó a una acalorada discusión, tanto así que su madre la castigó dándole algunos fuetazos de consideración lesiva en su humanidad con elemento contundente (una correa).

La situación llevó a que la joven afianzara su rebeldía y no cambiara su comportamiento, por el contrario, al verse descubierta y castigada incrementó su consumo de manera abierta frente a su madre y hermana menor.

La madre optó por consultar a varias personas para ver cuál era la mejor solución a su caso, de manera que acudió a la comisaría de familia, a la Defensoría del Pueblo, a la alcaldía y muy poca información logró obtener. Dadas las circunstancias habló con una amiga que trabajaba en la Fiscalía, esta a su vez consiguió que un Fiscal de infancia y adolescencia la atendiera y la aconsejara.

Cuando el Fiscal de Infancia y Adolescencia la atendió le explicó que aquella conducta no era delito, pues la menor tenía la posibilidad de consumir estupefacientes en el ejercicio de su libre desarrollo de la personalidad y por ser consumo personal no se le podría judicializar.

Ante las súplicas de la madre, el Fiscal accedió a hablar con la joven para darle consejos. El día que la citó le manifestó a la joven que, si seguía consumiendo marihuana en su casa, la podía judicializar por el delito de violencia intrafamiliar.

<p><i>Ec</i></p>	<p>No valieron las observaciones del fiscal y su advertencia, de manera que la joven cada vez más consumía en su casa de manera desafiante y como acto de rebeldía. Así las cosas, la madre insistió en la Fiscalía de Infancia y Adolescencia y solicitó una investigación por el punible sugerido por el Fiscal, quien luego de ponerse de acuerdo con la mamá decidió iniciar un proceso penal en su contra y solicitó que fuera privada de la libertad por el delito de violencia intrafamiliar, al tratarse de una conducta que atentaba, además, contra los derechos e interés superior de su hermana menor, ante esta decisión solicitó la imposición de una medida de privación preventiva de la libertad.</p> <p>La señora madre creía de manera seria y decidida que la mejor forma de evitar que su hija siguiera en malos pasos era entregándola al ICBF o a la Fiscalía para que estuviera en el “reformatorio” y dejara de fumar. El Fiscal decidió ayudarle bajo el supuesto de que, al llevarla a la institución, estaría mejor que en la casa, de manera que terminó siendo sancionada por el delito de violencia intrafamiliar y en un centro especializado cumpliendo la sanción.</p> <p>¿Considera usted que la conducta de la adolescente se adecua al tipo penal de violencia intrafamiliar?</p> <p>¿Cómo valora usted la actuación del Fiscal y de la madre de la menor?</p> <p>Dadas las circunstancias particulares del caso, ¿considera que existía necesidad de la sanción en el caso concreto?</p> <p>¿Qué implicaciones tiene el principio de la corresponsabilidad en el análisis de este caso?, ¿es pertinente analizar la corresponsabilidad en el caso concreto?</p>
------------------	---

El sistema penal como escenario de garantías y límite al poder punitivo implica el reconocimiento y materialización de los derechos del adolescente

en conflicto con la ley penal, de manera que además de los principios rectores del Código de Procedimiento Penal vigente, de los principios de la infancia y la adolescencia en su integridad y comprensión constitucional, se enlazan profundamente las normas rectoras del Código Penal.

La comprensión del sistema como un escenario de limitación al poder punitivo del Estado y garantía de derechos de los adolescentes implica que, toda imposición de una sanción pedagógica o restricción de derechos debe ser impuesta por una autoridad especializada competente, debe ser producto de un debido proceso de responsabilidad penal y que como consecuencia del injusto material sobrevenga la sanción. Esto es, no puede haber sanción sin un daño causado, en virtud de una conducta lesiva que se le pueda atribuir al adolescente como suya, por lo tanto, que le sea reprochable penalmente y le sea exigible una conducta diversa.

Como se ha venido insistiendo en este trabajo, de lo anterior se deriva la necesidad de que toda conducta del adolescente sea típica y antijurídica, esto es, que sea un injusto material. Una vez se configura el injusto material, se habilita el juicio de culpabilidad que, en materia de adolescentes por su carácter especial, diferenciado y de protección especial, deber cumplir con unas características también especiales y diferenciadas, esto es, el juicio de culpabilidad no puede ser solo juicio de reproche como exigibilidad de un comportamiento ajustado a derecho, de conciencia de la antijuridicidad, y de la capacidad de comprensión del injusto y de determinarse de acuerdo con esa comprensión.

La culpabilidad también implica valorar esa exigibilidad de comportarse conforme al derecho bajo las condiciones en las que está el adolescente en particular y las condiciones de realización del injusto, de manera que aquellas circunstancias externas que le llevaron a cometer el hecho o que influyeron en el mismo, sean valoradas a su favor en virtud del principio de corresponsabilidad.

La corresponsabilidad como principio del SRPA y como criterio diferenciador y especial de la valoración de la culpabilidad como categoría del delito, implica que si el Estado, la Sociedad y la Familia no le aportaron las condiciones mínimas para desempeñarse adecuadamente conforme a la norma, no le pueden exigir posteriormente al adolescente un comportamiento ajustado a derecho y a las expectativas normativas, pues no se ha cumplido con el deber de corresponsabilidad derivado de la Convención.

Si quienes son garantes de las condiciones mínimas de existencia del adolescente no han cumplido con su mandato constitucional, no estarían legitimados para demandar un comportamiento diverso. En este sentido, el juicio de reproche debe tener en cuenta estas condiciones y restarlas del juicio de reproche personal al adolescente.

Recapitulando, el contenido de la culpabilidad como categoría del delito del adolescente debe atender a criterios de corresponsabilidad, de legitimidad del poder punitivo para sancionar y del interés superior del joven en conflicto con la ley, de lo contrario la medida, aunque se diga pedagógica, es ilegítima en el marco del bloque de constitucionalidad y en el Estado Constitucional.

A partir de esta comprensión, en la dogmática penal de la infancia y la adolescencia se materializa la función social de la sanción con un contenido pedagógico concreto, cuya finalidad es proteger y restablecer los derechos de los adolescentes en desarrollo de los principios y valores constitucionalmente reconocidos¹¹⁵. En este sentido, la doctrina especializada en la materia plantea una lectura del sistema que supere la tradicional visión que imperaba en el antiguo Código del Menor y que diferencie, no solo el sistema de juzgamiento, sino la función de la pena y la sanción en sí misma considerada, en el SRPA adquiere mayor valor la función de la sanción pedagógica y su finalidad educativa. Una sanción sin un fin determinado es una sanción ilegítima, en el sistema penal de adolescentes la legitimidad de la misma está dada por su función educativa y pedagógica relacionada con el interés superior del adolescente.

La configuración del injusto del adolescente

De acuerdo con el estatuto penal sustancial, para que una conducta sea punible se requiere sea típica, antijurídica y culpable, leída la norma desde la perspectiva de la infancia y la adolescencia, se tendría que concretar la fórmula de acuerdo con las garantías constitucionales de la infancia y la adolescencia. Para que la conducta del adolescente sea sancionable, en el marco del sistema con una medida pedagógica, educativa y restaurativa

115 Para Acuña Vizcaya la sanción pedagógica se debe entender como una unidad diversa de sentido, cuyo contenido material se realiza en cada caso concreto. Agrega el autor, que dicha materialización se realiza con la verificación del restablecimiento y promoción de los derechos, cuya finalidad es que el adolescente adecúe su conducta a las expectativas sociales contenidas en la Constitución Política, tales como la paz, el respeto a la diversidad, respeto a los derechos fundamentales. Sanción que a todas luces es diversa de la pena del sistema penal de adultos, no solo en su ejecución, sino en su función, pues la sanción del menor de edad es pedagógica y su función es de restablecimiento, realización y garantía de derechos. Véase: Acuña Vizcaya, José F. *Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes*. 2008, p. 19.

o una medida de seguridad orientada pedagógicamente, debe ser una conducta típica (objetiva y subjetivamente), antijurídica en la medida que haya puesto en peligro o lesionado efectivamente un bien jurídico y que la misma se le pueda reprochar en el juico de culpabilidad como categoría del delito. Teniendo en cuenta, además, que la causalidad por sí sola no es suficiente para la imputación jurídica del resultado¹¹⁶.

Tal como se observa, el contenido del delito en nuestro medio obedece a una concepción tripartita, tal como se expone en el módulo de Teoría del Delito de la Escuela Judicial¹¹⁷, esquema del delito, según el cual, la tipicidad es un indicio de antijuridicidad, de manera que una conducta típica no necesariamente es antijurídica y esta implica una concepción de daño real o material, pues la imposición de una sanción sin dañosidad de la conducta no es legítima en el Estado Social de Derecho, máxime en tratándose del sistema de justicia penal juvenil.

Al observar la especialidad y diferenciación del SRPA, es posible afirmar que la teoría y las categorías del delito deberán leerse con base en esa diferenciación y especialidad, de manera que en este ámbito, sobre la norma rectora de la igualdad de la ley penal, el funcionario judicial tendrá especial consideración cuando se trate de valorar el injusto, la culpabilidad y las consecuencias jurídicas del delito en relación con los menores de edad, sin que ello implique una vulneración de la Constitución y sí una aplicación concreta del inciso final del artículo 13 de la Constitución Política. Todo lo cual implica que las categorías del delito se deben interpretar y aplicar desde la óptica de los principios de la infancia y la adolescencia que se han venido desarrollando desde la primera unidad de este módulo.

La tipicidad en el SRPA

El principio de legalidad se ha establecido como uno de los principios esenciales del derecho penal desde una perspectiva constitucional y como límite al poder punitivo del Estado, en este caso, como límite a la función judicial. De antaño se estableció que este principio implica una barrera de contención a cualquier forma de discrecionalidad del operador judicial en la aplicación de la ley penal y del legislador en su creación. De esta manera el principio de legalidad en materia penal implica superar en la práctica de la decisión judicial cualquier asomo de decisión tutelar o retributiva como lo planteamos al inicio de esta Unidad.

116 Ley 599 de 2000, Código Penal, artículo 9.

117 Galán Castellanos, Germán. *Teoría del delito*. Bogotá: Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”- Universidad Militar Nueva Granada, 2010.

Desde un punto de vista de protección constitucional-material, en nuestro medio el artículo 29 superior establece que nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa. Este principio desarrollado en el Código Penal a través de la norma rectora relativa al mismo (art., 6), también está relacionado con la tipicidad (art., 10), según la cual, en la ley penal se definen de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal, de manera que la ley penal debe ser previa, escrita de forma clara y expresa.

Todo lo anterior implica identificar en la aplicación del Código Penal a las conductas de los adolescentes la función de garantía del tipo penal. El tipo penal “*tiene la función de describir en forma objetiva la ejecución de una acción prohibida*” como expresión de la exigencia del principio *nulla poena sine lege*¹¹⁸, de manera que el destinatario, en este caso el adolescente, tenga la posibilidad de un conocimiento previo de si su conducta es punible o no¹¹⁹, si lo es, de qué delito se le puede hacer responsable y si su acto tiene que ver o no con la fórmula descriptiva usada en el presupuesto de hecho. Este planteamiento pondría en duda la tipicidad del caso que se analizó al inicio de este apartado, pues allí se sancionó a la adolescente por una conducta que no cumplía con la finalidad del tipo penal.

Sin embargo, el tipo o supuesto de hecho en la actualidad no puede comprenderse como una simple descripción abstracta, tampoco se puede sostener que la simple subsunción normativa, silogismo perfecto, es suficiente para el correcto juicio de tipicidad, esa presunción de perfección de la ley penal y la imposibilidad de interpretación de esta por parte del juez están ampliamente superadas. La realidad indica que “*los tipos penales requieren de una valoración técnica*” jurídica, pues de lo contrario el ámbito de lo prohibido sería inabarcable o prolongable a cualquier situación fáctica que encaje formal y objetivamente pero no valorativamente¹²⁰.

Una conducta, por acción o por omisión, debe ser analizada desde la óptica del tipo complejo, esto es, una conducta típica, objetiva y subjetivamente. Luego de lo cual, si es típica, puede ser antijurídica pero no necesariamente y la constatación de la antijuridicidad es una constatación también material.

118 Sobre la función de garantía del tipo, véase: Roxin, Claus. *Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber objetivo*. Traducido por E. Bacigalupo. 2ª ed. Buenos Aires. Editorial B de F, 2014. p. 174.

119 *Ibidem*, p. 174.

120 Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro & Slokar, Alejandro. *Manual de Derecho Penal*. Parte general. Buenos Aires. Editorial Ediar, 2005, pp. 338-341.

El análisis escalonado de la conducta punible requiere de esta manera un análisis material de tipicidad. La conducta realizada se debe adecuar a las exigencias materiales definidas en la descripción objetiva del tipo penal, esto es, en los elementos que conforman el precepto definido en la parte especial del código como tipo objetivo. Luego de lo cual, se debe observar que cumpla con las exigencias del tipo subjetivo, esto es, que la conducta se haya realizado a título doloso o que, no siendo dolosa, exista norma expresa para ese delito en particular que acepte expresamente la modalidad culposa o preterintencional.

Frente a este planteamiento, la Corte Constitucional ha expresado que

[...] la tipicidad es la consagración normativa de los comportamientos humanos reprochables desde el punto de vista penal, a través de esquemas dogmáticos y las pautas de derecho positivo vigentes. Se expresa a través del tipo penal, conformado por elementos que definen la tipicidad de una conducta punible, los cuales son: los sujetos (activo y pasivo), el objeto, la conducta en sí misma y los ingredientes normativos y subjetivos, así como la consagración de la pena.

La definición del tipo penal, permite realizar la adecuación típica de la conducta objeto de reproche, puesto que se trata de un examen de correlación entre un comportamiento humano y todos los elementos estructurales del tipo. (Corte Constitucional, C-181 de 2016).

Las características de tipicidad indicadas son límites al juzgador para la imposición de la sanción de una conducta, son los eslabones o diques de contención impuestos al poder punitivo en su actuación de manera que una conducta que no se adecúe al tipo en su integridad, objetiva y subjetivamente, aunque genere alarma social, rechazo mediático o reacción social negativa, no será típica y con ello, no es necesario continuar con el análisis de su antijuridicidad como categoría dogmática que debe tenerse en cuenta en el análisis del delito.

En el marco de la tipicidad subjetiva, en materia de infancia y adolescencia, genera una necesidad de análisis a profundidad por parte de los funcionarios judiciales y de la defensa técnica, los casos de conductas relevantes penalmente ejecutadas por los menores de edad en los que estos puedan haber actuado bajo un error, esto es, bajo los supuestos del error de tipo que excluyen el dolo¹²¹. Dadas las condiciones especiales de edad

121 Un análisis detallado y diferenciado entre el error de tipo y error de prohibición en el ordenamiento penal colombiano, puede verse en: Escalante Barreto, Estanislao & Marín Rodríguez, Andrés. El Error de Tipo y el Error de Prohibición en la Praxis Penal Colombiana en el siglo XX y XXI. *Problemas Actuales de Derecho Penal General. Libro Homenaje a Luis Carlos Pérez*, Bogotá: Ed. UNAL-Ibáñez, 2018, pp. 89-126, parte de dicho contenido es desarrollado en el presente apartado pero enfocado al análisis de la infancia y la adolescencia.

del adolescente, las que implican un conocimiento diverso al del adulto frente a la ley penal, se deben observar circunstancias como la madurez, la capacidad de comprensión, de su representación de la realidad en el caso concreto, de conocimiento de la ley penal, del ámbito de prohibición de la norma, entre otros, de manera que en cada caso particular el análisis del error de tipo en el adolescente recobra relevancia, veamos por qué:

De acuerdo con el Código Penal actual, aplicable a las conductas de los adolescentes, se entiende que se actúa con error de tipo cuando se obra con error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo en la descripción típica y “se concreta cuando el sujeto activo de la acción ignora que su comportamiento se adecúa a un tipo penal y excluye el dolo porque afecta su aspecto cognitivo, incidiendo así en la responsabilidad”. En estos casos el autor obra voluntariamente, sólo que desconoce que su comportamiento se subsume en un tipo penal¹²².

Se trata de una representación equivocada de la realidad que excluye el dolo ante la ausencia del conocimiento efectivo de estar llevando a cabo la prohibición comportamental contenida en el tipo y cuya realización se imputa. Este error conduce a la atipicidad subjetiva en la conducta delictiva que no admite modalidad culposa, pero este debe ser error absoluto, socialmente insuperable o invencible, todo lo cual amerita análisis concreto en el caso particular del adolescente¹²³.

El error de tipo “se configura cuando el agente de manera equivocada se representa la realidad, desconoce alguno o todos los elementos del tipo, y como ese falso conocimiento o falta del mismo conduce a excluir el dolo”¹²⁴ o cuando el agente “actúa bajo el convencimiento errado e invencible de que en su acción u omisión no concurre ninguna de las exigencias necesarias para que el hecho corresponda a su descripción legal”¹²⁵.

Se excluye el dolo porque desde la Teoría del Delito, la tipicidad subjetiva, integra el dolo en su doble condición de conocimiento y voluntad y el error de tipo supone la ausencia del elemento cognitivo del dolo¹²⁶.

122 Sobre la definición de error, Cfr.: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicados: 37462-2014, SP9225-2014, 22299-2005.

123 Véase: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicados: 17701-2002, 14254-2002, 39464-2016 y SP2933-2016.

124 Cfr.: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicados: 2010, 33492, p. 7.

125 Cfr.: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicados: 2010, 34718, p. 16 y 2014, 35113, SP7135-2014, p. 114.

126 Cfr.: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicados: 2011, 35062, p. 14).

Ahora bien, puede darse la ausencia de conocimiento o un conocimiento defectuoso, lo que también afecta el elemento cognitivo mencionado.¹²⁷

En conclusión, el autor (adolescente) obra desconociendo que en su hacer concurren los elementos del tipo objetivo¹²⁸. Se requiere que el autor, pese a haber aplicado la diligencia debida atendida a la situación fáctica concreta y a sus condiciones personales, no haya podido superar el error, pues si se demuestra negligencia o falta de cuidado subsiste la responsabilidad culposa¹²⁹. Sin embargo, si la legislación no consagra esa conducta como culposa opera la ausencia de responsabilidad¹³⁰.

Existe dificultad en entender qué ocurre cuando el error sólo recae sobre el elemento normativo del tipo. Por ejemplo: Si el error por parte de quien realiza la conducta prohibida recae estrictamente en el elemento normativo, la Corte Suprema ha considerado que es suficiente que el autor haya realizado una valoración paralela del mismo, incluso desde la perspectiva del lego, para imputarle su conocimiento a título de dolo¹³¹, dicho de otra manera, no habría error de tipo. Sin embargo, consideramos que esta postura fue superada años después cuando la misma sala señaló que el conocimiento defectuoso de alguno de los elementos del tipo objetivo excluye el dolo¹³².

Cuando el error recae sobre el nexo causal que debe existir entre la conducta y el resultado, por desviación del desarrollo del suceso (*error in personam, aberratio ictus, dolus generalis*), la Corte Suprema también lo ha catalogado como error de tipo, pues aquel elemento pertenece a la fase objetiva de la tipicidad¹³³.

La misma Corte ha aceptado que es posible que en delitos de omisión y de comisión por omisión se presenten errores de tipo, si aquellos recaen (i) sobre la situación de hecho, (ii) sobre la capacidad individual de acción concreta, y (iii) sobre la posición de garante. Sin embargo, sobre la

127 Cfr.: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicados: 2013, 40116, p. 36; 2014, 44145, SP2913-2014, p. 15 y 49429 AP1642-2017, p. 19.

128 Cfr.: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicados: 2005, 22299, p. 18 y 2011-37613, p. 14)

129 Cfr.: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicados: 2013, 42537, p. 25 y 2014-35113 SP7135-2014, p. 114.

130 Cfr.: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicados: 2007, 25405, p. 28, 2013, 40578, p. 34, 2014, 43275 SP6354-2014, p. 23 y 49429 AP1642-2017, p. 19.

131 Cfr.: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicados: 2008, 28984, pp. 26-27 y 2009, 31780, pp. 29-30.

132 Cfr.: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicados: CSJ-SCP, 2013, 40116, p. 36 y 2014, 44145 SP2913-2014, p. 15.

133 Cfr.: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicados: 2014, 43033 AP1018-2014, pp. 29-30.

última hipótesis se adujo que era un error de prohibición pues si bien la posición de garante hace parte del tipo, lo que se afecta es la conciencia de antijuridicidad¹³⁴.

Como se observa, la teoría del error de tipo en materia de infancia y adolescencia adquiere una considerable relevancia dadas las condiciones particulares de cada adolescente, de manera que en los casos en los que se pueda configurar, se debe hacer un análisis particular que no dé lugar a dudas sobre la configuración de la tipicidad. Ahora bien, pasando a la configuración del injusto personal, éste se concreta cuando la conducta además de ser típica objetiva y subjetivamente, es antijuridicidad. La antijuridicidad como categoría dogmática de la conducta punible es también un límite al poder punitivo en la imposición de una sanción pedagógica al menor de edad.

En resumen, la conducta típica, debe ser antijurídica para que sea un injusto, no toda conducta que es típica necesariamente es antijurídica, de manera que la tipicidad es un indicio de antijuridicidad.

La antijuridicidad material en el SRPA

Uno de los debates contemporáneos está relacionado con las funciones del derecho penal, de una parte, se dice que el derecho penal tiene como función la protección de bienes jurídicos, de otra parte, se ha planteado que su función es mantener la vigencia de la norma. Al margen de dicho debate, en el Código Penal colombiano se establece una concepción de antijuridicidad material, razón por la cual, en materia de infancia y adolescencia la sanción pedagógica sería legítima solo si la conducta del adolescente implica una lesión o puesta en peligro efectiva de un bien jurídico tutelado. Al adolescente no se le podría sancionar solo por faltar a las expectativas normativas de comportamiento o a la no asunción de un rol social asignado, pues apenas está en proceso de formación y adaptación a esas normas de comportamiento.

En este sentido, en el marco del SRPA se impone una concepción constitucional material, según la cual, la valoración de la antijuridicidad como categoría del delito no es la simple constatación de circunstancias de ausencia de responsabilidad penal e incluye, en cambio, la constatación de un daño o puesta efectiva en peligro del bien jurídico tutelado en cada caso particular.

134 Cfr.: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicados: 2014, S.V. 35113; SP7135-2014, p. 162.

Para el efecto, uno de los planteamientos más claros se puede resumir de la siguiente manera: *“La antijuridicidad consiste en un juicio negativo de valor que recae sobre una conducta que lesiona o atenta seriamente en contra de los bienes jurídicos indispensables para la subsistencia humana”*¹³⁵.

Por lo anterior, la comprensión material de la antijuridicidad como categoría dogmática del delito niega que se trate de una mera contradicción formal entre la conducta y el ordenamiento jurídico. La antijuridicidad tampoco es una simple constatación de causales de ausencia de responsabilidad, mucho menos, la simple introyección de valores ético-sociales, y no se configura con la simple creación de riesgos o el incumplimiento de roles socialmente asignados, por violación de la expectativa cognitiva de comportamiento conforme a la norma, por infracción de deber o la fiel observancia al derecho¹³⁶.

El artículo 11 de la ley penal vigente establece que, *“para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal”*, esto es, se establece como requisito la necesaria concurrencia de antijuridicidad material y antijuridicidad formal de la conducta. Aunque aquella supone ésta, la formal no siempre llega a ser una antijuridicidad material, no toda conducta antijurídica formalmente alcanza a ser antijurídica materialmente y en consecuencia no se configura la categoría del delito necesaria para imponer una sanción penal, bien sea para la imposición de una pena o para la de una medida de seguridad.

Las categorías del concepto de delito, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad son presupuestos de la responsabilidad penal y son los únicos que permiten o legitiman al estado para la posibilidad de aplicar una sanción pedagógica.

Ahora bien, en términos generales el funcionario judicial está en el deber de analizar cada una de las categorías del delito y valorarla a la luz de los principios de la infancia y la adolescencia, una explicación más amplia escapa a los objetivos de este módulo ya que dicha labor sería más apropiada en un módulo dedicado a la teoría del delito en el SRPA. No obstante, si se pueden plantear algunas preguntas relacionadas con este tópico.

135 Araque Moreno, Diego. *Lecciones de derecho penal. Introducción y fundamentos de imputación de responsabilidad penal*. Grupo Editorial Ibáñez, 2016, p. 266.

136 *Ibidem*.

¿Se le pueden imputar delitos de comisión por omisión a los adolescentes?, ¿Cuáles y en qué circunstancias?, ¿Existen delitos que se deban excluir de manera a priori del ámbito de responsabilidad de los adolescentes?,

La culpabilidad como categoría del delito

Como se observó en los apartados anteriores, al adolescente no se le puede imponer una sanción de carácter pedagógico o limitación de derechos por criterios o concepciones de “peligrosidad”, por la necesidad meramente educativa u orientadora y tampoco para tutelar o proteger derechos de los que carece, como sucedía en la concepción bienestarista o meramente tutelar. En este sentido, para imponer una sanción, es menester que la conducta del adolescente sea típica (objetiva y subjetivamente), materialmente antijurídica (principio de antijuridicidad), que no esté amparada en una causal de ausencia de responsabilidad, que se haya actuado con culpabilidad y su conducta sea merecedora de una sanción pedagógica. Todo lo cual implica, reconocer la necesidad de la construcción de un concepto de responsabilidad penal del adolescente acorde con la concepción de la doctrina convencional de protección integral constitucionalmente orientada¹³⁷.

Al analizar los elementos del delito en nuestro sistema, que como se dijo en el primer apartado de esta unidad, es un esquema tripartito del delito¹³⁸, esto es, para que la conducta sea punible se requiere que la misma sea típica, antijurídica y culpable¹³⁹. De manera que la culpabilidad como categoría dogmática del delito es el último elemento o requisito del delito que habilita la imposición de la sanción pedagógica del adolescente infractor de la ley penal. Dicho sea de paso, que también existe la posibilidad que un adolescente, al momento de la conducta, sea inimputable y que por ello la consecuencia del injusto sea necesariamente diversa a la sanción prevista para el adolescente imputable.

Más allá del debate histórico y las múltiples discusiones sobre el contenido de la culpabilidad, en los diversos esquemas dogmáticos del delito cuya exposición excede los objetivos de este módulo de autoformación, en este apartado se observa como la culpabilidad del adolescente se deriva y

137 En este sentido se puede leer: Muñoz Gómez, Jesús Antonio. Adolescentes e inimputabilidad. AA.VV, *Derecho penal y crítica al poder punitivo del Estado*. Homenaje a Nodier Agudelo Betancur, Tomo 1, Coord. Velásquez, Fernando, Posada, Ricardo, Cadavid, Alfonso, Molina, Ricardo, Sotomayor, Juan Oberto, Ed. Ibáñez, Universidad de los Andes, 2013. pp. 723 y ss.

138 Al respecto, sobre la teoría del delito, se puede profundizar en el módulo de autoaprendizaje de la Escuela Judicial, denominado Teoría del delito. Cfr. Galán Castellanos, Hermán. *Teoría del delito*. Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”. 2010.

139 *Ibidem*,

tiene su cimiento justificante o discurso legitimante en la concepción de derechos derivada de la Convención de los Derechos del Niño.

En efecto, de una parte de su condición como sujeto de derechos, persona plena con capacidad de acción, de reflexión, de opinión y participación, como sujeto libre y por ende con posibilidad de tomar decisiones, pero con una visión del mundo diversa a la del adulto, todo lo cual implica que el adolescente como titular de derechos, con protección constitucional reforzada y sujeto digno en todo el sentido del concepto, no es objeto del derecho, tampoco es un incapaz y mucho menos inimputable por razón de su edad. Los adolescentes son sujetos que actúa en el mundo de la vida, según sus condiciones específicas, materiales y conforme a su nivel cultural y social, de manera que dicha posibilidad de actuar y de ser, debe ser interpretada teniendo en cuenta su entorno, la sujeción o relación que tiene frente a los adultos más cercanos y la limitación propia que implica la relación de subordinación frente a los padres o titulares de su cuidado.

De otra parte y como consecuencia de ello, la culpabilidad se predica del adolescente en concreto, frente a su conducta, sus circunstancias, de manera que el análisis del sujeto en concreto no se puede circunscribir a discutibles y antiguas concepciones de “peligrosidad”, “pandillaje”, “vagancia” o por situación de pobreza, abandono o por la tan nombrada “situación irregular”, pero tampoco a una concepción normativa radical o de mera verificación de su rol social, de manera que la concepción de culpabilidad específica y diferenciada del SRPA debe superar estas dos visiones¹⁴⁰.

En efecto, aunque el Código de Infancia y Adolescencia no prescribe un concepto de responsabilidad penal del adolescente, tampoco plantea un concepto de imputabilidad y mucho menos define la categoría dogmática de culpabilidad, siguiendo el planteamiento de Muñoz Gómez¹⁴¹, el sistema de justicia penal juvenil por su carácter especial y diferenciado debe procurar su propio sentido y construir sus propias categorías a partir del contenido material constitucional, de su sistema de reglas y principios y en especial, de las normas derivadas de la concepción de la protección integral, el interés superior del niño, la niña y los adolescentes y por supuesto, la corresponsabilidad como norma rectora y principio del sistema.

En otras palabras, un sistema penal así integrado, con fundamento en la dignidad del adolescente como sujeto de derechos, reconoce la libertad del mismo y por ende su capacidad de actuar y de definir sus acciones

140 Tal como lo explica Muñoz Gómez, Cfr. *Ibidem*, p. 742.

141 *Ibidem*,

libremente, reconocimiento que debe integrar, necesariamente, a los demás principios del sistema, a las autoridades y en especial al interés superior y la corresponsabilidad, siendo todos estos elementos los que llenan de contenido material la categoría como tal. Culpabilidad entonces, como categoría dogmática del delito, es un límite al poder punitivo, de manera que implica la imposibilidad de imponer sanciones a un adolescente sin su fundamento material, el cual sirve de medida y límite del poder sancionador del Estado.

Siguiendo la línea argumentativa, la imposición de una sanción implica la constatación de la realización del injusto por parte del adolescente (acción típica y antijurídica), pero también una referencia a la persona concreta que explique por qué se le ha de imponer una sanción restrictiva de derechos. Para Hormazábal Malarée por ejemplo, “ello implica introducir en la teoría del delito un momento de reflexión y decisión sobre el autor y sus circunstancias”,¹⁴² de manera que el juez pueda decidir con cierta amplitud no solo el tipo de la sanción, sino también su cualidad, su cantidad y necesidad.

Una concepción de culpabilidad como la descrita es desarrollada por el autor antes citado, a manera de ejemplo y en un análisis diverso al colombiano, resulta de utilidad para el análisis y aporta elementos argumentativos y analíticos importantes para sustentar la tesis propuesta, veamos in extenso su punto de vista.¹⁴³

142 Hormazabal Malaree, Hernán. Una necesaria revisión del concepto de culpabilidad. *Rev. Derecho (Valdivia)* [online]. 2005, vol. 18, n. 2 [citado 2018-10-22], pp. 167-185. Disponible en https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502005000200008&lng=es&nrm=iso. ISSN 0718-0950. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502005000200008>.

143 Ídem.

Ap

“3.2. Teoría del sujeto responsable

Una teoría de la responsabilidad penal por el injusto necesariamente tiene que distinguirse del injusto mismo, pues ya no se trata del hecho, sino de la persona que aparece como autor de ese hecho. El problema es establecer si se le puede castigar. No se trata, en consecuencia, de una idea de persona en abstracto, sino de la persona real que vive en un medio social determinado, que se relaciona e interacciona con otras, que está condicionada social y culturalmente y al mismo tiempo es un sujeto condicionante respecto de otros.

En un Estado social y democrático de derecho y de economía de mercado esta persona concreta es sujeto de derechos y obligaciones. El Estado, por una parte, se compromete a asegurarle sus derechos políticos y las condiciones para ejercerlos que incluye la satisfacción de sus necesidades mínimas, sus necesidades económico-sociales y también más ampliamente a tomar las medidas que sean necesarias para que el derecho de igualdad sea una realidad efectiva.

(...) Parte, en consecuencia, de la realidad de que las personas viven en sociedad y que dentro de ella no todas se encuentran en las mismas condiciones, que hay desigualdades entre ellas provocadas por el mismo modelo de sociedad. El Estado asume la tarea de intervenir en los procesos sociales no sólo con el fin de evitar que se profundicen las desigualdades, sino también para que desaparezcan. Se trata de un mandato derivado del reconocimiento de la dignidad de la persona, de su autonomía ética frente al Estado que de acuerdo con (...) la Constitución no puede ser objeto de ninguna discriminación. En suma, es el Estado el que está al servicio de la persona y de ningún modo esta al servicio del Estado.

Luego, como puede apreciarse, la imagen del hombre y de la sociedad que refleja la Constitución es muy diferente de la que parten las teorías penales de la culpabilidad. El hombre real está lejos de gozar de esa

Ap

libertad absoluta que solo con las limitaciones de la naturaleza podría tenerla únicamente un hombre aislado socialmente. La teoría normativa de la culpabilidad parte de esta irrealidad para enseguida señalar con un inexplicable salto en el vacío, pues ahora el hombre de no social pasa a ser social, que la norma tiene capacidad para motivar a todos los hombres por igual. En suma, la teoría normativa de la culpabilidad en esta versión parte de un hombre no social al que le atribuye una libertad absoluta de determinación, para en seguida considerarlo integrado dentro de una sociedad en que todos sus individuos tienen una racionalidad homogénea y, por tanto, todos susceptibles de ser motivados por el sistema normativo.

La experiencia indica que la realidad es otra, que el hombre real es el hombre en una sociedad concreta que genera desigualdades y en la que el Estado ha de asumir la tarea de nivelarlas. Hay diferencias entre las personas provocadas por el propio modelo de sociedad. En consecuencia, la teoría de la responsabilidad penal o de la responsabilidad del sujeto tiene que partir de estas premisas y también de una básica que encuentra sus raíces en la Ilustración: la antinomia entre la persona y el Estado que está latente en el propio texto constitucional.

El reconocimiento de la igualdad de las personas, y la interdicción de toda discriminación (...), constituyen el planteamiento básico a partir del cual se puede hacer realidad la justicia que este mismo texto consagra en su artículo 1º como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico. Este reconocimiento en el texto constitucional es necesario a partir de la constatación en la realidad social de desigualdades entre los individuos tanto naturales como provocadas por la propia estructura social que son fuente de situaciones de injusticia. Ello obliga al Estado a una acción positiva de redistribución de los bienes sociales a fin de hacer efectiva la igualdad.

Ap

De esta manera, si proyectamos estos principios constitucionales al Derecho Penal, el momento hacer efectiva la justicia no puede ser sino otro que aquel en que se ha de enfrentar al individuo con su hecho, esto es, el del establecimiento de su responsabilidad que, como hemos explicado anteriormente, es independiente del hecho punible. En ese momento el juez ha de entrar a considerar todas las circunstancias del individuo especialmente las que dicen relación con sus oportunidades de acceso a los bienes naturales y sociales, de considerarlo no sólo en su posesión de bienes, sino también en su carencia de los mismos.

Este planteamiento, que a partir del texto constitucional deviene en exigencia, no puede conciliarse con la teoría normativa de la culpabilidad. En su base está la falacia de una igual distribución de los bienes, de una igualdad natural de todos los hombres que de modo general haría a todos "capaces de culpabilidad". De este modo, el Estado estaría amparado de modo general por una presunción que lo legitimaría de forma permanente para exigir responsabilidad a toda persona que vulnerara la norma. La "capacidad de culpabilidad" de todo se constituiría en una categoría general legitimante del poder punitivo del Estado sobre todas las personas.

El problema tiene que ser planteado de otra forma. No puede partirse de una legitimación genérica del Estado para exigir respecto de cada individuo una responsabilidad por el injusto, pues tal planteamiento vulneraría los principios constitucionales a que hemos hecho referencia anteriormente. A nuestro entender, el problema debe ser planteado justamente al revés. El Estado no está legitimado de modo general para exigir responsabilidad, sino que debe legitimarse en cada caso respecto de cada individuo en concreto. En esta legitimación ha de entrar a considerar la forma en que se han distribuido los bienes sociales y la responsabilidad que pueda llegar a tener en una distribución desigual de estos respecto del individuo en concreto.

Ap

Por eso, estimamos con Bustos Ramírez que la responsabilidad es igual a exigibilidad, entendiendo por tal exigibilidad la capacidad del Estado para exigir responsabilidad al individuo, lo que significa que tiene que legitimarse en cada caso considerando la responsabilidad que pueda caberle en el caso de que ese individuo haya sido objeto de discriminación. Luego, el problema no es si el Estado debe exigir responsabilidad al autor del injusto, sino si puede exigir dicha responsabilidad a la persona concreta.

*La responsabilidad así entendida obliga a considerar todas las circunstancias vitales del autor a efecto de no solo establecer su responsabilidad, sino también, si la hay, la medida de esta que dependerá de su acervo de bienes culturales, sociales y económicos, en definitiva, de los bienes en cuya distribución tiene responsabilidad el Estado. **Luego, la responsabilidad entendida como exigibilidad no es sólo responsabilidad del autor por el injusto, sino que es una responsabilidad social.** No es lo mismo la responsabilidad de una persona que cuenta con una gran cantidad de bienes sociales, que la de una persona que carece de ellos hasta el punto de no poder satisfacer sus necesidades mínimas. En este caso hay una persona que ha sido objeto de discriminación y la capacidad del Estado para exigir responsabilidad en este caso, en tanto que responsable en la distribución de bienes, será mayor y menor la de la persona. **La responsabilidad así planteada, si se llega a establecer, será una corresponsabilidad de la persona y del Estado, en definitiva, como decíamos, una responsabilidad social.** (Negritas fuera de texto)*

<p style="font-size: 2em; font-weight: bold; color: #808080;">Ap</p>	<p><i>Aparece en este planteamiento una clara vinculación entre la responsabilidad y la pena. El Estado solo podrá imponerla teniendo en cuenta su mayor o menor corresponsabilidad y solo en tanto que esta aparezca como necesaria. Ello lo obligará a tomar en cuenta también las consecuencias sociales que su imposición y ejecución pudieran acarrear. Por lo tanto, la ejecución penal dista mucho de ser un categórico imperativo ético, ni siquiera una necesidad. De esta manera, parafraseando el kantiano ejemplo de la isla podríamos decir que la imposición de una pena cuando el Estado no está legitimado para exigir responsabilidad o la ejecución de una pena no necesaria es la que hará recaer la culpa sobre cada uno de los individuos de una sociedad que ha decidido autodisolverse”.</i></p> <p>En sus propias palabras, identifique las principales ideas y los conceptos más relevantes que identifica en la lectura propuesta.</p> <p>A partir de la lectura anterior y teniendo en cuenta el planteamiento de la responsabilidad social, si se tratara de identificar el contenido de la exigibilidad en la culpabilidad como categoría del delito, ¿cuál sería el contenido de la culpabilidad en el SRPA?, ¿sería aplicable en Colombia?</p> <p>Explique cuáles serían los argumentos a favor y en contra de plantear un contenido como el de la “teoría del sujeto responsable” en el SRPA.</p>
--	---

Pues bien, desde un punto de vista doctrinal y de interpretación multidimensional, en el SRPA se deben contemplar, como parte del análisis de la responsabilidad del adolescente, en sede de culpabilidad, en primer lugar, la imputabilidad, en segundo lugar, la conciencia de la antijuridicidad y en tercer lugar, la exigibilidad, integrando a este último elemento de análisis la corresponsabilidad como principio general y como parte de la doctrina de la protección integral prevista en la ley de infancia y adolescencia. Al juicio de reproche personal, o juicio de exigibilidad, realizado al adolescente como autor responsable del injusto, se le debe

agregar la valoración de la corresponsabilidad social en el acto para efectos de determinar la sanción a imponer.

Inimputabilidad

En la actualidad no se puede predicar la inimputabilidad del adolescente entre 14 y 18 años por falta de inmadurez psicológica en razón a su edad. Como se observó, el adolescente en la actualidad es responsable penalmente en el marco de un sistema especial y diferenciado y su imputabilidad es especial y diferenciada como sujeto de especial protección constitucional. Todo lo cual no implica que un adolescente menor de edad actué en un hecho concreto bajo alguna de las hipótesis previstas por el legislador como hipótesis de inimputabilidad.

Es posible que un adolescente al momento de realizar la conducta se encuentre en situación de inimputabilidad, bien porque tenga una discapacidad psíquica o mental, bien por diversidad sociocultural, siempre y cuando estas circunstancias tengan relación con la conducta punible.

En efecto, el artículo 142 establece de manera expresa una exclusión de la responsabilidad penal para adolescentes, bajo el entendido de que no pueden ser 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 asimismo advierte que *en estas circunstancias se les aplicará la respectiva medida de seguridad*, conclusión a la que solo puede llegar el juzgador después de verificar la realización del injusto y una vez demostrado el mismo en el proceso. En estas condiciones, el adolescente que ha cometido el injusto será sometido a una medida diversa a la sanción pedagógica en virtud de su interés superior, siempre y cuando la conducta punible guarde relación con la discapacidad.

Lo anterior implica que, para llegar a la imposición de una medida de seguridad, el adolescente ha debido realizar una conducta típica objetivamente, típica subjetivamente, esto es con dolo, culpa o preterintención, que de su conducta se predique la antijuridicidad material y no esté amparada por una causal de ausencia de responsabilidad. Visto desde el punto de vista contrario, un adolescente con discapacidad psíquica, mental, con comprensión del mundo de la vida distinto por su diversidad sociocultural, o que haya actuado bajo cualquier circunstancia de la que pueda derivarse su inimputabilidad, puede haber cometido la conducta sin dolo en su actuar, amparado en una causal de ausencia de responsabilidad o cualquier otra circunstancia que le hayan llevado a no configurar el

injusto, caso en el cual, no es posible imponerle medida de seguridad por inexistencia de la conducta punible, en cuyo caso lo único que procede es el restablecimiento de sus derechos por parte de la autoridad administrativa competente para ello.

La exigibilidad

Todo lo anterior implica que, el juzgador deberá valorar si al adolescente le era exigible, en las circunstancias concretas, obrar conforme al derecho y según el mandato normativo le era exigible un comportamiento distinto. De lo anterior, quien juzga la conducta del adolescente, debe preguntarse: ¿Podía el adolescente de manera real y efectiva actuar conforme al mandato normativo?, ¿Podía el adolescente, de manera real y efectiva, elegir entre realizar una conducta ajustada a la norma u otra distinta?, ¿sabía o le era exigible que supiera el mandato normativo?

La misma Sala de Casación Penal de la Corte ha planteado como argumento para modificar una medida privativa de la libertad, por reglas de conducta, que en las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia se expone en la pauta 17 que *«la respuesta que se dé al delito será siempre proporcionada, no sólo a las circunstancias y la gravedad del delito, sino también a las circunstancias y necesidades del menor, así como a las necesidades de la sociedad»* y que *«Las restricciones a la libertad personal del menor se impondrán sólo tras cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo posible»*¹⁴⁴.

Ahora bien, aunque la Corte no lo ha desarrollado un aspecto importante que diferencia el SRPA es que, al realizar dicha valoración, en las circunstancias concretas es necesario indagar por el principio de corresponsabilidad. En efecto, se trata además de la legitimidad del Estado para imponer una sanción o hacer un juicio de exigibilidad. El estado, la familia y la sociedad ¿cumplieron con las condiciones mínimas de corresponsabilidad para poder exigirle un comportamiento diverso al adolescente que realizó el injusto personal de manera dolosa?

144 Cfr.: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado SP3119-50717 de 2018. Explica la Corte que: *“En la Regla 18 se establecen como medidas alternativas a la privación de libertad para menores: “Órdenes en materia de atención, orientación y supervisión; libertad vigilada; Órdenes de prestación de servicios a la comunidad; sanciones económicas, indemnizaciones y devoluciones; Órdenes de tratamiento intermedio y otras formas de tratamiento; Órdenes de participar en sesiones de asesoramiento colectivo y en actividades análogas; Órdenes relativas a hogares de guarda, comunidades de vida u otros establecimientos educativos; y otras órdenes pertinentes”.* En la Regla 19 se manifiesta que *«El confinamiento de menores en establecimientos penitenciarios se utilizará en todo momento como último recurso y por el más breve plazo posible»*.

La determinación de la sanción debe comprender dicha valoración. En el caso de Ipanema, por ejemplo: El Estado, la sociedad y la familia ¿cumplieron con el rol asignado para exigirle a Ipanema un comportamiento conforme al mandato normativo?

Si la respuesta es negativa, la sanción debe tener en cuenta dicha reflexión y optar por una sanción coherente con ese grado de legitimidad optando por la más benigna o favorable en su proceso de formación y atendiendo el principio de interés superior, en cambio, si la respuesta es positiva, el juicio y nivel de exigibilidad será más exigente, toda vez que el adolescente tenía las condiciones mínimas para exigirle un comportamiento conforme al mandato normativo.

A manera de ejemplo, el adolescente que hurta para comer y para mantener su forma habitual de vida en calle, una vez se ha configurado el injusto y bajo el supuesto que su actuar no estuvo amparado en una causal de ausencia de responsabilidad, procede la valoración de la culpabilidad, contexto en el cuál, se deberá poder valorar su exigibilidad y con ella, qué pasó en su contexto social y cultural en términos de corresponsabilidad. Si la sociedad, la familia y el Estado no cumplieron con su deber constitucional y legal frente al adolescente, ¿es posible hacerle un mayor grado de exigibilidad de otra conducta?, ¿la falta de cumplimiento del principio de corresponsabilidad impone un análisis diverso y por ende una consecuencia diferente?, pensemos ahora que el hurto lo comete un adolescente en compañía de sus amigos, pero ahora no para sobrevivir sino por diversión, hurtan de un almacén de cadena comida y licor, con la finalidad de pasarla bien en una fiesta. ¿Cuál de las conductas merece más reproche, a cuál se le puede elevar el grado de exigibilidad de un comportamiento conforme a la expectativa normativa?

En el fondo y solo de manera hipotética, si el paradigma dominante en la mente de quien toma una decisión judicial es el de la situación irregular, pensará que el adolescente en condiciones de habitación en calle debe estar privado de la libertad, seguramente pensará que reincidirá o que la mejor opción es que esté en una institución bajo tutela, como en el ejemplo dado más arriba, en cambio, el adolescente que solo lo hizo por diversión, se le puede imponer una medida menos restrictiva de derechos pues al final de cuentas su situación no es tan grave y sus padres lo pueden controlar, al final estudia y tiene las condiciones adecuadas para seguir en libertad.

Ahora bien, una segunda hipótesis y bajo el presupuesto, según el cual, quien decide piensa en la teoría del sujeto responsable en el paradigma

de la protección integral, pensará más en un juicio de exigibilidad de otra conducta mayor frente al segundo y no frente al primero, en definitiva, al adolescente habitante de calle el Estado, la sociedad y la familia le fallaron, de manera que su exigibilidad en el caso concreto podría verse disminuida y la sanción implicaría también un deber de la sociedad frente al adolescente. En cambio, procedería un mayor grado de exigibilidad a quien habiendo recibido las condiciones para tener conciencia de un comportamiento conforme al derecho y al haber recibido las condiciones adecuadas de vida por los actores corresponsables del sistema, decidió apartarse del mandato normativo, por lo que, su exigibilidad sería mayor y la sanción debería ser en dicho caso proporcional al grado de exigibilidad.

Criterios para la determinación de la sanción pedagógica

Volvamos al caso transversal “problemas de familia”, como se expuso allí, Ipanema tenía 15 años al momento de la muerte de Él. El injusto por el que aceptó su responsabilidad fue homicidio agravado por el parentesco y por la sevicia y la sanción pedagógica impuesta consistió en la privación de su libertad en Centro Especializado por un total de 72 meses de internamiento efectivo dado el delito, de acuerdo con los hechos del caso, esta medida de la sanción se determinó por las circunstancias del hecho y la necesidad de reinserción social de la adolescente, *“pues por sus condiciones particulares era obligación del Estado protegerla en un centro de esta naturaleza”*, según la decisión definitiva.

Del caso planteado surgen muchas preguntas de derecho penal sustancial, pero abordaremos dos en esta oportunidad y bajo el supuesto, según el cual, el injusto fue realizado y aceptado válidamente por Ipanema:

Considera usted que, dado el delito, las circunstancias y la edad de la adolescente: ¿la única sanción imponible a Ipanema es la privación de la libertad?

De la ley de infancia y adolescencia y el principio de legalidad, ¿se deriva que la única sanción a imponer en el caso del homicidio doloso ejecutado por una adolescente de 15 años es la privación de la libertad? y por tanto ¿no habría oportunidad para el juez de imponer sanciones pedagógicas diversas en este delito en particular?

Pues bien, los planteamientos realizados no dejan de ser objeto de discusión y lo han sido incluso en la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal. Veamos un ejemplo reciente.

La norma expresa lo siguiente:¹⁴⁵

Artículo 187. La privación de la libertad. La privación de la libertad en centro de atención especializada se aplicará a los adolescentes mayores de dieciséis (16) y menores de dieciocho años (18) que sean hallados responsables de la comisión de delitos cuya pena mínima establecida en el Código Penal sea o exceda de seis años de prisión.

En estos casos la privación de libertad en centro de atención especializada tendrá una duración desde un (1) año hasta cinco (5) años, salvo lo dispuesto en los incisos siguientes.

La privación de libertad en Centro de Atención Especializada se aplicará a los adolescentes mayores de catorce (14) y menores de dieciocho (18) años, que sean hallados responsables de homicidio doloso, secuestro, extorsión en todas sus formas y delitos agravados contra la libertad, integridad y formación sexual.

En estos casos, la privación de libertad en centro de atención especializada tendrá una duración desde dos (2) hasta ocho años (8), con el cumplimiento total del tiempo de sanción impuesta por el juez, sin lugar a beneficios para redimir penas.

En los casos en que el adolescente haya sido víctima del delito de constreñimiento de menores de edad para la comisión de delitos o reclutamiento ilícito no se aplicará privación de la libertad.

Parte de la sanción de privación de libertad podrá ser sustituida por cualquiera de las otras sanciones previstas en el artículo 177 de este Código por el tiempo que fije el juez. El incumplimiento de la sanción sustitutiva podrá acarrear la aplicación de la privación de la libertad impuesta inicialmente o la aplicación de otra medida. En ningún caso, la nueva sanción podrá ser mayor al tiempo de la sanción de privación de libertad inicialmente previsto.

Parágrafo. Si estando vigente la sanción de privación de libertad el adolescente cumpliera los dieciocho años de edad continuará cumpliéndola hasta su terminación en el Centro de Atención Especializada de acuerdo con las finalidades protectora, educativa y restaurativa establecidas en la presente ley para las sanciones.

145 Ley de infancia y adolescencia, artículo 187 de la Ley 1098 de 2006, modificado por el artículo 90 de la Ley 1453 de 2011.

Los Centros de Atención Especializada prestarán una atención pedagógica, específica y diferenciada entre los adolescentes menores de dieciocho años de edad y aquellos que alcanzaron su mayoría de edad y deben continuar con el cumplimiento de la sanción. Esta atención deberá incluir su separación física al interior del Centro, así como las demás garantías contenidas en la Constitución Política y en los Tratados o Convenios Internacionales de Derechos Humanos ratificados por Colombia, en especial, la Convención sobre los Derechos del Niño.

Parágrafo 2. Parágrafo adicionado por el artículo 95 de la Ley 1709 de 2014. Los Centros de Atención Especializada funcionarán bajo el asesoramiento del Sistema Nacional Penitenciario y Carcelario en lo relativo a las medidas de seguridad y administración, de conformidad con la función protectora, restaurativa y educativa de la medida de privación de la libertad.

Antes del 2018 la posición de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia era que la regla que imperaba en estos asuntos obedecía al principio de legalidad, de manera que, en los casos previstos en la norma, solo era posible imponer medida privativa de la libertad. Al respecto la Corte expresaba lo siguiente:¹⁴⁶

“(...) era posición de la Sala que cuando se verificaban las condiciones de los incisos 1 y 3, al menor infractor sólo era posible imponerle la sanción pedagógica de privación de la libertad en centro de atención especializada. Así, entre otras decisiones se advertía:

“2. De conformidad con lo establecido en el artículo 152 de la Ley 1098 de 2006, en el cual se reitera el principio de legalidad consagrado en general para toda clase de actuaciones judiciales y administrativas en el artículo 29 de la Constitución Política, “ningún adolescente podrá ser investigado, acusado, ni juzgado por acto u omisión, al momento de la comisión del delito que no esté previamente definido en la ley penal vigente, de manera expresa e inequívoca. El adolescente declarado responsable por la autoridad judicial de la comisión de un delito sólo podrá ser sancionado con la imposición de las medidas definidas en la presente ley”.

Si en virtud de dicho mandato sólo pueden imponerse al menor las sanciones definidas en la ley, es evidente que la privación de la libertad en centro de atención especializado procede exclusivamente en los eventos señalados en el artículo 187 de la Ley 1098 de 2006, es decir, cuando el delito por el cual se ha declarado su responsabilidad penal tenga prevista pena mínima de 6 o más

146 Cfr.: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicados: 46614 de 2016, y 35.431 de 2013.

años de prisión y el adolescente sea mayor de 16 años y menor de 18 años de edad; o cuando, siendo mayor de 14 años y menor de 18, se le haya declarado responsable de homicidio doloso, secuestro, extorsión en todas sus formas y delitos agravados contra la libertad, integridad y formación sexual. En tales casos, en consecuencia, no es discrecional del juzgador imponer una cualquiera de las sanciones relacionadas en el artículo 177 de la Ley citada, como pareció sugerirlo el Tribunal Superior de (...) al calificar de “excesiva e innecesaria” la sanción de privación de la libertad impuesta por el a quo a (...), respecto de un cargo de hurto calificado y agravado penalizado legalmente en su extremo mínimo con 6 años de prisión.

No había lugar en el presente caso, por consiguiente, a aplicar una sanción distinta a la impuesta por el a quo. Esta era la que correspondía de acuerdo con la ley y elegir una distinta habría comportado la transgresión del principio de legalidad”.

El criterio fue moderado a partir de las sentencias del año 2018 y en adelante la Sala Penal ha adoptado un criterio de la privación de la libertad como último recurso y como reforzamiento del principio de libertad, así, después de un análisis sistemático de las normas que integran el bloque de constitucionalidad y el principio de convencionalidad reseñados en la primera unidad de este módulo, planteó lo siguiente en por lo menos cuatro sentencias¹⁴⁷ y luego de un estudio de las normas que gobiernan la materia, desde un plano nacional e internacional, que se integra al ordenamiento como bloque de constitucional:

147 Cfr.: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 50360, SP5299-2018, considerando 2,2., Magistrado Salazar Otero, Luis Guillermo. Al respecto y como precedente de esta última decisión, véase también los radicados Radicado 50313 de 2018, SP3119-50717 de 2018, AP2340-50311 de 2018, AP2680-48787 de 2018.

(i) Uno de los objetivos primordiales de la Ley 1453 de 2011 consiste en dar al menor una efectiva oportunidad de “reintegración adecuada” a la sociedad, la cual no se consigue cuando “simplemente se le priva de su libertad” y, por el contrario, adquiere “mayor conocimiento de la delincuencia gracias al contacto con otros infractores”.

(ii) Colombia tiene entre sus compromisos internacionales derivados de la Convención de Derechos del Niño que la privación de la libertad del menor declarado culpable se utilice “tan sólo como medida de último recurso”, además de “promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad” y procurar “otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones”.

(iii) Según las Reglas de Beijing la respuesta al delito cometido por niños y adolescentes debe ponderar “las circunstancias y necesidades del menor, así como a (sic) las necesidades de la sociedad”, la restricción a su libertad impone un “cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo posible”, además de que se dispone un conjunto de medidas alternativas a la privación de libertad para menores y se reitera lo dicho en otros instrumentos internacionales en el sentido de que la reclusión “se utilizará en todo momento como último recurso y por el más breve plazo posible”.

5. Entonces, advierte la Sala que las citadas disposiciones nacionales e internacionales pretenden solucionar tensiones propias de la administración de justicia penal para menores infractores, referidas en especial a la rehabilitación versus la retribución, la asistencia estatal frente a la represión y el castigo, o también, la respuesta frente al caso concreto y la protección de la sociedad, consolidando un conjunto de exigencias que de manera general se orientan a no dar prelación a la privación de libertad y sí, por el contrario, a otras medidas que cumplen con el respeto por la dignidad de los niños, en particular de sus derechos fundamentales a la educación y al desarrollo de la personalidad, en procura de garantizar su bienestar y futuro, pues resultan incuestionables las múltiples influencias negativas del ambiente penitenciario sobre el individuo, con mayor razón si se trata de menores, prefiriéndose entonces los sistemas abiertos a los cerrados, así como el carácter correccional, educativo y pedagógico, sobre el retributivo, sancionatorio y carcelario.

Desde luego, no se trata de que, si en el curso de la actuación se impuso medida cautelar de privación de la libertad al procesado, en el fallo deba continuarse con la misma, sino de apreciar en cada caso concreto si en verdad es necesario como “último recurso” imponer la sanción de reclusión en centro de atención especializada.

De manera que,

«En procura de asegurar el interés superior del menor es preciso, una vez establecida la materialidad del delito y su responsabilidad, no aplicar sin mayor ponderación la privación de libertad en centro de atención especializada, sino por el contrario, constatar qué medidas se encuentran acordes a su situación y materializan los propósitos del legislador y de la normativa internacional, todo ello dentro del marco del principio de legalidad de las sanciones.

En tal cometido, se observa que el artículo 177 del Código de Infancia y Adolescencia establece que a los adolescentes declarados penalmente responsables les son aplicables las sanciones de amonestación, imposición de reglas de conducta, prestación de servicios a la comunidad, libertad asistida, internación en medio semicerrado y privación de la libertad en centro de atención especializada, las cuales son definidas y desarrolladas en los artículos 182 a 187, indicando en cada caso en qué eventos se imponen y cuál es el tiempo máximo de duración.

En el artículo 179, a su turno, se fijan como criterios para definir la sanción en concreto, la naturaleza y gravedad de los hechos, la proporcionalidad e idoneidad de la sanción atendidas la gravedad de los hechos y las necesidades de la sociedad y del infractor, la edad de este, la aceptación de los cargos y el incumplimiento de los compromisos adquiridos con el juez y de las sanciones.

Es pertinente señalar que según lo ha precisado la Sala¹⁴⁸, de conformidad con el artículo 178 del Código de la Infancia y la Adolescencia, todas las sanciones allí establecidas, incluida por supuesto la de privación de la libertad, “tienen una finalidad protectora, educativa y restaurativa” en el marco del Sistema de Responsabilidad para Adolescentes y corresponde al juez en cada caso específico ponderar las circunstancias individuales del adolescente y sus necesidades especiales, con facultad para modificar las medidas impuestas a partir de un diagnóstico favorable sobre el particular.

148 CSJ SP, 22 may. 2013. Rad. 35431.

Así pues, en desarrollo del internamiento preventivo reglado en el artículo 181 del mismo Estatuto “los adolescentes recibirán cuidados, protección y toda la asistencia social, educacional, profesional, psicológica, médica y física que requieran, habida cuenta de su edad, sexo, y características individuales”, de manera que, de forma similar a la sanción de privación de la libertad, cumple respecto del adolescente las mismas finalidades de protección, educación y rehabilitación.

Procede el internamiento preventivo tratándose de delitos que el legislador dentro de su libertad de configuración normativa considera graves, caso en el cual corresponde a la Fiscalía solicitar se decrete tal medida cautelar como reacción frente a la conducta motivo del proceso, en cuanto se parte de la necesidad de ingresar al infractor al tratamiento propio del Sistema de Responsabilidad para Adolescentes, conjugado con diversas medidas que no únicamente son de competencia de las autoridades judiciales sino de otras, entre ellas, el Gobierno Nacional, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y las alcaldías, desde luego, en el entendido que el tratamiento no queda circunscrito a la efectiva reclusión intramural.

Ahora, es claro que tratándose de decisiones sobre la privación de la libertad de los procesados, no corresponde al funcionario judicial inaplicar la ley contrariando su texto y propósito a partir de la compasión que pueda producirle un desacertado o falible sistema carcelario, pues en virtud del artículo 230 de la Constitución está sometido al imperio de la ley, pero lo que sí puede hacer es provocar la visibilización de tales anomalías para que el Estado y específicamente los responsables del sistema procedan a realizar las respectivas enmiendas e implementen los correspondientes correctivos, pues no puede negarse, por lo menos en Bogotá, el riesgo que no solo para los menores sino incluso para los jueces se presenta en los centros de reclusión.

Si la Fiscalía en este proceso no solicitó la referida medida de internamiento preventivo, ahora se rompería el principio de coherencia que debe gobernar el trámite si se dispusiera tardíamente la privación de libertad en establecimiento especializado, caso en el cual corresponde al juez efectuar un diagnóstico sobre tal aspecto, valorando que por voluntad del legislador corresponde al “último recurso” en el marco del sistema, junto con otras medidas».

3. Desde esa perspectiva, aparece que la petición de la parte demandante para que se restablezca la decisión adoptada por el a quo consulta con tal posición, ya que dicha autoridad judicial no desatendió el mandato según el cual era procedente fijar medida restrictiva de la libertad, en tanto el menor en

su edad superaba los 16 años, y fue hallado responsable por una conducta cuyo límite inferior es mayor de 6 años, y por ello la estableció en 12 meses de prisión, sino que “continuando con el estudio de los criterios establecidos para la imposición de la misma, tomando en consideración los conceptos de proporcionalidad e idoneidad de las sanciones así como las circunstancias personales, familiares y sociales que rodean al adolescente”, y de acuerdo con lo dispuesto en el literal b. del artículo 37 de la Convención sobre los derechos del niño y las reglas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores “que consagra la privación de la libertad de los adolescentes como un último recurso y por el período más breve, siempre y cuando no exista una respuesta adecuada; en virtud del inciso 6° del artículo 187 del Código de la Infancia y la Adolescencia, las condiciones actuales en las cuales se encuentra el adolescente, con todos y cada uno de sus derechos garantizados y con ánimo de restablecer la construcción de un proyecto de vida, contando por demás con el apoyo de su grupo familiar” concedió el sustituto de prestación de servicios a la comunidad por 10 meses y 2 meses más de acatamiento de reglas de conducta.

El funcionario judicial de primera instancia, no sólo constató que el adolescente admitió su responsabilidad, sino que además era un infractor primario, que cuenta con el apoyo de sus familiares, con especial atención de su madre y de su hermana con quien mantiene una relación afectiva cercana, donde en la relación familiar media comunicación y el contacto constante entre todos, incluso con su progenitor con quien no convive pero sí comparte momentos y establece comunicación a diario, de igual forma, con un proceso de escolarización y de formación deportiva, y que se encuentra en tratamiento terapéutico con la entidad prestadora de salud, por la ingesta de LSD.

De allí que, acorde con la evaluación de tales elementos optó, como se enunció, en sustituir la medida restrictiva de la libertad por otras que consultaran igualmente con los fines de las sanciones decantadas en el artículo 178 de la Ley 1098 de 2006; razones que fueron simplemente eludidas por el ad quem ante la consideración que la única medida llamada a aplicar era la restrictiva de la libertad en centro especializado.

4. De esta manera, en la sentencia de segundo grado, la autoridad judicial obvió analizar, de cara a las finalidades de las sanciones, si era necesaria la privación de la libertad del adolescente o si, por el contrario, con otra de las enlistadas en el artículo 177 de la Ley 1098 de 2006, se consolidaban aquellas. (Negritas fuera de texto)

4.1. *Análisis que sí realizó el a quo según se anotó párrafos anteriores y que comparte en lo sustancial esta Colegiatura, pues precisamente las circunstancias particulares advertidas del hecho y del infractor establecen que otro tipo de sanción, por ejemplo, la imposición de reglas de conducta o la prestación de servicios de comunidad, materializa la finalidad protectora, educadora y restaurativa que dirigen su naturaleza.*

4.2. *A lo que se suma, que la respuesta de las autoridades en su momento no comportó la imposición de una medida de internamiento preventivo de forma inmediata y como último recurso –artículo 182 ejúsdem–, en tanto a esta renunció la Fiscalía en audiencia del 1 de junio de 2016, en clara indicación de la ausencia de interés en procurar un efecto inmediato a la conducta reprobada, que si bien no significó la renuncia al reproche que igual merece, no entraña ahora la misma utilidad que en tal instante pudo representar.*

A lo cual se agrega que, a la fecha de emisión de la sentencia objetada, E.D.C.C. había alcanzado su mayoría de edad, sin que haya elemento alguno que indique que faltó con el proyecto de vida que tenía trazado según el estudio psicosocial efectuado y que sirvió de fundamento al sentenciador.

4.3. *De manera que, en el caso concreto, razonables se observan las sanciones indicadas por el Juzgado Octavo Penal para Adolescentes de Conocimiento, las cuales se impondrán como medidas principales y no a título de mecanismos sustitutos de la privación de la libertad, pues según lo indicó el Delegado de la Fiscalía, para ello es condición que se hubiese descontado parte de aquella y esta circunstancia no acaeció en tanto al infractor no se impuso internamiento preventivo.*

Y se readecuará la atinente a la prestación de servicios sociales a la comunidad, que fuera fijada en 10 meses en la sentencia del 21 de septiembre de 2016, para dejarla en 6 meses de acuerdo con el límite temporal máximo que establece el artículo 184¹⁴⁹ del Código de la Infancia y la Adolescencia, mientras la de imposición de reglas de conducta, quedará en el mismo término de 2 meses.

149 Ley 1098 de 2006. Artículo 184. La prestación de servicios sociales a la comunidad. Es la realización de tareas de interés general que el adolescente debe realizar, en forma gratuita, por un período que no exceda de 6 meses, durante una jornada máxima de ocho horas semanales preferentemente los fines de semana y festivos o en días hábiles, pero sin afectar su jornada escolar.

Parágrafo. En todo caso, queda prohibido el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o que entorpezca la educación del adolescente, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social.

<p><i>Ap</i></p>	<p>Ahora bien, leídos los antecedentes jurisprudenciales, se debe repasar nuevamente las respuestas a la pregunta inicial de este apartado, y aunque no se ha decantado de una manera totalmente clara por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, es posible desarrollar un criterio jurídico con relación a la imposición de la sanción pedagógica privativa de la libertad.</p> <p>¿Es posible imponer una sanción diversa a Ipanema dadas las circunstancias específicas de la comisión de la conducta y las circunstancias particulares de la adolescente? Sustente su respuesta.</p>
------------------	---

Para efectos de ilustración, en el desarrollo de las actividades de indagación e investigación, de control de garantías y de juzgamiento, los servidores judiciales y la defensa técnica de un adolescente debería analizar cada una de las categorías del delito, de manera que, para poder llegar a la sanción pedagógica o medida de seguridad como conclusión, se hubiese agotado cada uno de los siguientes conceptos, categorías y contenidos. Para el efecto, el esquema de verificación material del delito en el SRPA sería el siguiente:

<p style="font-size: 2em; font-weight: bold;">J</p>	<p>Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 50313 de 2018, SP3119-50717 de 2018, AP2340-50311 de 2018, AP2680-48787 de 2018. CSJ SP, 22 may. 2013. Rad. 35431.</p> <p>Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicados: 2005, 22299, p. 18 y 2011-37613, p. 14.</p> <p>Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicados: 2007, 25405, p. 28, 2013, 40578, p. 34, 2014, 43275 SP6354-2014, p. 23 y 49429 AP1642-2017, p. 19.</p> <p>Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicados: 2008, 28984, pp. 26-27 y 2009, 31780, pp. 29-30.</p> <p>Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicados: 2010, 33492, p. 7 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicados: 2010, 34718, p. 16 y 2014, 35113, SP7135-2014, p. 114.</p> <p>Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicados: 2011, 35062, p. 14)</p> <p>Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicados: 2013, 40116, p. 36; 2014, 44145, SP2913-2014, p. 15 y 49429 AP1642-2017, p. 19.</p> <p>Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicados: 2013, 42537, p. 25 y 2014-35113 SP7135-2014, p. 114.</p> <p>Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicados: 2014, 43033 AP1018-2014, pp. 29-30.</p> <p>Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicados: 2014, S.V. 35113; SP7135-2014, p. 162.</p> <p>Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicados: 37462-2014, SP9225-2014, 22299-2005.</p> <p>Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicados: 17701-2002, 14254-2002, 39464-2016 y SP2933-2016.</p>
---	--

<p><i>J</i></p>	<p>Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicados: CSJ-SCP, 2013, 40116, p. 36 y 2014, 44145 SP2913-2014, p. 15.</p> <p>Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicados: 46614 de 2016, y 35.431 de 2013.</p>
<p><i>B</i></p>	<p>Acuña Vizcaya, José F. et ál. Serie Observatorio SRPA 1: Proyecto de investigación: La medida pedagógica como sanción en el SRPA (Ley 1098 de 2006): Estudio Sociojurídico. Bogotá: Ed. Universidad Nacional de Colombia. 2010.</p> <p>Araque Moreno, Diego, Lecciones de derecho penal. Introducción y fundamentos de imputación de responsabilidad penal. Grupo Editorial Ibáñez. 2016.</p> <p>Araque Moreno, Diego. Derecho penal. Introducción y fundamentos de imputación de responsabilidad penal. (2ª edición). Grupo Editorial Ibáñez, 2018.</p> <p>Escalante Barreto, Estanislao. Alcance del Código de la Infancia y la Adolescencia. Bogotá: Funderechos, 2008.</p> <p>Escalante Barreto, Estanislao. Constitucionalismo y responsabilidad penal del adolescente: Negación desde el populismo punitivo como soporte y la ideología de la defensa social como resultado. La Constitución del 91... entre avances y retrocesos. Tomo I, Ibáñez, Universidad del Sinú. 2017.</p> <p>Escalante Barreto, Estanislao & Marín Rodríguez, Andrés. El error de tipo y el error de prohibición en la praxis penal colombiana en el siglo XX y XXI. Problemas Actuales de Derecho Penal General. Libro Homenaje a Luis Carlos Pérez. Bogotá: Ed. UNAL-Ibáñez. 2018.</p>

B	<p>Escalante Barreto, Estanislao. La antijuridicidad en el Derecho Penal Colombiano. Problemas Actuales de Derecho Penal General. Libro Homenaje a Luis Carlos Pérez. Bogotá: Ed. UNAL-Ibáñez, pp. 267-296, 2018.</p> <p>Escalante Barreto, Estanislao, Justicia Penal Juvenil: Negación de un Mandamiento Constitucional desde el Discurso Mediático y Político del Delito y la Defensa Social. Política Criminal Mediática, Populismo Penal, Criminología Crítica de los Medios y de la Justicia Penal. Bogotá: Ed. UNAL-Ibáñez, 2018</p> <p>Escalante Barreto, Estanislao. Política Criminal Mediática, Populismo Penal, Criminología Crítica de los Medios y de la Justicia Penal. Bogotá: Ed. UNAL-Ibáñez. 2018.</p> <p>Galán Castellanos, Hermán. Teoría del delito. Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”. 2010.</p> <p>García Méndez, Emilio. Infancia, ley y democracia: una cuestión de justifica. Infancia, ley y democracia en América Latina. Bogotá: Temis – Depalma. 1998.</p> <p>Gargarella, Roberto. De la injusticia penal a la justicia social. Bogotá: Ibáñez – Uniandes. 2008.</p> <p>Hormazábal Malaree, Hernán. Una necesaria revisión del concepto de culpabilidad. Rev. Derecho (Valdivia) [online]. 2005, vol. 18, n. 2 [citado 2018-10-22], pp. 167-185. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502005000200008&lng=es&nrm=iso. ISSN 0718-0950. http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502005000200008</p> <p>Martínez, Alejandro. Infancia y mediatización entre la prescindibilidad, el peligrosismo y el uso mercantil de las infancias y adolescencias. Política Criminal Mediática, Populismo Penal, Criminología Crítica de los Medios y de la Justicia Penal, Bogotá: Ed. UNAL-Ibáñez, 2018, pp. 469-494.</p>
---	---

B	<p>Muñoz Gómez, Jesús Antonio. Adolescentes e inimputabilidad. AA.VV, Derecho penal y crítica al poder punitivo del Estado. Homenaje a Nodier Agudelo Betancur, Tomo 1, Coord. Velásquez, Fernando, Posada, Ricardo, Cadavid, Alfonso, Molina, Ricardo, Sotomayor, Juan Oberto. Ed. Ibáñez, Universidad de los Andes. 2013.</p> <p>Roxin, Claus. Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber objetivo. Traducido por E. Bacigalupo. (2ª Ed.). Buenos Aires, Editorial B de F. 2014.</p> <p>Usecha Carolina, El sistema de responsabilidad penal para adolescentes. Bogotá: Ed. Ibáñez, 2014.</p> <p>Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro & Slokar, Alejandro. Manual de Derecho Penal. Parte general. Buenos Aires: Editorial Ediar. 2005.</p>
----------	--

Unidad 4.

LA DIMENSIÓN PROCESAL DEL SRPA

<i>Og</i>	Se espera que los funcionarios judiciales y empleados de la Rama Judicial identifiquen la importancia del proceso penal como escenario de garantías constitucionales, como escenario de comunicación y pedagógico para la realización material de los principios y derechos de la infancia y la adolescencia.
<i>Oe</i>	Comprender el sentido pedagógico y comunicativo del proceso penal en el SRPA. Identificar las características de las audiencias como escenario de comunicación pedagógica y restaurativa.

INTRODUCCIÓN

En la presente unidad se abordará el proceso penal en el marco del SRPA, a través de una concepción de la constitución material, esto es el proceso penal como un escenario de garantías y de protección de derechos, luego de lo cual se planteará una visión del proceso como escenario comunicativo para la realización de la función pedagógica, restaurativa y diferenciada, de manera que al final de la Unidad, se comprenderá el contenido pedagógico del sistema y el rol del Juez desde esta perspectiva.

Ap	<p>Lea nuevamente el caso integrado integrador, Problemas de familia, y repase sus respuestas iniciales a las preguntas formuladas en su momento e identifique:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. ¿Qué problemas procesales se derivan del caso narrado? 2. ¿Qué principios del procedimiento penal considera se vulneraron en el caso concreto?, y ¿Qué actores del sistema pudieron incurrir en dicha vulneración? 3. ¿Considera que la adolescente debió ser merecedora de una medida restrictiva de derechos diversa?, explique su respuesta.
----	--

La dimensión procesal del SRPA desde la aplicación de los principios y garantías del adolescente.

Lo primero que se debe advertir en el estudio de esta unidad es que los principios que se han desarrollado hasta el momento son principios transversales del sistema que aplican en las diversas dimensiones que lo componen, la administrativa, el restablecimiento de derechos, procesal, de justicia restaurativa, dogmática, social, político-criminal, derecho penal sustancial, en la aplicación de la sanción pedagógica y, en términos generales, en toda intervención en la que participe un adolescente como sujeto de derechos.

Además de la fuerza irradiadora y normativa de los principios de la infancia y la adolescencia vistos hasta el momento, en el proceso penal se deben aplicar también, de manera sistemática y armónica, los principios rectores y las garantías procesales establecidos en la Ley 906 de 2004 en su integridad, esto es dignidad humana, el principio de libertad, de prelación de los tratados internacionales, igualdad, imparcialidad, legalidad, presunción de inocencia e *in dubio pro reo*, el derecho de defensa, el de oralidad, el respeto a los derechos fundamentales de todos las personas en la actuación procesal, el derecho de las víctimas, la lealtad procesal, la intimidad, la gratuidad de las actuaciones, el principio de contradicción, de inmediación, concentración, la publicidad aunque de manera restringida en favor de la protección de los adolescentes, el juez natural, doble instancia, cosa juzgada, el restablecimiento de los derechos, integración y prevalencia.

A fuerza de ser repetitivos, el énfasis hace referencia a la necesaria aplicación de los principios del procedimiento penal regulado en la Ley 906 de 2004 en toda actuación que se lleve a cabo contra un menor de edad, de manera coherente y en armonía con el interés superior del niño, con los instrumentos internacionales de protección, garantías de los niños, los adolescentes y los principios de especialidad y diferenciación.

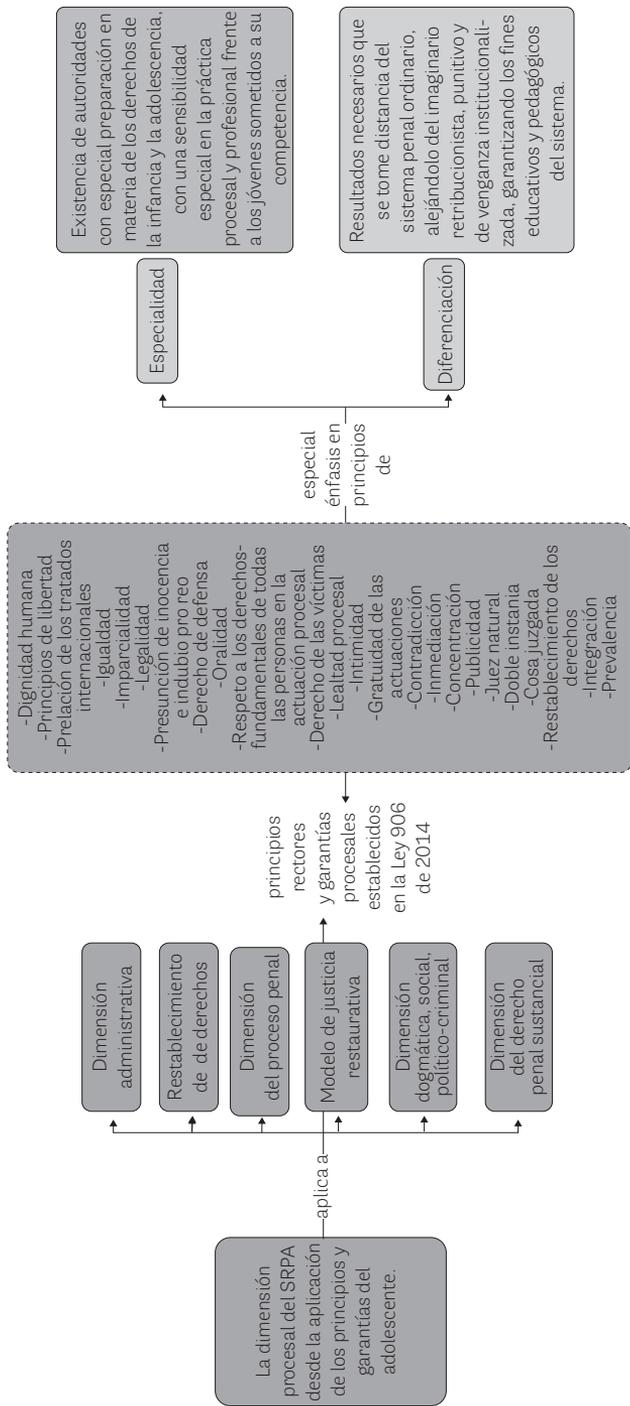
Esto dos últimos principios se relacionaron en la primera unidad de este módulo, el principio de especialidad implica no solo la existencia de autoridades con especial preparación en materia de los derechos de la infancia y la adolescencia, sino que requieren los mismos una sensibilidad especial en la práctica procesal y profesional frente a los jóvenes sometidos a su competencia. Asimismo, frente a los sujetos e intervinientes del sistema para lograr un sistema especial y diferenciado. Tratamiento que se debe otorgar tanto a los adolescentes del proceso como a las víctimas del mismo, sean o no menores de edad. Desde esta práctica, es necesario que el funcionario ejerza una función comunicativa en las audiencias que logre realizar la función pedagógica y educativa del mismo.

Desde el punto de vista del principio de diferenciación es necesario que se tome distancia del sistema penal ordinario, alejándolo del imaginario retribucionista, punitivo y de venganza institucionalizada, garantizando los fines educativos y pedagógicos del sistema, realizados en el proceso como un escenario de garantías, pedagógico y de comunicación¹⁵⁰. No podría ser de otra manera al comprenderse la justicia penal juvenil como un sistema que busca la desjudicialización o diversificación de la reacción penal, pues también se diferencia del sistema de adultos porque con el SRPA se busca resolver el menor número de casos en sede judicial, de manera que su orientación ideal es que su aplicación se haga pensando siempre en la mínima intervención, tanto en el proceso como en la imposición de la sanción¹⁵¹.

150 Este aspecto ha sido planteado también por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia al evaluar la pertinencia o no de medidas privativas de la libertad. Por todas, Cfr.: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado SP3119-50717 de 2018.

151 En este sentido Carlos Tiffer al analizar el sistema de adolescentes en Colombia y México, en: Guzmán Díaz, Carlos Andrés. *Responsabilidad Penal del Adolescente. Hacia la Construcción de un Derecho Penal Doblemente Mínimo*. Bogotá: Ibáñez, 2012, pp. 13-21.

Ilustración 9. Dimensión procesal del SRPA



Aunado a lo anterior, otra característica especial y diferenciadora del sistema de justicia penal juvenil es el contenido pedagógico y educativo, no solo de la sanción, sino también del proceso, lo que implica una toma de distancia cualitativa sobre cualquier pretensión puramente punitiva o sancionatoria.

El carácter constitucional, pedagógico y diferenciado implican un contenido de mínima intervención punitiva y de máxima intervención pedagógica, de manera que en un sistema así concebido la libertad es un principio fundamental y su restricción debe ser la última posibilidad a la que se acuda para resolver el conflicto o restablecer el sistema normativo frente a la realización de una conducta punible.

Es por todo ello que el SRPA se debe comprender a través de estos principios, el del interés superior, la protección integral, desde un principio educativo y pedagógico, todo ello como criterios de diferenciadores y de especialidad del sistema¹⁵². Este planteamiento fue recogido por la Corte Constitucional de la siguiente manera:

El Código de la Infancia y la Adolescencia contiene diversas remisiones a la Ley 906 de 2004 -Código de Procedimiento Penal-, normativa que resulta aplicable por lo tanto en la investigación y juzgamiento de los adolescentes a los que se les impute la infracción del ordenamiento penal, tanto para definir cuáles son las ritualidades aplicables en estos casos, como para establecer una cota mínima de garantías judiciales de las cuales son titulares los adolescentes, y precisa que los adolescentes responsables de conductas ilícitas tienen derecho al debido proceso penal, y enuncia algunas de las garantías judiciales constitutivas de este derecho tales como 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. La misma disposición señala que los adolescentes procesados penalmente tienen derecho a las demás garantías consagradas en la Constitución, la ley y los tratados internacionales y prevé que el adolescente autor o partícipe de una conducta punible goza como mínimo de los derechos previstos por la Ley 906 de 2004¹⁵³.

152 Lenis Sanin, Karyn. *El Sistema de Responsabilidad Penal de Menores. Un estudio de las legislaciones de España y Colombia desde la teoría del Derecho Penal del enemigo*. Bogotá: Ibáñez- Uniandes, 2014.

153 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-684-09, M. P., Humberto Antonio Sierra Porto.

Como se observa, el adolescente en el marco del proceso penal tiene derecho a que se le reconozcan y garanticen como mínimo todos los derechos de la ley procesal que rige la justicia penal para los adultos, adicionalmente, estas normas se deben interpretar y aplicar conforme a las garantías y principios que le corresponden por su condición de sujeto de especial protección constitucional.

Esta concepción es propia de la cultura constitucional contemporánea en materia penal, es tan importante y tan arraigada en el Estado constitucional que la Constitución en sentido material se erige como criterio de validez del resto del ordenamiento jurídico: En consecuencia, la Corte Constitucional ha planteado la constitucionalización del derecho penal en materia sustantiva y procesal al encontrar que la Carta Política se encuentra desarrollada con base en preceptos iusfundamentales, principios, valores y postulados en el campo de los derechos fundamentales que inciden de manera decidida y significativa en el sistema penal y, a la vez, orientan y determinan su alcance¹⁵⁴. Esta proyección se maximiza en materia de infancia y adolescencia al ser una de las ramas del derecho con mayor grado de protección y constitucionalización en la actualidad.

El proceso penal de adolescentes como dispositivo de garantías en el constitucionalismo contemporáneo

De acuerdo con las teorías y las prácticas constitucionalistas contemporáneas, en el paradigma del Estado Constitucional la Constitución Política, los tratados internacionales de derechos humanos y los derechos fundamentales son reconocidos como criterios máximos de juridicidad, pues son los que marcan las pautas de validez del Derecho legislado y del Derecho aplicado en el ordenamiento que se trate¹⁵⁵. En este sentido, dichos instrumentos materiales vinculan al legislador, a los operadores jurídicos y a las mayorías democráticas como criterio de validez material de sus actuaciones. Se trata entonces de una Constitución que no solo orienta y

154 Por todas, Cfr. Corte Constitucional, *Sentencia C-939 de 2002*, M. P. Montealegre Lynett, Eduardo

155 Análisis detallados del reconocimiento de la Constitución con fuerza normativa en el contexto del Estado constitucional contemporáneo y los límites al poder en el contexto de la democracia constitucional, Cfr.: Ferrajoli, Luigi. *Democracia y garantismo*. Edit. Carbonell, Miguel, Madrid: Ed. Trotta, 2008 Pássim; asimismo, AA. VV, *Neoconstitucionalismo(s)*, Edit. Carbonell, Miguel, Madrid: Ed. Trotta, 2003. García Manrique plantea una caracterización general del Estado constitucional en términos de Neoconstitucionalismo en Alexy, Robert, Bastidas, Francisco J., García Amado, Juan Antonio et ál. *Derechos Sociales y ponderación*. Madrid: Edit. García Manrique. Ed. Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007.

condiciona la producción legislativa y las políticas del Estado a través de valores y principios, sino su aplicación judicial en los casos concretos¹⁵⁶.

Un sector de la doctrina constitucional sostiene que la Constitución del Estado constitucional de Derecho es una Constitución de presencia irradiadora con la facultad de condicionar las políticas del Estado y de los actores sociales, la legislación, la jurisprudencia, la doctrina, la función judicial, la administración pública, en otras palabras, transforma y condiciona la cultura jurídica.

Así mismo, contiene los elementos que limitan el ejercicio del poder, bien sea el poder punitivo o el de las mayorías democráticas, poderes condicionados por los Derechos Fundamentales, la rigidez constitucional y sus garantías¹⁵⁷. En este contexto, el papel de las prerrogativas iusfundamentales, en el marco de actuación y configuración de la política criminal del poder punitivo del Estado, es constituirse en el fundamento y el límite en procura de la defensa de los derechos de los ciudadanos. Desde el punto de vista histórico del sistema penal, el derecho procesal penal y el derecho penal liberal surgieron como una necesidad de limitar el poder absoluto, como la barrera infranqueable del poder de castigar, por lo que uno y otro tienen en común la misma finalidad.

Una comprensión constitucional como la indicada establece los límites iusfundamentales a la libertad de configuración del Estado en materia penal, que vincula no solo a quien hace la ley penal, sino a quienes administran justicia penal y las agencias de ejecución penal en la práctica. En este sentido, desde sus primeras sentencias la Corte planteó que existen, desde

156 El efecto irradiador de la Constitución de 1991 y la fuerza vinculante de los derechos fundamentales en el ordenamiento colombiano puede observarse desde las primeras sentencias de la C.C., en este sentido, la sentencia que a nuestro juicio plantea una ruptura con una concepción legicentrista del derecho hacia un reconocimiento constitucional es la Sentencia *T-406 de 1993*. Cfr. Corte Constitucional, *Sentencia T-406 de 1993*, M. P. Angarita Barón, Ciro. En ella puede leerse sobre el concepto de derecho fundamental, que su dimensión objetiva tiene trascendencia hacia todo el aparato organizativo del Estado y que éste no tiene sentido si no se entiende como mecanismo encaminado a la realización de los derechos. Sobre el Estado legicentrista y el Estado de Derecho en sentido material Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Pasado y Futuro del Estado de Derecho*, en: *Neoconstitucionalismo(s)*, Ob. cit., pp. 13 ss.

157 En este sentido, Ferrajoli plantea la diferencia entre democracia plebiscitaria y democracia sustancial o constitucional. Para el autor, la primera plantea que el poder es del pueblo y como tal es absoluto y soberano, en consecuencia, el consenso de la mayoría legítima los abusos por parte de quien detenta el poder en nombre de dicha “legitimidad”, en otras palabras, es la manifestación de la “ideología mayoritaria”. En contraposición, la democracia constitucional integra implícitamente un sistema de mediaciones, de límites, de contrapesos y de controles que son su sustancia, contexto en el cual, es la constitución un límite al poder. Una democracia en la que se desarrolle una omnipotencia de las mayorías es inconstitucional, ya que la constitución es justamente un sistema de límites y vínculos a todo poder, esto es, también al poder punitivo del Estado que tiene una de sus expresiones en el proceso penal y en la investigación penal. Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Democracia y garantismo*, p. 26.

la Constitución, límites materiales a la autonomía legislativa y judicial, de manera que por ninguna razón, así sea por consenso mayoritario, es aceptable constitucionalmente que el Estado “pretermite, obvie, suspenda o restrinja las garantías jurídico procesales hasta el extremo de desconocer el núcleo esencial de los derechos fundamentales (...)”¹⁵⁸.

Ahora bien, el derecho procesal penal prescribe las normas que regulan la formalización del caso y tiene sus fuentes en la ley, la constitución y los tratados internacionales sobre protección de los Derechos Humanos, de manera que la ley procesal marca las pautas de “comprensión escénica”¹⁵⁹ de lo que es el proceso propiamente dicho. De acuerdo con lo anterior, según Hassemer, el “proceso penal” no es exactamente lo mismo que el derecho procesal penal, por el contrario, el proceso penal es fáctico, es acción, es un suceso histórico y dinámico, es un conjunto de interacciones y secuencias de actos de comunicación de los intervinientes, que en cada ejecución es único e irrepetible¹⁶⁰. De esta manera, el proceso es “comprensión escénica”¹⁶¹ y el derecho procesal penal el que ordena su curso, las reglas de participación y de limitación de actuación de las partes del mismo. El Derecho Procesal penal toma estas reglas para la “comprensión escénica” de la Constitución material y los tratados internacionales sobre la materia debidamente incorporados al bloque de constitucionalidad.

De acuerdo con lo anterior, el proceso penal en general y el de adolescentes en particular como escenario complejo, debe ser leído de conformidad con las normas constitucionales y los tratados internacionales de derechos humanos constituyéndose en un escenario de garantías, de comunicación y de reflexión pedagógica permanente por las partes y los diversos actores que en él intervienen. También se incluye en su marco normativo y analítico, el interés superior, la protección integral y como última intervención punitiva, además, supone la realización de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas del delito¹⁶².

En el proceso penal colombiano, los principios de la infancia y la adolescencia son entonces garantías para la comprensión escénica del SRPA y como tal deben ser reconocidas y protegidas, ya que están allí para

158 Corte Constitucional. Sentencia C-504 de 1993. M. P. Cifuentes Muñoz, Eduardo y Gaviria Díaz, Carlos.

159 El concepto es del autor alemán Winfrid Hassemer, por todos, ver: Hassemer, Winfried, *Fundamentos del derecho penal*, Ed. Inacipe, México, 2018, pp. 153 y ss., cuya primera edición en español es de 1984 por la editorial S.A. Bosch.

160 Cfr. Hassemer Winfried & Muñoz Conde, Francisco, *Introducción a la criminología y al derecho penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, p. 124.

161 Ídem.

162 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-209 de 2007 M. P. Córdoba Triviño, Jaime.

exigir su observancia, tienen un contenido material cuya verificación y cumplimiento es permanentemente controlable por los J. C de G¹⁶³, pues lo que cuenta es la posibilidad de su tutela efectiva y protección jurisdiccional, lo que en la práctica se ha dado como un verdadero contenido material e irradiador a la Constitución y la Convención de los derechos de niño.

En este sentido, una visión garantista del SRPA debe articular y subordinar armónicamente todos los subsistemas de los que se compone la función punitiva o sistema penal a la Constitución, a los tratados internacionales de derechos humanos y en general a las garantías de la infancia y la adolescencia en el proceso penal.

El proceso penal del adolescente como escenario de comunicación

La lectura del proceso penal como escenario de comunicación es producto de su concepción como “comprensión escénica”, en la medida en que las disposiciones del derecho procesal penal ordenan el proceso y precisan los límites y fundamentos de actuación de quienes intervienen en el mismo, esto a partir de las reglas que se reciben fundamentalmente de la Constitución y las normas internacionales que gobiernan la limitación y garantía de derechos de la infancia y la adolescencia¹⁶⁴.

Este escenario de comunicación tiene dos puntos de vista, de una parte, la socialización de reglas claras y decisiones transparentes para todos los interesados a partir del cumplimiento de los roles y funciones normativamente ordenadas, por ejemplo, el deber de motivación, la carga probatoria, etc., y un segundo punto de vista, en materia de infancia y adolescencia, un deber de comunicar al adolescente lo que pasa en el proceso y lo que es el proceso, de manera clara, suficiente, completa e informada. Este segundo aspecto que sería novedoso en nuestro medio, está íntimamente ligado al principio pedagógico del sistema y de la acción educativa que se espera de las partes, intervinientes y del mismo funcionario judicial en el proceso del SRPA. Este es otro factor determinante para realizar el carácter especial y diferenciado del sistema.

Si recordamos el caso integrado integrador “Problemas de familia”, en él se observa como a Ipanema nadie le explicó en qué consistía su proceso, ni en la audiencia, ni fuera de ella, tampoco lo que implica su participación y mucho menos se realizó un proceso reflexivo y educativo sobre el hecho

163 Cfr. RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *El proceso penal, lectura constitucional*. (Tercera edición). Barcelona: Ed. Bosch, 2003, pp. 83 y ss.

164 Cfr. Hassemer Winfried & Muñoz Conde, Francisco. *Introducción a la criminología y al derecho penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, p. 124.

de aceptar la imputación que se le estaba realizando. El caso de Ipanema no es un caso particular, muchos de los adolescentes que están en el sistema no son informados de la actuación y tampoco hay preocupación sobre la comprensión o no del adolescente de lo que implica el daño, la restauración del mismo y su compromiso por remediar y superar la situación. Sobre la participación pedagógica y de comprensión escénica del adolescente en el proceso volveremos más adelante.

Tanto es así, que en el informe realizado para la Defensoría del Pueblo muchos de los adolescentes informaron cómo habían aceptado los cargos sin mayor explicación de las consecuencias por parte de sus defensores técnicos o del Juez.

Ahora bien, siguiendo en el primer punto de vista planteado por Hassemer, de la regulación normativa del curso procesal se deducen los principios de economía y comunicación: de economía en cuanto su meta principal consiste en ordenar el proceso y establecer las necesarias secuencias de la acción en una serie práctica. Desde el punto de vista del proceso como escenario de comunicación, debe ser configurado y ordenado de forma que las personas que intervienen en él puedan conocer exactamente sus derechos de participación e intervención dentro del mismo¹⁶⁵.

En este orden de ideas, hace parte de la comprensión escénica y comunicacional del proceso de infancia y adolescencia, la garantía de información adecuada y clara no solo de los hechos, de las normas, del escenario, de los roles y del contexto, sino también, la obligación judicial de motivación suficiente de toda limitación de derechos, la necesaria comprensión de las razones y consecuencias de dicha limitación por parte del adolescente. Son ejemplo del aspecto comunicacional del proceso todas las disposiciones favorecedoras de la comprensión y del conocimiento de lo que sucede por quienes intervienen en él.

Dentro de esta concepción escénica, es de suma importancia la atribución de roles constitucionales a quien debe velar por el cumplimiento de dichas garantías, pues al establecerse el proceso como un esquema de partes, no absoluto en todo caso, es el J. C de G., quien tiene el deber de garantizar que las disposiciones garantizadoras se cumplan y también el respeto de las garantías como límite al poder punitivo, sin que su actividad se salga de los límites impuestos por los valores y principios constitucionales.

165 Ídem.

A manera de ejemplo, en el contexto de los Estados constitucionales europeos, Bacigalupo plantea en su análisis de los fundamentos constitucionales del derecho penal, que entre los diversos modelos de protección de los derechos fundamentales existentes, el alemán y el español, se caracterizan por otorgar a las libertades iusfundamentales una protección “*extraordinaria*” en el marco de la jurisdicción constitucional, indicando que los derechos fundamentales son anteriores al Estado, por lo que no es este quien los otorga, sino quien crea las condiciones de su realización, lo que le da precisamente legitimación¹⁶⁶.

Los derechos fundamentales limitan la autoridad del Estado y son una fuente de obligaciones del mismo, en este sentido, para Bacigalupo es un rasgo esencial que el ejercicio de un derecho fundamental no necesite justificación alguna, en cambio, su limitación por el Estado tiene que ser justificada en la medida que dichas prerrogativas son derechos de defensa de los individuos frente a las intervenciones del Estado en sus esferas individuales y de libertad¹⁶⁷, dicha limitación deben ser claras para el adolescente y para las partes del proceso.

Ahora bien, el adolescente como sujeto de derechos y como sujeto pasivo de la investigación y de la acción penal es también sujeto de interacción pedagógica. En la interacción pedagógica se presentan acciones de diversa naturaleza, entre ellas, la acción comunicativa, ética, dialógica, reflexiva, metacognitiva que no están previstas de manera consciente en el proceso penal y por ello difícilmente se alcanzan a realizar.

De acuerdo con lo anterior, una visión del proceso penal en el marco de la protección integral implica la asignación de un rol más activo del adolescente. De una parte, como ciudadano y sujeto responsable en el marco de un proceso penal y de la otra como sujeto en la relación pedagógica en el Sistema. Una visión constitucional como la que se ha planteado en el texto implica que el adolescente debe ser tenido en cuenta en la producción de su propio caso, ya no solo en el ámbito puramente penal como lo plantea Hassemmer¹⁶⁸, sino también pedagógico como se deriva del principio de la protección integral.

De acuerdo con lo anterior, además de los derechos del adolescente en el curso del proceso, el adolescente como sujeto de derechos tiene la

166 Bacigalupo, Enrique. *Principios constitucionales del derecho penal*. Buenos Aires: Ed. Hammurabi, 1999. Pássim.

167 *Ibidem*.

168 Hassemmer, Winfried. *Fundamentos del derecho penal*, Ob. cit., p. 173.

posibilidad de participar activamente en su proceso educativo, restaurativo y de reflexión frente al daño causado, pues se trata de un proceso racional y deliberado en el que se debe propender por un proceso reflexivo y restaurativo.

De manera que un escenario para ello es el de la sanción, pero previamente debe establecerse un proceso de conocimiento, información, reflexión e interiorización en el proceso, y finalmente en la etapa de egreso del sistema¹⁶⁹. El planteamiento educativo de la medida y del proceso de atención está de alguna manera trabajado y fundamentado por el ICBF en los lineamientos correspondientes¹⁷⁰, no así el del proceso y el del egreso, escenarios en los que no se ha realizado la función pedagógica y educativa del Sistema.

De una parte, el adolescente debe ser considerado como sujeto activo en la reflexión y construcción de su propio conocimiento, de manera que participe reflexivamente en las implicaciones de su conducta, del proceso y de la sanción en su vida, su familia y la sociedad, hasta el punto de poder construir, reconstruir y deconstruir reflexivamente lo que pasó y las formas de modificar su actuar, circunstancias todas que no se logran si el adolescente es un sujeto observador y simple receptor del escenario procesal, razón por la que desde el proceso mismo, hay que darle información y orientación suficiente para la realización de los fines del sistema.¹⁷¹ En consecuencia, el proceso educativo y de conocimiento en el marco procesal es un problema de todos los actores del proceso en el marco de los principios de corresponsabilidad, interés superior y principio restaurativo.

El contexto planteado tienen como propósito reconocer la realidad como parte relevante en el proceso de reflexión y aprendizaje, cuando el

169 La etapa del post-egreso del sistema es una de las debilidades más fuertes del SRPA ya que no existe en la actualidad una política pública que permita observar y hacer seguimiento a los adolescentes que han salido del sistema y no se conoce el nivel de reincidencia, de ingreso al sistema penal de adultos o la transformación social. Para mayor información del problema véase el informe de la Defensoría del Pueblo al Congreso de la República: Díaz Soto, José Manuel. *et al.* Violaciones a los derechos humanos de adolescentes privados de la libertad... Ob. cit., *passim*.

170 Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Proceso Gestión para la Protección, Lineamiento Modelo de Atención para Adolescentes y Jóvenes en Conflicto con la Ley - SRPA, Sistema de Responsabilidad Penal, Versión 2, aprobado mediante Resolución No. 1522 del 23 de febrero de 2016, modificado mediante las resoluciones No. 5668 de 15 de junio de 2016 y No. 0328 de 26 de enero de 2017. (On Line) https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/procesos/lm15.p_lineamiento_modelo_atencion_adolescente_y_jovenes_srpa_v2_0.pdf (diciembre de 2018).

171 Para profundizar sobre el rol de los sujetos de interacción pedagógica en el contexto de los constructivismos y la enseñanza del derecho, ver: Escalante Barreto, Estanislao, *Valoración Pedagógica de la Enseñanza del Derecho Penal General: Una apuesta por el aprendizaje activo y colaborativo*. Serie de investigaciones jurídico-sociales, Gerardo Molina, No. 17, Ed. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2016.

adolescente parte de su realidad, como en todo proceso educativo social y constructivista, el estudiante como sujeto de interacción pedagógica la somete a un diálogo permanente, la plantea como referente para comprender y transformar su actuar y la comprensión de entorno, ello es sin duda necesario, pues como plantea Freire, se debe “partir de la realidad, de la acción cotidiana, del pueblo y de nosotros mismos, puesto que estamos inmersos en la cotidianidad, reflexionar sobre esa acción cotidiana y sólo entonces crear ideas para comprenderla”¹⁷².

El proceso penal como escenario de acción pedagógica

El proceso penal de adolescentes es un escenario de realización pedagógica por mandato normativo. De una parte, la Convención de los derechos del niño prescribe implícitamente un mandato pedagógico y educativo al especificar que los Estados reconocen el derecho de todo niño investigado o acusado de vulnerar la ley penal, a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, de manera que se fortalezca su respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros, aspectos en los que se debe tener en cuenta su edad y la importancia de promover su reintegración y función constructiva en la sociedad.

De otra, la Ley 1098 de 2006 al desarrollar la finalidad del sistema, prescribió taxativamente que en materia de responsabilidad penal para adolescentes tanto el proceso como las medidas que se tomen son de carácter pedagógico, específico y diferenciado respecto del sistema de adultos y conforme a la doctrina de la protección integral que ya hemos desarrollado. En este sentido, el proceso en su complejidad es comunicación, pedagogía y garantía de derechos y visto desde el mandato normativo, el principio pedagógico implica no solo la sanción, sino que permea la comprensión escénica del proceso y el rol del adolescente en el mismo como sujeto de interacción pedagógica.

En el denominado “Modelo de Atención para Adolescentes y Jóvenes en Conflicto con la Ley-SRPA” del ICBF se plantea como principio su carácter pedagógico, y se establece un marco conceptual metodológico para su realización. Sin embargo, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar orienta todo su esquema únicamente al proceso de atención y a la sanción y olvida por completo el proceso penal. De acuerdo con el marco normativo precedente, el planteamiento pedagógico debe involucrar a todos los demás actores del sistema en el marco del proceso penal, pues no podría ser de

¹⁷² *Ibidem*, p. 79.

otra manera al ser definido por el legislador como una de las finalidades del SRPA de manera específica.

El planteamiento pedagógico proyectado en los lineamientos del modelo de atención para adolescentes y jóvenes en conflicto con la ley (SRPA) del ICBF está orientado en el ámbito de sus competencias y no en la función judicial en el marco del proceso, de la actuación de los defensores públicos y de los mismos defensores de familia, aspecto que parece ser olvidado, de manera que el mismo está por construirse e interiorizar en el desempeño de los roles del sistema.

Lo anterior se articula de manera coherente con los planteamientos teóricos y conceptuales del modelo pedagógico descrito en los lineamientos del SRPA por parte del ICBF. En este sentido y con el sesgo orientado solo a la medida sancionatoria, el ICBF ha proyectado que *“el proceso de atención debe orientarse a garantizar que durante el tiempo que cobijen las medidas y sanciones que las autoridades judiciales impongan a los adolescentes y jóvenes con motivo de su conflicto con la ley, se generen avances significativos en su proceso de responsabilización por los daños causados en su persona, en su víctima, en sus familias y en sus comunidades. Dicho en otras palabras, el contenido pedagógico de la sanción se materializa en todos los espacios de formación, a partir de prácticas reales que promuevan en los adolescentes y jóvenes valores y actitudes para la vida en comunidad, el encuentro consigo mismo, el reconocimiento de los demás como otro válido, la concertación y el valor social de las leyes y las normas”*.

Este planteamiento se articula con la forma de comprender el proceso en su dimensión educativa y pedagógica. El marco pedagógico que expone dicho en los lineamientos del Sistema es pertinente para orientar una interpretación pedagógica del proceso en el ejercicio de la función judicial y en el rol de los demás intervinientes del sistema.

De acuerdo con dichos lineamientos, el rol del defensor en el proceso penal debe ser el de mediador pedagógico entre lo que pasa en el proceso y la valoración de los derechos del adolescente, en su calidad de interviniente especial vela porque se garanticen los derechos del adolescente en el desarrollo de todo el proceso, inclusive en los eventos de imposición de medida y sanción¹⁷³. Asimismo, el lineamiento indica que el Defensor de Familia deberá, en todos los casos, realizar una verificación de derechos que facilite la elaboración del estudio de situación familiar, económica, social, psicológica y cultural del adolescente o joven, el cual se presentará en las

173 Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Ob. cit., p. 464.

audiencias para ser tenido en cuenta en la imposición de sanción; que a su vez deberá considerar el defensor de Familia para las medidas de garantía y /o restablecimiento de derechos¹⁷⁴. Para el ICBF

“el Modelo de Atención en el SRPA está encaminado a lograr que el adolescente trascienda de la situación concreta en que se encuentra a ejercicios de análisis profundos acerca de su condición de vida y de los factores que determinaron las conductas que lo llevaron a entrar en conflicto con Ley; dicha tarea, implica contar con unos escenarios, estrategias de formación y prácticas concretas orientadas a promover la reflexividad, incentivar procesos de resignificación interna, fortalecer su capacidad resiliente, potenciar su autonomía y revitalizar las redes familiares y comunitarias, lo cual exige, abordar al adolescente en el escenario familiar y comunitario, hacerlo partícipe activo del proceso pedagógico que lo acoge y propender para que todos los actores del SRPA actúen de manera articulada haciendo de dicho propósito el motor y el norte de su accionar.

Como queda dicho, el fin último del proceso de atención es ofrecer a los adolescentes un ámbito de socialización que les permita reflexionar su vida y sus vínculos, concretar un camino más digno y humano para su vida, y asumir la transformación de los ámbitos familiares y comunitarios en que transcurre su existencia.

El carácter pedagógico se orienta a la construcción de sujetos críticos, autónomos y sensibles a su entorno. La Intencionalidad Pedagógica se construye por medio de metodologías que tienen como centro de su acción al propio sujeto, buscando promover en ellos su solidaridad, creatividad, afecto y capacidad para criticar y proponer cambios sustanciales en sus entornos inmediatos como en la sociedad en general¹⁷⁵.

Aunado a lo anterior, del modelo pedagógico planteado en dichos lineamientos se derivan dos presupuestos importantes que se pueden realizar desde las audiencias y no sólo hasta que se imponga una sanción. La autonomía desde lo pedagógico y la capacidad restaurativa, veamos rápidamente en qué consisten:

Desde la práctica pedagógica, la autonomía se construye a medida que el adolescente se conoce y a partir de la práctica reflexiva se siente capaz de tomar decisiones sobre sí mismo independiente de otros, lo cual se refleja en sus particulares formas de ser, estar y hacer en el mundo¹⁷⁶, esto es, se

174 Ibidem, p. 465.

175 Ibidem, pp. 130-133.

176 Ídem.

muestra como sujeto con autonomía moral. Para ello, dice el ICBF, *“se debe empezar por la autorreflexión, desde una mirada crítica en ese encuentro consigo mismo y de las relaciones construidas con los otros hasta llegar a asumir de forma consciente la responsabilidad por las consecuencias de sus propias decisiones. Ese es quizá el logro más importante al que podría aspirar el proceso de atención de los y las adolescentes y jóvenes del SRPA”*.

Ser autónomos es asumir la responsabilidad de ser libres, con poder para ejercer los derechos en la búsqueda del sentido de la vida que se da a través del trabajo que se elige aportando a la propia realización personal y social y del fortalecimiento de los vínculos con las personas significativas que dan soporte en esa reconfiguración subjetiva. La autonomía es lograr el autogobierno de la propia vida, decidir cómo emplear su tiempo, encontrar nuevas formas de significar la vida.

También da cuenta de la capacidad del adolescente o joven para interiorizar las normas sociales y los límites en la convivencia inmediata y en espacios comunitarios, no ya como una imposición del otro sino desde la comprensión de su importancia en el ordenamiento social y en la posibilidad de asumir los conflictos como parte de la vida en tanto en la concertación y resolución de los mismos prime el bien común, el acuerdo de cómo queremos vivir en sociedad¹⁷⁷.

De otra parte, la capacidad restaurativa implica que el adolescente restablezca las relaciones afectadas por los conflictos no resueltos con los otros, todo lo cual implica que se debe trabajar en su sensibilización, empatía (ponerse en el lugar del otro) para que tomen consciencia de cómo sus conductas afectan las relaciones con otros y desconocer el mandato normativo que les es exigido en el juicio de reproche penal.

“El adolescente debe llegar a lograr poner en el centro de sus comportamientos y relaciones la búsqueda de la propia dignidad humana y de la dignidad de los otros como una realidad posible para todos. Por lo anterior en este componente se pone en juego la garantía del ejercicio de los derechos del área de participación y ciudadanía, es decir, que los adolescentes y jóvenes sean tratados como personas participantes y con todos los derechos y que tengan las condiciones básicas para la vida en sociedad y para ejercer la libertad”¹⁷⁸.

177 Ídem.

178 Ídem.

Pues bien, aunque como se ha dicho antes, el modelo está planteado para el proceso de atención por parte de los operadores del ICBF, lo cierto es que las características y acciones de reflexión y contextualización para la realización de estos dos ámbitos se inician desde las mismas audiencias del proceso. El desarrollo pedagógico de construcción reflexiva autónoma y la capacidad restaurativa implica la práctica trascendente en el mismo rito procesal, en la comunicación y la interacción social, de manera que es necesario que las partes e intervinientes del sistema lo conozcan y lo pongan en práctica como un *ethos* que habrá de trascender al adolescente a través de la comunicación, la reflexión, la práctica y la exteriorización.

En el caso transversal “problemas de familia”, recordamos como la defensora pública le sugiere expresamente a Ipanema que es mejor que acepte todo lo que pasó, sin mayor explicación, la llevo a tomar una decisión en su contra. Cuando la joven habló con Bauman le comentó que la abogada la “charló” para que aceptara los cargos comunicados en la imputación, en lo que ella al final consideró una injusticia. La pregunta que surge de la forma como se desarrolló este caso es: ¿Cuál fue el proceso pedagógico, reflexivo y restaurativo que se presentó?, ¿tenía la abogada la posibilidad de realizar acciones pedagógicas para una mejor comprensión del problema por parte de Ipanema? Como se observa, el problema pedagógico en el proceso es un asunto que trasciende el proceso en sentido formal o como rito procesal y nos lleva a un conocimiento y práctica ética en el marco de la justicia material en materia de infancia y adolescencia.

El problema de la prescripción de la acción penal en el SRPA como ejemplo de aplicación práctica

Para analizar el problema de la prescripción en el SRPA, veamos los siguientes hechos:

Entre los años 2007 y 2010, Iván Darío Montenegro Huertas, que en el 2010 tenía 17 años de edad, presuntamente incurrió en actos sexuales diversos al acceso carnal en contra del menor LECM, que en el 2010 tenía 7 años de edad. Estos hechos fueron denunciados el 21 de octubre de 2014. Un año y seis meses después, el 15 de abril de 2016, la Fiscalía solicitó la audiencia de formulación de imputación del presunto agresor. Aunque se intentó realizar en seis oportunidades, esta actuación no se llevó a cabo por diversas razones, como la devolución de la citación hecha al presunto infractor, la no comparecencia de este último, la ausencia del fiscal, la devolución de las diligencias por parte del juez con función de control de garantías, la ausencia de la defensoría de familia y el retiro de la solicitud por parte del fiscal.

Justamente, al retirar la solicitud de formulación de imputación, el 21 de noviembre de 2017, el Fiscal 397 Local del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes (SRPA) de Bogotá solicitó la preclusión de la investigación por prescripción de la acción penal.

¿Considera usted que en este caso procede la prescripción de la acción penal en contra del adolescente investigado por este hecho?

Pues bien, uno de los puntos de vista que se plantearon es que en un caso como en el narrado no procede la prescripción, bajo el argumento según el cual, se debe aplicar la norma general que especifica que “[c]uando se trate de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o el delito consagrado en el artículo 237 [incesto], cometidos en menores de edad, la acción penal prescribirá en veinte (20) años, contados a partir del momento en que la víctima alcance la mayoría de edad”¹⁷⁹. En dicha aplicación, este planteamiento implica que en la fecha de la solicitud de prescripción, la presunta víctima tenía 14 años de edad y en consecuencia, no era posible decretar la preclusión por prescripción de la acción penal.

Como contrargumento, se explicó que el inciso propuesto no es aplicable al caso analizado, dado que el mismo riñe con las finalidades del Sistema y del Código de la Infancia y la Adolescencia, en el que se deben tener en cuenta las circunstancias y los derechos del presunto infractor juvenil. En ese sentido, los tiempos para la prescripción deben interpretarse constitucionalmente y en coherencia con el sentido del sistema, razón por la cual, el tiempo con el que cuenta el Estado para investigar las presuntas infracciones penales cometidas es de 5 años, contados a partir de su ocurrencia.

¿Cuál es su punto de vista sobre estos argumentos?, ¿cuál sería su decisión si le correspondiera tomar una decisión de fondo?

Pues bien, el caso planteado se deriva de un proceso que conoció la Corte Constitucional en sede de revisión de la acción de tutela y en el que se planteó la siguiente solución por parte del Tribunal que en principio decidió decretar la prescripción y cuya decisión fue avalada por la Corte¹⁸⁰.

De acuerdo con la sentencia de tutela de la Corte, para el Tribunal,

(i) la Ley 1098 de 2006 no regula de manera específica la prescripción de la acción penal en las causas adelantadas bajo el SRPA. Por lo tanto, (ii) en estos

179 Se trata del artículo 1.º de la Ley 1154 de 2017 que adicionó el inciso 3.º al artículo 83 del Código Penal.

180 Corte Constitucional, Sentencia 023 de 2019.

casos, el término de prescripción se determina “a partir de las previsiones consagradas en la Ley 1098 de 2006 (...), sin soslayar, naturalmente, el baremo mínimo estatuido en el inciso 1º del artículo 83 de la Ley 599 de 2000”, esto es, que dicho término no puede ser inferior a 5 años. De esta manera, concluyó que (iii) en el asunto analizado, la acción penal prescribió en el año 2015, “pues fue en el año 2010, cuando presuntamente acaeció el último acto sexual”. Así mismo, aclaró que (iv) como no se formuló imputación en contra del presunto infractor, el periodo extintivo no se interrumpió.

En uno de los planteamientos reseñados en la sentencia de la Corte Constitucional, se rescata la coherencia práctica de los desarrollos que se han hecho en este módulo, en el sentido que, para el Tribunal, la aplicación del inciso 3.º del artículo 83 del Código Penal estaría dejando sin aplicación práctica los principios que sustentan el SRPA,

“esencialmente el derecho que le asiste al otrora adolescente de que el proceso se tramite sin demoras de ningún tipo”. Además, “se desatendería la garantía de imposición de una sanción pronta en el tiempo, que consulte los propósitos de protección, educación y restauración, pues estos se encuentran ligados inescindiblemente a que el infractor ostente la condición de menor de edad, que, para este caso ya no existe”.

La Corte Constitucional, en el caso concreto, avaló que “el tribunal accionado (i) fijó el término de prescripción de la acción penal con base en normas aplicables y compatibles con los asuntos que se tramitan bajo el SRPA, esto es, el artículo 187 de la Ley 1098 de 2006 y el inciso 1.º del artículo 83 del Código Penal; (ii) interpretó, de manera sistemática, el contenido normativo de tales disposiciones y determinó su alcance de forma razonable, y (iii) descartó, de manera justificada, la aplicación del artículo 1.º de la Ley 1154 de 2011, por ser contrario a los principios en los que se fundamenta el SRPA, en particular, el derecho a que el proceso se tramite sin demoras de ningún tipo y a que se imponga una sanción que permita cumplir los fines de protección, educación y restauración del menor infractor”.

Como regla específica de dicha decisión, se puede extraer que la inaplicación del artículo 1.º de la Ley 1154 de 2007 (inciso 3.º del artículo 83 del Código Penal) es viable, siempre y cuando el presunto victimario sea menor de edad al momento de la supuesta comisión de la conducta punible. El término de prescripción de la acción penal se determina con base en (i) las sanciones previstas en la Ley 1098 de 2006 y (ii) el inciso 1.º del artículo 83 del Código Penal, con lo cual se busca garantizar los principios y fines del

sistema de responsabilidad penal aplicable a los menores de edad. En esa medida, no podría extenderse a casos en los cuales el presunto victimario es una persona mayor de edad.

En segundo lugar, se extrae de la decisión de la Corte que en los asuntos sometidos al SRPA, el término de prescripción de la acción penal se debe determinar con base en (i) las sanciones previstas en la Ley 1098 de 2006 y (ii) el lapso mínimo de prescripción señalado en el inciso 1.º del artículo 83 del Código Penal (5 años) que permite *“adelantar con celeridad las actuaciones en que sean procesados menores de edad”*, lo que *“repercutirá en un adecuado tratamiento de resocialización del joven infractor”*.

En el caso concreto, la Corte Constitucional tuvo en cuenta que las sanciones privativas de la libertad aplicables a los menores de edad *“se regían por lo dispuesto en el artículo 187 de la Ley 1098 de 2006 antes de la modificación que introdujo la Ley 1453 de 2011. Ese artículo disponía que a los adolescentes con edades entre los 16 y los 18 años que incurrieran en delitos cuya pena mínima prevista en el Código Penal fuera o excediera de 6 años de prisión se les podía imponer una sanción privativa de la libertad de 1 a 5 años. Así, al aplicar el inciso 1.º del artículo 83 del Código Penal, el máximo de la sanción imponible en tales casos (5 años) sería el término de prescripción de la acción penal”*.

No obstante lo anterior, la Corte Suprema de Justicia apenas unos días antes ya había planteado las reglas a tenerse en cuenta en los temas de prescripción. En la sentencia de Tutela del día 5 de diciembre de 2018, la Corte luego de explicar de manera detallada y profunda los derechos y garantías de los adolescentes y los instrumentos internacionales que obligan al Estado colombiano en la materia, desarrollo el sentido y contenido material del SRPA en nuestro contexto¹⁸¹.

En esta última sentencia, para abordar el tema de la prescripción en el SRPA, la Corte Suprema de Justicia, analizó en primer lugar la prescripción desde un punto de vista general en el sistema penal ordinario¹⁸², caso en el cual indicó, entre otras cosas, que en el marco del Estado constitucional está proscrita la subsistencia indefinida en el tiempo de la potestad punitiva del Estado, como consecuencia de ello, se consagró el instituto de la prescripción de la acción penal y de la pena. De manera que, como se indicó en este módulo, si la prescripción es un derecho y una garantía de los adultos, también debe serlo de los adolescentes en el sistema especializado que les rige.

181 Corte Suprema de Justicia, Radicado 101355, STP15849-2018.

182 Ídem.

Para referirse al instituto en concreto, primero, indicó que cuando esta figura opera, supone el fenecimiento de la facultad que les asiste a las autoridades competentes de perseguir judicialmente a quien es sindicado de un delito. Asimismo, la figura de la prescripción de la acción penal tiene la doble naturaleza, por una parte, es una garantía constitucional de todo ciudadano a que se le defina su situación jurídica, pues éste no puede quedar sujeto perennemente a la imputación que se ha proferido en su contra y, de otra parte, se trata de una sanción frente al Estado por su inactividad.

Con relación al tema en particular, en el marco del SRPA, la Corte Suprema de Justicia especificó la necesidad de establecer criterios claros, pues a su juicio, hasta ese momento las autoridades judiciales del país habían generado criterios distintos y excluyentes en perjuicio de la seguridad jurídica. De manera que para la Corte era necesario identificar los criterios para que, en los procesos penales adelantados contra adolescentes, dicha prescripción se calcule a partir de las sanciones especiales previstas en ese cuerpo normativo y las reglas señaladas en el artículo 83 del Código Penal, con las modificaciones de las Leyes 1154 de 2007, 1426 de 2010 y 1474 de 2011.

En resumen, para la Corte, las reglas aplicables en esta materia deben deducirse de (i) las prescripciones explícitas que sobre la materia contiene el SRPA como cuerpo legal, y (ii) las que resulten aplicables en acatamiento de remisión normativa al sistema de adultos, es decir, los artículos 189 y 292 de la Ley 906 de 2004, que a su vez remiten a los artículos 83 y siguientes de la Ley 599 de 2000.

En esta sentencia la Corte aclara que no existe un vacío normativo sobre las reglas aplicables a la prescripción en el SRPA, en la medida que el fenómeno extintivo de la potestad punitiva del Estado se reguló por vía de remisión como técnica legislativa reconocida.

Como conclusión, las reglas que la Corte expuso son las siguientes:

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, las reglas de prescripción de la acción penal en procesos seguidos contra adolescentes bajo la Ley 1098 de 2006 son las siguientes:

(i) Si en el caso concreto procede una sanción no privativa de la libertad de las previstas en el artículo 177 de la Ley 1098 de 2006, la acción penal prescribirá

en el término previsto en el inciso 4° del artículo 83 de la Ley 599 de 2000, esto es, en cinco años contados desde la ocurrencia del hecho.

(ii) Si se procede contra adolescente de entre dieciséis y dieciocho años de edad por delito sancionado con pena máxima que sea o exceda de seis años distinto de los punibles de homicidio doloso, secuestro, extorsión en todas sus formas y delitos agravados contra la libertad, integridad y formación sexual, la acción penal fenecerá en el plazo de cinco años contados desde la ocurrencia del hecho, de conformidad con el inciso 1° del artículo 187 de la Ley 1098 de 2006 y el artículo 83 de la Ley 599 de 2000.

(iii) Si se trata de adolescente de entre catorce y dieciocho años vinculado con la comisión de delitos de homicidio doloso, secuestro, extorsión en todas sus formas y delitos agravados contra la libertad, integridad y formación sexual, el término será de ocho años contados desde la ocurrencia del hecho, según lo prevén el inciso 3° del artículo 187 de la Ley 1098 de 2006 y el artículo 83 de la Ley 599 de 2000.

(iv) El lapso de prescripción de la acción penal se incrementa de acuerdo con lo dispuesto en los incisos 2°, 3° y 6° del artículo 83 de la Ley 599 de 2000 cuando haya lugar a ello, o bien cuando el proceso deba suspenderse «mientras se logra la comparecencia del procesado», según lo establece el artículo 158 de la Ley 1098 de 2006. El aumento del término aplicable a servidores públicos, por obvias razones, no tiene cabida en diligenciamientos tramitados contra adolescentes.

(v) Luego de formulada la imputación, el conteo del término se interrumpirá y volverá a correr por un lapso igual a la mitad del originalmente previsto, sin que en tal evento, como lo dispone el artículo 292 de la Ley 906 de 2004, pueda ser inferior a tres años.

En estos casos, debe atenderse a las reglas especiales previstas en los incisos 2° y 3° del artículo 83 de la Ley 599 de 2000; así, luego de formulada la imputación, el término prescriptivo será de 15 años cuando se trate de delitos de desaparición forzada, tortura, homicidio de miembro de una organización sindical, homicidio de defensor de Derechos Humanos, homicidio de periodista o desplazamiento forzado (inciso 2°); será de 10 años cuando se proceda por delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o incesto, cometidos en menores de edad (inciso 3°).

La Corte fundamentó dichas posturas en el hecho, según el cual, además de la regulación expresa del instituto de la prescripción aplicable en el SRPA, la misma atiende al principio diferencial, además de la pauta hermenéutica del Sistema. De manera que reiteró que, si la prescripción de la acción penal es un derecho, en el SRPA debe orientarse a su prevalencia más que a su reducción; máxime cuando es una sanción al Estado que impide el ejercicio del *ius puniendi*.

Acudiendo al derecho comparado la Corte concluyó que de acuerdo a dichos ordenamientos foráneos y su aplicación de la prescripción, aunado a la recomendación expedida por el CIDH, todos estos criterios en conjunto constituyen principios que afianzan la hermenéutica del sistema y el reconocimiento material del principio diferencial.

Para la Corte fue necesario, además, sustentar dicha postura con relación a los derechos de las víctimas y la garantía de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de quienes son víctimas de delitos cometidos por adolescentes, para lo cual argumentó que, *“ante una tensión de esa naturaleza, es el artículo 6° de la Ley 1098 de 2006 el que ordena que «se aplicará siempre la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente», de suerte que el ejercicio interpretativo que se haga de las normas que rigen la investigación, el juzgamiento y la sanción de los adolescentes debe siempre, por expreso mandato legal, propender por el resultado que les sea más favorable”*.

Ae	<p>Antes de leer el ensayo que se presenta en esta actividad, reflexione sobre lo siguiente:</p> <p>¿Cuál cree usted que es el rol constitucional, social y pedagógico del juez en el SRPA?</p> <p>Lea con detenimiento el siguiente ensayo y a partir de su contenido reflexiones sobre los siguientes aspectos:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Indique los argumentos con los cuales usted está de acuerdo y explique por qué. - Indique los argumentos con los que definitivamente no está de acuerdo y explique por qué. - A partir del contenido del módulo, su experiencia en el SRPA elabore su propio ensayo (crítico, argumentativo, literario), máximo cinco páginas, sobre un aspecto, problema o tema que considere se debe profundizar en el ejercicio de la práctica judicial y del que usted pueda plantear una reflexión propia.
----	---

<i>EpAp</i>	Ensayo pedagógico de análisis problémico
	<p>El papel del Juez en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes</p> <p>A lo largo de la historia, la apropiación y la construcción de la realidad han estado en las manos de los más fuertes, quienes haciendo uso de su poder de definición han construido un mundo a su alcance, a su medida. Esta construcción no ha tenido en cuenta las particularidades de cada uno de los sujetos sociales, estandarizando las necesidades a un modo particular de vida, la adultez.</p> <p>En medio de esta configuración de la realidad, la niñez ha tenido que encontrar sus propias formas de existencia, adaptándose a un entorno socialmente agresivo, que no tiene en cuenta las necesidades específicas de los niños, niñas y adolescentes. Esta problemática ha sido develada desde diferentes campos del conocimiento, especialmente desde las humanidades. En 1838, Charles Dickens ¹⁸³, escritor británico, publicó una de sus más reconocidas novelas, <i>Oliver Twist</i>, la cual se centra en la dificultosa vida de un niño huérfano en Inglaterra, quien tiene que superar los obstáculos de una sociedad que no lo considera como sujeto de protección, sino como un futuro insumo para la creciente industria.</p> <p>Lamentablemente, las dificultades que enfrenta este personaje no se quedan en el plano de la imaginación, puesto que, por su falta de madurez física y mental, la niñez ha sido objeto de constantes vulneraciones, las cuales reducen su desarrollo personal. En 1979, en Polonia, se creó un grupo que aseguró que la protección de los niños, niñas y adolescentes era imprescindible, sentando las bases para la Convención sobre los Derechos del Niño ¹⁸⁴</p>

183 Dickens, C. *Oliver Twist*. Ediciones Leyenda S. A. 2015.

184 Organización de las Naciones Unidas. Convención sobre los derechos del niño, CIDN, 1989.

EpAp

A diferencia de los desarrollos teóricos ideados en Polonia, esta convención se apartó de una concepción de objeto para pasar a ver a los niños como sujetos plenamente capaces, quienes deberían ser respetados, escuchados y ubicados en un plano primario al momento de tomar las decisiones que les incumbieren.

En el ordenamiento jurídico colombiano esta convención fue incorporada mediante la Ley 12 del 22 de enero de 1991. Desde entonces, se ha procurado la implementación y desarrollo de sus principios rectores: interés superior del niño, respeto a las opiniones del niño, derecho a la vida y a la no discriminación. Principios completamente congruentes con la Carta Política que establece en su artículo 44, la prevalencia de los derechos del niño sobre los otros derechos, insinuando el interés superior de estos. Este entendimiento ha sido reforzado constantemente por la Corte Constitucional en su jurisprudencia¹⁸⁵, poniendo de presente un problema esencial en cuanto a la conceptualización de los derechos de la niñez: el niño, niña o adolescente que se ve involucrado en una conducta delictiva.

En la sentencia C-203 de 2005, la Corte Constitucional desarrolla dos principios de especial importancia para aproximarse a este problema, el principio de diferenciación y el de especificidad, este asegura que el sistema de responsabilidad penal para adolescentes debe ser específico, atendiendo el nivel de desarrollo físico, mental y demás circunstancias relevantes de cada menor acusado de desconocer la ley penal, mientras que aquel asegura que debe ser diferente del que se aplica ordinariamente a los adultos¹⁸⁶.

185 Corte Constitucional, Sentencia C-019 de 1993 sentencia C-817 de 1999, sentencia C-839 de 2001

186 Corte Constitucional, Sentencia C-203 de 2005.

EpAp

Por esta razón, todo proceso en el que tome parte un menor de edad debe ser llevado de una manera distinta, según las finalidades establecidas en el artículo 178 del Código de Infancia y Adolescencia, que señala que las sanciones deben tener como propósito la restauración, la educación y protección del menor, lo que claramente se distancia de las finalidades establecidas en el artículo 4 del Código Penal, las cuales reprochan las conductas punibles desde una perspectiva sancionatoria y de castigo. No obstante, es preciso recalcar que las finalidades de la pena o de las sanciones no comienzan desde su ejecución, sino desde el mismo momento en que se involucra al adolescente o al adulto en el proceso.

En consecuencia, el papel de los jueces es fundamental desde el inicio del proceso, lo que problematiza su actuar, ya que el trato indiscriminado entre adultos y menores puede conllevar como resultado una audiencia inconsecuente con los propósitos establecidos en la Carta Política, tanto desde su propia regulación, como desde el bloque de constitucionalidad establecido en su artículo 93.

Este escrito pretende dilucidar las distintas dinámicas que se presentan en una audiencia en el sistema de responsabilidad penal juvenil. Para esto, en primer lugar, se abordarán tanto los fines de la pena en el sistema penal de adultos, como los fines de la sanción en el sistema de responsabilidad de los menores de edad. Después, se hablará de los distintos modelos pedagógicos, con el propósito de comprender la labor pedagógica del funcionario judicial. Posteriormente, se tratará los imaginarios sociales, ya que estos permiten entender los diferentes sistemas de valores en los que un menor puede estar sumergido. Por último, se concluirá cuál es el papel del juez en el sistema de menores.

*EpAp***Respuesta al delito**

En el ideal teórico y filosófico de las sociedades modernas la intervención del derecho penal se limita a los casos en que ninguna otra alternativa es idónea, ya que se considera que la respuesta punitiva es limitadora de garantías constitucionales. Por esta razón, se restringe su intervención a la protección de bienes jurídicos tutelados, los cuales deberán estar fundamentados en los valores que sostienen a la sociedad en sí ¹⁸⁷.

Una vez autorizada la persecución penal, el Estado responde a los comportamientos que contrarían la normatividad penal establecida a través de la pena, que se entiende como una privación de bienes jurídicos, establecida en la ley e impuesta por órganos jurisdiccionales competentes. Esta respuesta al delito, al representar una intervención máxima a las libertades de los individuos, debe contar con una justificación que haga aceptable socialmente su empleo por parte del aparato estatal.

En este punto, es necesario aclarar la diferencia entre el fin de la pena y su función. Cuando se habla del fin de la pena se aborda su examen desde lo deóntico, abarcando temas como su fundamento y legitimación; mientras que, con la función, se hace un examen empírico, óntico, el cual se pregunta desde una perspectiva sociología por sus efectos en la sociedad. En la doctrina, los fines de la pena han tenido gran relevancia, ya que de la búsqueda del sentido de la pena depende la legitimación del sistema penal en sí ¹⁸⁸.

Hegel define la pena por medio de un conocido silogismo: la negación de la negación, es la afirmación; y si el delito es la negación del derecho y la pena es la negación del delito, la pena sería la afirmación del derecho.

187 Fernández, J. R.-P. Conocimiento científico y fundamentos del derecho penal. Bogotá: Ibáñez, 2005. p. 89.

188 *Ibidem*, p. 91.

EpAp

Desde este planteamiento, la pena no tendría un fin en sí mismo, sino un propósito metajurídico, la satisfacción de máximas, el cumplimiento de criterios de justicia, que como bien asegura Hegel redimían del error al ciudadano, permitiéndole ser considerado de nuevo como un ser racional. Esta forma de pensar la pena está enmarcada dentro de las teorías absolutas, las cuales están confrontadas por las llamadas teorías relativas de la pena¹⁸⁹.

Las teorías relativas, en cambio, sí consideran que la pena debe tener una función social, la prevención, clasificándola en dos categorías: prevención general negativa, prevención general positiva. La primera, se centra en la intimidación a través de la pena, la cual es un desincentivo para los posibles delincuentes, quienes a través de un análisis de costos y beneficios desistirían de la ejecución de los posibles delitos ideados. En cuanto a la segunda categoría, se entiende como la reafirmación de los valores trascendentales del imaginario social, resumiendo, la prevención negativa está dirigida a los posibles delincuentes, mientras que la positiva está dirigida a los ciudadanos respetuosos de los valores que anteceden la legalidad. Los otros fines, establecidos en el artículo 4 del Código Penal, no son más que el producto de una evolución histórica, que tiene fuertes influencias del positivismo, como en el caso de la resocialización del delincuente.¹⁹⁰

Esta forma de idear la pena va de la mano de una concepción racional de ser humano, del cual se espera la asunción de una serie de valores sociales, los cuales no pueden ser entendidos desde una perspectiva moralista, sino desde una mirada constitucional. Esta presunción de racionalidad permite al ordenamiento jurídico responder punitivamente al sujeto infractor, puesto que lesionó o puso en efectivo peligro bienes jurídicos, siendo un sujeto plenamente formado tanto mental como físicamente.

189 Migliardi, M. D. Teorías absolutas de la pena: origen y fundamentos. *Revista de Filosofía*, 2011. pp. 123-144.

190 Sanguino Cuéllar, K. D. et ál. La resocialización del individuo como función de la pena. *Revista Academia & Derecho*, 2016. p. 8.

EpAp

La legitimación de la pena se distancia radicalmente de la perspectiva axiológica que debe orientar el sistema de responsabilidad penal juvenil, ya que los niños, niñas y adolescentes son considerados como sujetos de especial protección, pues como lo establece la Convención sobre los Derechos del Niño, la niñez necesita de cuidados especiales que permitan el desarrollo mental y la madurez apropiada para su formación integral. Por esta razón, no se puede responder por medio de la pena y con el mismo tratamiento que el de adultos, pues esta presupone la madurez del infractor, lo que evidentemente contraría los propósitos de la carta política, dado que contraría el principio de diferenciación.

Los fines de la sanción en el sistema de responsabilidad penal de los adolescentes son la protección, la educación y la restauración. La educación es de especial importancia, dado que pone de presente la falta de madurez del infractor, el cual necesita aprender los valores constitucionales, insistiendo que en este proceso su papel será como sujeto, mas no como un objeto sin opinión. Por tanto, es imprescindible conocer los distintos modelos pedagógicos, con el fin de lograr adaptar el más idóneo a este sistema.

Modelos pedagógicos

La formación integral de la infancia y la adolescencia es uno de los pilares para el desarrollo de un estado social de derecho, es por esto que tanto nacional como internacionalmente se han unido esfuerzos para proveer una regulación protectora de los derechos de la infancia. Esta protección se fomenta principalmente por medio de la educación, que no se limita a la respuesta tardía, sino que también propicia la prevención de las problemáticas que enfrenta la niñez.

EpAp

Mario Kaplún¹⁹¹, pedagogo argentino, afirma que la pedagogía es un fenómeno complejo, el cual ha sido tratado desde muchas perspectivas, que se vinculan a diferentes contextos históricos que lamentablemente tienden a ser funcionales al poder. En su clasificación, el autor considera que existen dos modelos pedagógicos, el exógeno y el endógeno.

El primer modelo se caracteriza por afirmar que el educado es un objeto pasivo de la educación, quien deberá ser tratado como un recipiente receptor de la información o voluntad del educador. Este modelo tiene dos clasificaciones: la educación que pone énfasis en los contenidos y en los efectos. La primera clasificación se preocupa por la transmisión acrítica de contenidos al educado, quien deberá sumisamente recibir toda la información transmitida por su educador, lo que claramente lo convierte en un objeto sin pensamiento y simple receptor y guardador de información que se espera pueda usar en el futuro. En segundo lugar, se encuentra la educación que pone énfasis en los efectos, la cual se enfoca en modular por medio de la persuasión la conducta del educado, esta clasificación está estrechamente vinculada con la psicología conductista, la cual modula la conducta de los sujetos a través de una serie de premios y castigos.

Por el contrario, el modelo pedagógico endógeno se centra en el educado como sujeto de la educación, dado que concibe que el aprendizaje es un proceso colectivo, en donde cada uno de los participantes deberá aportar en la construcción de conocimiento. Kaplún, citando a Paulo Freire afirma que, aunque el anterior modelo pueda modular la conducta de manera eficaz, carece de ética, pues no tiene en cuenta que la educación debe generar una reflexión crítica que permita al educado cuestionar los contenidos tratados, despertando así su curiosidad por el saber.

191 Kaplún, Mario. Una pedagogía de la comunicación (el comunicador). La Habana: Editorial Caminos, 2002. p. 16-52.

EpAp

El legislador, al establecer en el artículo 178 del Código de la Infancia y la Adolescencia los fines de las sanciones, no fue claro al momento de expresar en qué modelo pedagógico estaría enmarcado la finalidad educativa, aunque un análisis concienzudo del ordenamiento nos permitiría afirmar que el fin educativo se enmarca en el modelo endógeno, ya que el modelo exógeno es contrario al ordenamiento jurídico, pues forma ciudadanos acríticos, ajenos al pensamiento pluralista irradiado tanto por los artículos de la Constitución como por la interpretación autorizada de la Corte Constitucional y el sistema de protección de derechos de la infancia y la adolescencia.

Por consiguiente, cuando el funcionario judicial juzga la conducta de un menor de edad, deberá adaptar su actuar a los postulados del modelo pedagógico exógeno, el cual demanda la participación activa del procesado, pues este deberá cuestionar los motivos que lideraron su actuar, adecuando su pensamiento a los valores constitucionalmente establecidos. Con este propósito, el adolescente deberá hacer conscientes los imaginarios en los que se encuentra sumergido, y reflexionar, guiado por el juez o jueza, críticamente su incongruencia.

Imaginarios sociales

La construcción y configuración de la realidad ha sido una de las principales preocupaciones del conocimiento, saberes como la filosofía, la lingüística, la psicología social y la ciencia política han dado especial relevancia a la duda, a la sospecha, reconociendo que la aproximación a la realidad está guiada por la naturaleza social de los seres humanos.

*Nietzsche en Sobre verdad y mentira en sentido extramoral*¹⁹², explica cómo la humanidad ha construido su realidad, la cual parte de la percepción de los

192 Nietzsche, F. Sobre verdad y mentira en sentido extramoral. Madrid: Tecnos, 1998. pp. 15-33.

EpAp

sentidos. Esta primera aproximación es meramente física, pasando a generarse conceptualizaciones que permitirán el entendimiento y la construcción de la edificación conocida como realidad. Esta construcción se posibilita por medio del lenguaje, el cual es entendido como una convención que estandariza el pensamiento, permitiendo así la generación de diversos discursos.

Una vez cimentadas las bases que posibilitan el pensamiento, surgen distintas formas de concebir la realidad, se construye una idea de lo bueno y lo malo, valores que se forman a partir de un pensamiento colectivo. Manuel Antonio Baeza¹⁹³, basándose en Cornelius Castoriadis, asegura que este pensamiento colectivo se entiende como imaginarios sociales, que son construcciones mentales socialmente compartidas, las cuales dan una significación práctica del mundo, otorgando sentido existencial.

En la sociedad se presentan a su vez distintos imaginarios sociales, los cuales pueden ir en contravía de los valores constitucionales, generando de esta manera una disociación entre los propósitos de la Carta Magna y los propósitos de algunos colectivos sociales. En el sistema para adultos, se reprime esta disociación a través de la pena, mientras que, en el sistema penal para adolescentes se pretende llevar al niño, niña o adolescente a cuestionar los imaginarios sociales que se aparten del ordenamiento jurídico.

Conclusión: ¿cuál es el papel del juez?

La toma de decisiones por parte de los funcionarios judiciales presenta una alta complejidad, tanto desde el punto de vista ético, como desde el punto de vista intelectual, pues exige la comprensión sistemática del sistema jurídico y su compromiso con la justicia y la sociedad lo llevan a forjar un ethos especial

193 Baeza, Manuel. *Imaginarios sociales. Apuntes para la discusión teórica y metodológica*. Universidad de Concepción (serie Monografías), Concepción, Chile, 2003, p. 20.

EpAp

cuando se trata de aplicar la justicia en el marco de la infancia y la adolescencia. En el caso del sistema de responsabilidad penal juvenil los jueces están llamados a cumplir una tarea especial, ya que no se trata solamente de imponer indiscriminadamente una consecuencia jurídica a un sustrato fáctico, sino a involucrarse pedagógicamente con el menor de edad.

Este involucramiento pedagógico supone que al juez le es asignado el rol de pedagogo, en virtud de ser un funcionario capacitado para propiciar los principios establecidos en la Carta Política, principios reflejados en el Código de la Infancia y la Adolescencia que establece una función pedagógica para la sanción penal. Esta función, como quedó explicitado anteriormente, parte de un modelo endógeno de pedagogía, el cual propende a la reflexión crítica y transformación del menor de edad.

En cuanto al modelo exógeno, este presenta varios inconvenientes, dado que la función pedagógica se limita a propender los valores constitucionales y no la mera transmisión de información, por lo que contraviene la asunción de este modelo, que presupone que el educando es una hoja en blanco, ignorando que cada menor está sumergido dentro de diferentes imaginarios sociales como sujeto, el adolescente menor de edad es un sujeto histórico forjado por su propia historia.

En consecuencia, en el momento de tomar decisiones el funcionario judicial debe comunicarse horizontalmente con el menor, establecer una relación que le permita comprender su realidad, con el fin de poder tomar decisiones que lo lleven a cuestionar sus imaginarios sociales, causando, a través de la incitación a la reflexión crítica, un cambio en la forma en que el niño, niña o adolescente percibe la realidad. De esta manera se evita la imposición de sanciones carentes de sentido, que solo reafirman la falta de significado que los valores constitucionales tienen

<i>EpAp</i>	<p>para el joven. Por tanto, es plausible afirmar que las audiencias en el sistema de responsabilidad penal de adolescentes son escenarios de comunicación pedagógica en la que los principales sujetos de interacción comunicativa y educativa son los adolescentes en conflicto con la ley penal, las víctimas y todos los funcionarios que en ella intervienen como sujetos e intervinientes en el proceso.</p>
-------------	--

<i>J</i>	<p>Corte Constitucional, Sentencia C-019 de 1993 sentencia C-817 de 1999, sentencia C-839 de 2001.</p> <p>Corte Constitucional, sentencia C-203 de 2005.</p> <p>Corte Constitucional, Sentencia C-209 de 2007.</p> <p>Corte Constitucional, Sentencia C-504 de 1993.</p> <p>Corte Constitucional, Sentencia C-684-09.</p> <p>Corte Constitucional, Sentencia C-939 de 2002.</p> <p>Corte Constitucional, Sentencia T-406 de 1993.</p> <p>Corte Constitucional, Sentencia 023 de 2019.</p> <p>Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado SP3119-50717 de 2018.</p> <p>Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 101355, STP15849-2018.</p>
----------	--

<i>B</i>	<p>AA.VV. <i>Neoconstitucionalismo(s)</i>. Madrid: Edit. Carbonell, Miguel, Ed. Trotta. 2003.</p> <p>Bacigalupo, Enrique, <i>Principios constitucionales del derecho penal</i>, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999.</p> <p>Baeza, Manuel. <i>Imaginario sociales. Apuntes para la discusión teórica y metodológica</i>. Concepción, Chile: Universidad de Concepción (serie Monografías). 2003.</p> <p>Dickens, C. <i>Oliver Twist</i>. Ediciones Leyenda S. A. 2015.</p>
----------	--

B

Escalante Barreto, Estanislao. Valoración Pedagógica de la Enseñanza del Derecho Penal General: Una apuesta por el aprendizaje activo y colaborativo. *Serie de Investigaciones Jurídico-Sociales, Gerardo Molina*, n.º 17. Ed. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2016.

Fernández, J. R.-P. Conocimiento científico y fundamentos del derecho penal. Bogotá: Ibáñez, 2005. Pág. 89.

Ferrajoli, Luigi. Democracia y garantismo. Madrid: Edit. Carbonell, Miguel, Ed. Trotta. 2008.

Ferrajoli, Luigi. Pasado y Futuro del Estado de Derecho. AA.VV. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Edit. Carbonell, Miguel, Ed. Trotta. 2003.

García Manrique plantea una caracterización general del Estado constitucional en términos de Neoconstitucionalismo. Alexy, Robert, Bastidas, Francisco J., García Amado, Juan Antonio et ál. *Derechos Sociales y ponderación*. Madrid: Edit. García Manrique, Ed. Fundación Coloquio Jurídico Europeo. 2007.

Guzmán Díaz, Carlos Andrés. Responsabilidad Penal del Adolescente. Hacia la construcción de un derecho penal doblemente mínimo. Bogotá: Ibáñez. 2012.

Hassemer Winfried & Muñoz Conde, Francisco. *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch. 1989.

Hassemer, Winfried. *Fundamentos del derecho penal*. México: Ed. Inacipe. 2018.

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Proceso Gestión para la Protección, Lineamiento Modelo de Atención para Adolescentes y Jóvenes en Conflicto con la Ley-SRPA, Sistema de Responsabilidad Penal, Versión 2, aprobado mediante Resolución 1522 del 23 de febrero de 2016, modificado

<p>B</p>	<p>mediante las resoluciones 5668 de 15 de junio de 2016 y 0328 de 26 de enero de 2017. Disponible en: https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/procesos/lm15.p'lineamiento_modelo_atencion_adolescente_y_jovenes_srpa_v2_0.pdf (diciembre de 2018).</p> <p>Kaplún, Mario. <i>Una pedagogía de la comunicación (el comunicador)</i>. La Habana: Editorial Caminos. 2002.</p> <p>Lenis Sanín, Karyn. El Sistema de Responsabilidad Penal de Menores. Un estudio de las legislaciones de España y Colombia desde la teoría del Derecho Penal del enemigo. Bogotá: Ibáñez- Uniandes, 2014.</p> <p>Migliardi, M. D. Teorías absolutas de la pena: origen y fundamentos. <i>Revista de Filosofía</i>, 2011.</p> <p>Nietzsche, F. <i>Sobre verdad y mentira en sentido extramoral</i>. Madrid: Tecnos, 1998.</p> <p>Organización de las Naciones Unidas. Convención sobre los derechos del niño, CIDN. 1989.</p> <p>Ramos Méndez, Francisco, <i>El proceso penal, lectura constitucional</i>. Tercera edición, Ed. Bosch, Barcelona, 2003.</p> <p>Sanguino Cuéllar, K. D. et ál. La resocialización del individuo como función de la pena. <i>Revista Academia & Derecho</i>, 2016.</p> <p>Zaffaroni, Eugenio Raúl. <i>El enemigo en el derecho penal</i>. Dikinson. 2006.</p>
-----------------	---

Unidad 5.

DIMENSIÓN SOCIOLÓGICA O EMPÍRICA DE LA APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS SANCIONATORIAS EN EL SRPA

Og	Se espera que los funcionarios judiciales y empleados de la Rama Judicial reconozcan las condiciones de privación de la libertad de la infancia y la adolescencia.
Oe	Reconocer y valorar constitucionalmente las condiciones en las que los adolescentes cumplen la sanción penal en Colombia frente a la dimensión constitucional y pedagógica de la misma. Identificar los principales problemas sociales que se derivan de los procesos de criminalización y el control social punitivo de la infancia y la adolescencia.

INTRODUCCIÓN

La dimensión sociológica o empírica que se plantea en este apartado hace referencia específicamente al marco de aplicación de las medidas privativas de la libertad en el SRPA y la mediatización del joven delincuente en nuestro medio. Al hablar de la dimensión sociológica, en términos generales, se estaría invocando un campo de conocimiento supremamente amplio, de manera que en esta oportunidad y con la finalidad de delimitar el objeto de estudio, el propósito principal es sensibilizar a los funcionarios judiciales con relación a la forma como se ejecutan las sanciones del sistema.

Para lograr este propósito se hará una breve exposición de los principales discursos que se han construido sobre la sanción pedagógica en la actualidad desde la perspectiva mediática y desde la política criminal. De otra parte, se relacionarán los informes que dan cuenta de la forma como se ejecuta la

sanción pedagógica en el SRPA, de manera que el objeto de estudio de esta Unidad estaría limitado por estas coordenadas, de manera que concluiremos con una comparación sencilla entre lo que se dice que es la sanción con la forma como se ejecuta la sanción y la reacción formal frente a la misma.

Esta forma de abordar la realidad en la parte final del módulo no podría ser de otra manera, ya que una aproximación más amplia escapa a los objetivos pedagógicos de este módulo de autoformación, pero sí es importante reconocer lo que pasa en la ejecución de la sanción pedagógica y considerar dicha realidad como elemento de reflexión de quienes cumplen funciones judiciales en el sistema.

Contexto mediático

Como se observó en capítulos anteriores, el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes es un sistema especial y diferenciado cuyos fundamentos se derivan de las raíces más íntimas del constitucionalismo contemporáneo. Su estructura y legitimación implican un tratamiento acorde con la concepción del niño, la niña y los adolescentes como sujeto de derecho, como ciudadanos con un papel activo en la sociedad, como tal, como actores sociales de políticas públicas y con la posibilidad de intervenir en las decisiones que les afecta, todo ello en perfecta armonía con estándares internacionales del mayor grado de juridicidad iusfundamental y garantista.

En contraste con este planteamiento constitucional y dogmático encontramos procesos sociales de construcción social de la realidad, de divulgación mediática de los problemas sociales y de mediatización del conflicto que plantean un discurso diverso sobre el adolescente en conflicto con la ley penal, sobre la sanción pedagógica y sobre la necesidad de tratamiento penal más fuerte para los menores de edad.

En estos procesos de reacción social mediática se muestra al adolescente como un “monstruo” o “criminal” digno de aislar socialmente para controlarlo, disciplinarlo y proteger a la sociedad del mal, de manera que se demanda un “verdadero” castigo como el del adulto, incluso se han planteado propuestas de penalización a partir de los 12 años de edad y con penas fuertes en oposición a supuestas “penas dulces” o “suaves” de las cuáles se deduce una especie de “licencia” para delinquir o para que los menores de edad sean usados por parte de diversas organizaciones criminales¹⁹⁴.

194 Escalante Barreto, Estanislao. Justicia Penal Juvenil: Negación de un mandamiento constitucional desde el discurso mediático y político del delito y la defensa social. *Política criminal mediática, populismo penal, criminología crítica de los medios y de la justicia penal*. Bogotá: Ibáñez, Universidad Nacional de Colombia, 2018.

Desde el punto de vista de la reacción social y punitiva este es el discurso que predomina en el ámbito político, mediático y administrativo, de manera que este será el planteamiento inicial de esta unidad sobre el populismo penal y su incidencia en la infancia y la adolescencia. Todo ello debido a que una de las valoraciones negativas más recurrentes contra la delincuencia en la que participan los adolescentes ha estado mediada por los informes de prensa, programas especiales sobre la delincuencia juvenil y algunos pronunciamientos públicos de los encargados de la seguridad en las ciudades, desde los que se promueve una idea de criminalidad sin castigo, impunidad y daño social que se debe combatir con penas más “duras”, con verdaderas sanciones penales o con la disminución de la mayoría de edad penal¹⁹⁵.

Además de lo anterior, diversos procesos de investigación académica han demostrado como los planteamientos constitucionales que se han desarrollado desde el marco normativo no se cumplen en una medida adecuada¹⁹⁶, de una parte, el constitucionalismo garantista no se cumple en el proceso, especialmente por la deficiencia en la defensa de los intereses de los adolescentes, ni en los procesos de criminalización mediática en la medida que los adolescentes son presentados como “presuntos delincuentes”, como sujetos peligrosos para la sociedad y muchos menos en la ejecución de la sanción pedagógica en la que se priva de la libertad a los adolescentes en conflicto con la ley penal en condiciones que se hace difícil la ejecución del acto educativo como promesa pedagógica del SRPA.

De otra parte, las políticas punitivas no cumplen con la promesa de seguridad y, por el contrario, generan procesos de criminalización y proyección del adolescente hacia carreras criminales, hacía el aumento en el consumo de estupefacientes y en el mejor de los casos, el adolescente egresado del sistema no sale con una educación adecuada que le permita defenderse en el mundo laboral de manera adecuada.

Finalmente, las llamadas penas “dulces” o “suaves” por las agencias de control social o por los medios de comunicación, son un verdadero proceso de criminalización en los que predominan los tratos crueles e inhumanos,

195 Véase en detalle: Justicia Penal Juvenil: Negación de un mandamiento constitucional desde el discurso mediático y político del delito y la defensa social, Ob. cit. pp. 379-429.

196 En el libro *Política criminal mediática, populismo penal, criminología crítica de los medios y de la justicia penal*, Ob. cit., el lector interesado podrá encontrar cuatro capítulos dedicados al estudio de la criminalización y mediatización de la infancia y la adolescencia. Por su parte, en los informes presentados por la Defensoría del Pueblo al Congreso de la República, se pueden observar las conclusiones y la descripción detallada de circunstancias de vulneración de DD. HH. de los adolescentes privados de la libertad. Disponible en: <http://www.defensoria.gov.co/public/pdf/ViolacionesDDHHadolescentesprivadoslibertad.pdf>

la restricción de derechos fundamentales, la privación de libertades individuales que llevan a que el adolescente asuma un rol crítico y de rebeldía frente al sistema, lo que lleva a que no se cumpla su función.

Los derechos de los adolescentes privados de la libertad

De acuerdo con la Ley 1098 de 2006 los adolescentes que son privados de la libertad son titulares de los derechos *consagrados en la Constitución Política, en la ley, en el bloque de constitucionalidad, entre ellos, los siguientes derechos:*

- 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.*

Además de los anteriores derechos, se resalta como la Convención prescribe el derecho a la Educación como derecho nuclear del desarrollo de la población infantil, según este derecho, los Estados reconocen la educación de manera progresiva y en condiciones de igualdad de oportunidades, en el que todo menor de edad debe disponer de información y orientación en cuestiones de educación y formación profesional, una educación encaminada a desarrollar su personalidad, sus aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades.

Por su parte, otro de los derechos importantes de los adolescentes privados de la libertad es el derecho a la salud, de acuerdo con el cual, los Estados reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud, además del esfuerzo Estatal para asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios.

De otra parte, el derecho al trato digno y a la dignidad de todas las personas consideradas como un fin en sí mismo implica que los Estados deben implementar las medidas necesarias para proteger al niño *“contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo”*.

En el marco de todo proceso que se siga en su contra, administrativo, disciplinario o penal, el adolescente tiene derecho a que se respete el debido proceso. Aunque se encuentre privado de la libertad, el adolescente tiene derecho a que se le respete su intimidad, el derecho a la información y el derecho a comunicarse con sus familiares.

Aunado a lo anterior, las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, que fueron adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990, plantean un amplio catálogo de derechos de los adolescentes que se encuentran en esta condición. En su conjunto, estos derechos fueron sistematizados en el informe de la Defensoría del Pueblo referido y que puede ser consultado en la web, de manera que el lector interesado pueda observar dicha sistematicidad de manera directa en la página web de la Defensoría.

A pesar de todos los derechos de los que es titular el adolescente, llama la atención que, en el marco de la ejecución de las medidas pedagógicas,

muchos de estos derechos son olvidados, limitados, anulados o incluso vulnerados.

La vulneración de derechos a la población privada de la libertad en el SRPA

A partir de los informes de investigación presentados al Congreso de la República por parte de la Defensoría del Pueblo, se puede concluir empíricamente que muchos de los derechos mencionados de manera precedente, no son cumplidos en la práctica, especialmente en la realidad de los adolescentes que terminan privados de la libertad.

De acuerdo con el informe defensorial de la Defensoría del Pueblo relacionado con el estado de los derechos humanos de los adolescentes privados de la libertad¹⁹⁷, la existencia de estándares mínimos aplicables a todos los casos de privación de la libertad de menores de edad vinculan a todas las autoridades del sistema, pues además de ser garantía y límite de la potestad sancionatoria del Estado, permiten ser los límites infranqueables para contrarrestar *“los efectos perjudiciales de todo tipo de detención y fomentar la integración en la sociedad”*, que en el caso concreto es la integración a la sociedad de niños menores de edad¹⁹⁸.

En este sentido, la misma Corte Suprema de justicia ha indicado que dicha obligación de limitación del *ius puniendi* del Estado se deriva de obligaciones internacionales, según las cuales, en palabras de la Corte

*“en lo que respecta a las autoridades judiciales, y específicamente a las penales, implica para los Jueces la tarea de apegarse a la normativa especial erigida por el legislador en el ámbito de los procesos penales seguidos contra adolescentes –a la que se hará alusión seguidamente–, pero también les impone una pauta hermenéutica que deben atender en el ejercicio de la función jurisdiccional, no sólo con miras a hacer efectivos los derechos prevalentes de los adolescentes, sino también a restringir el ejercicio del poder punitivo del Estado en su contra”*¹⁹⁹.

Pues bien, nada más alejado del cumplimiento de las normas constitucionales, legales y de los instrumentos internacionales que las

197 Díaz Soto, José Manuel et ál. Violaciones a los derechos humanos de adolescentes privados de la libertad. Recomendaciones para enfrentar la crisis del sistema de responsabilidad penal para adolescentes. Bogotá: Defensoría del Pueblo., 2015. Disponible en la página de la Defensoría del Pueblo: <http://www.defensoria.gov.co/public/pdf/ViolacionesDDHHadolescentesprivadoslibertad.pdf>

198 *Ibidem*, p. 60.

199 Cfr.: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 101355, STP15849-2018.

acciones llevadas a cabo en algunos de los centros administrados por los operadores de los centros especializados del sistema de responsabilidad penal para los adolescentes y el ICBF. De una parte, estos centros son operados por instituciones privadas, de manera que su operación no la cumple el Estado directamente, por otra, el control de las mismas no es eficiente por parte del Instituto como lo denuncia la Defensoría en el informe varias veces citado.

Desde el punto de vista de la infraestructura, la mayoría de estos centros tienen edificaciones adaptadas con estructura carcelaria y penitenciaria, en otros, opera un régimen de disciplina y control más cercano a este tipo de instituciones que a una institución educativa como lo prescribe el mandato normativo.

El caso más paradigmático es el Centro de Formación Juvenil Buen Pastor (CAE)²⁰⁰, que corresponde a la antigua cárcel de mujeres que llevaba el mismo nombre. El de peores condiciones, según el informe, es el Instituto Politécnico Luis A. Rengifo (CIP/CAE) cuyas instalaciones tienen condiciones insalubres e inhumanas para vivir, pues además del deterioro por la antigüedad de su edificio, hay humedades, malos olores, instalaciones eléctricas expuestas, entre otras situaciones que hacen de la institución, una institución en condiciones indignas²⁰¹ para la vida de los adolescentes con restricción de la libertad, aunado al riesgo de obtener enfermedades pulmonares u otras asociadas con el estado del Centro Educativo.

Además de lo anterior, un aspecto difícil de comprender es que en el marco constitucional que se impone en nuestro medio, existan celdas de aislamiento o eufemísticamente denominadas "*espacio reflexivo*" o de "*observación*" y que las mismas sean usadas para castigar a los adolescentes por asuntos disciplinarios.

En efecto, se trata de lugares oscuros, sin luz natural y en ocasiones sin luz artificial en la que son aislados los adolescentes que son castigados por problemas de indisciplina, por manifestaciones afectivas entre ellos, por riñas, por rayar las paredes o por faltar al respeto de sus educadores. Con este tipo de sanciones son sometidos a tratos que no respetan los más

200 Este centro se encuentra ubicado en la ciudad de Cali, Valle del Cauca.

201 *Ibidem*.

mínimos requisitos de permanencia de una persona privada de la libertad en los tratados internacionales²⁰².

Un aspecto del que poco se ha hablado es de la sanción física que se impone en algunos de estos centros y que limitan con la tortura y los tratos crueles e inhumanos. En estas instituciones se impone el ejercicio físico como forma de castigo, de manera que el adolescente privado de la libertad puede ser sometido a extenuantes jornadas de ejercitación, hasta el punto de la pérdida del sentido, pues como en la disciplina castrense, se impone la disciplina y el castigo como formas de control social interno.

La infraestructura carcelaria es totalmente incompatible con el acto educativo de jóvenes que se encuentran privados de la libertad, aunque no se presenta en todos los centros, en algunos de ellos se impone un régimen de vigilancia, control y relaciones de poder similar al de la cárcel de adultos.

Respecto del acto educativo, las condiciones para su ejecución en el aula de clases son totalmente precarias, los salones no son adecuados, algunos con poca luz, con humedades, con rejas, o siéndolo, son usados de manera equivocada. En un mismo espacio, tiempo, forma y con un mismo docente, adolescentes de diferentes edades y conocimientos “*aprenden*” diferentes áreas o asignaturas, por lo que no hay un objeto común de estudio, excluyendo el diálogo, el debate, la reflexión y el aprendizaje común. Todo lo cual no permite que los egresados del sistema tengan un nivel de formación adecuado para seguir un camino académico.

El aprendizaje se convierte en el paso del tiempo en el que se reciben instrucciones, se leen algunos documentos y al final no se aprende mayor cosa. Tampoco hay espacio para la reflexión pedagógica por parte del educador, quien en las condiciones en las que ejecuta el acto educativo, se dedica a cuidar el orden y la disciplina, más que a enseñar.

Las condiciones en las que se ejecuta el acto educativo, en los centros de internamiento del sistema de responsabilidad penal para adolescentes, no permiten cumplir los fines educativos de la sanción pedagógica. Por el contrario, al ser una educación precaria y de mala calidad, el

202 Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad. Literal D, numeral 31 al 37. Los menores de edad privados de libertad tienen derecho a contar con locales y servicios que satisfagan todas las exigencias de la higiene y de la dignidad humana. Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990. Véase: Díaz Soto, José Manuel et ál. *Violaciones a los derechos humanos de adolescentes privados de la libertad. Recomendaciones para enfrentar la crisis del sistema de responsabilidad penal para adolescentes*. Bogotá: Defensoría del Pueblo. 2015.

adolescente que egresa del sistema no tiene las condiciones cognitivas ni las competencias laborales para entrar a un mercado laboral estable o con proyección de permanencia, condiciones que, si puede conseguir en las organizaciones criminales, máxime si observamos que en la actualidad el adolescente puede salir con una mayoría de edad sin proyecto de vida alguno²⁰³.

Entre otras condiciones, a los adolescentes privados de la libertad también se le vulnera el derecho a la intimidad al serles revisado y leído por un equipo interdisciplinario, sin orden de autoridad competente para ello, la correspondencia y cualquier otro mensaje que les pueda llegar. Los profesionales de este equipo deciden que correspondencia puede leer el adolescente y cual es devuelta a su familia o remitente. Lo mismo acontece con los derechos sexuales y reproductivos. Finalmente, también se impone como sanción la restricción de visitas, todo lo cual impide un adecuado desarrollo y cumplimiento de la finalidad de la sanción y la corresponsabilidad frente al adolescente.

Con todo lo anterior, es evidente que el adolescente en lugar de encontrarse con un modelo que le permita superar las condiciones que lo llevaron al delito, ingresa a una institución que reproduce las prácticas penitenciarias y carcelarias, llegando a aprender y socializar en un entorno altamente conflicto y agresivo que lo llevan a seguir en el delito. La institución prevista para la ejecución del acto educativo de los adolescentes, en lugar de proveer las condiciones de aprendizaje para realizar un proyecto de vida, ingresa a los jóvenes menores de edad y los egresa mayores, sin otorgarles la posibilidad de pensar en un proyecto de vida diferente. En este sentido, es relevante la conclusión a la que llegó la defensoría del pueblo después de visitar los centros de internamiento:

Al igual que ocurre con el sistema penal para personas adultas, el SRPA se concentra en el sujeto, infringiéndole daño directamente a su cuerpo y a su psiquis a través del encierro o el castigo, así como limitando el ejercicio de

203 Llama la atención que la población carcelaria en Colombia es una población joven, cuyo 36% es población que tiene entre 18 y 29 años. Aunque no se ha realizado una investigación empírica que dé cuenta de la relación entre la población joven y el delito y la reincidencia del adolescente en el sistema de adultos, lo cierto es que el adolescente egresa de estos centros y no existe un programa de seguimiento que le impida ingresar a la delincuencia de adultos. De acuerdo con las estadísticas del INPEC, al día 31 de marzo de 2016, la población carcelaria en Colombia es de 122.020 personas privadas de la libertad. La población que tiene entre 18 y 29 años es de 45.925, lo que equivale a un 37,6%. La población entre 30 y 44 años es 34.995 personas privadas de la libertad, lo que equivale a un 28,7%. Lo que implica que, en Colombia, el 66,3% de la población carcelaria es joven al tener una edad de entre 18 y 44 años. Escalante Barreto, Estanislao. Justicia Penal Juvenil, op. cit.

sus libertades básicas, en peores y más graves condiciones que las que deben soportar los adultos. Esta característica evidencia una contradicción profunda en el sentido y fines del SRPA, en tanto, como se evidenció en el proceso de inspección, no se encontró evidencia de que los y las adolescentes infractoras de la ley penal, mantuvieran contacto con la sociedad a la que se pretenden reintegrar; por el contrario, se les aísla durante el tiempo que dure la imposición de la sanción, hasta que esta se cumpla o pueda ser sustituida por otra distinta a la privación de la libertad.

Las acciones de las que son objeto durante la internación, se concentran en los/ las adolescentes como objetos de control, represión y disciplina, sin variar o intervenir en grado alguno en el entorno adverso en el que crecen y sobreviven, circunstancia que adicionalmente, alimenta imaginarios y etiquetas sobre su "maldad" o la estigmatización de estos como "criminales peligrosos o natos", repetimos, ignorando totalmente las condiciones de sus entornos de vulnerabilidad, como sus historias de vida particular que deben ser valoradas en las condiciones de la realización de la conducta y su valoración sobre las circunstancias sociales y económicas que los llevó a desconocer la ley.

De manera que, empíricamente los prejuicios y presupuestos tan publicitados por los medios de comunicación y las autoridades de control social, no son más que imaginarios que llevan a políticas equivocadas que no permiten cumplir los fines constitucionales previstos y tampoco a resolver el problema de fondo. Un análisis de todas las circunstancias del adolescente en la comisión del delito, una comprensión escénica del proceso como escenario de comunicación y de pedagogía, además de una valoración profunda de la conducta punible en cada caso concreto y valorando materialmente cada categoría del delito, pueden convertirse en un aporte para superar judicialmente viejos modelos de la administración de justicia frente a los menores.

Reconocer el discurso mediático, político y social frente a los adolescentes nos permite reconocer la importancia de tomar decisiones de calidad que cumplan con los estándares internacionales de protección de la infancia, al tiempo que permite comprender que la privación de la libertad en cualquier circunstancia es un verdadero mal, de manera que es un imperativo valorar a quien y en qué condiciones le corresponde cumplir una medida tan costosa y a tan temprana edad.

<p><i>Ap</i></p>	<p>Para profundizar en el tema de esta unidad se sugiere al funcionario judicial que se aproxime a una lectura detallada de los siguientes documentos:</p> <p><i>Violaciones a los derechos humanos de adolescentes privados de la libertad. Recomendaciones para enfrentar la crisis del sistema de responsabilidad penal para adolescentes.</i> Bogotá: Defensoría del Pueblo. 2015.</p> <p>Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990.</p> <p>A partir de la lectura realizada, enumere qué otro u otros derechos considera usted que se encuentran en estado latente de vulneración en los Centros de Internamiento para Adolescentes.</p> <p>¿Considera usted adecuado que a los adolescentes privados de la libertad que tienen un vínculo familiar establecido, hijos y compañera permanente o cónyuge, se les permita tener relaciones sexuales en las visitas familiares?</p> <p>Sustente su respuesta.</p> <p>¿Considera usted que el juez que impone la medida sancionatoria en el proceso tiene un deber de seguimiento de su ejecución?, explique su punto de vista de manera argumentada.</p>
<p><i>Ae</i></p>	<p>Como ejercicio de autoevaluación del presente módulo y como reflexión académica, seleccione una decisión judicial de su despacho, del despacho de un colega o de un Tribunal Superior y evalúe si la misma aplicó los principios y derechos planteados en este módulo, en qué medida si y en qué medida no. Si es del caso, explique cómo podría cambiar, mantenerse igual o mejorar la decisión con el contenido desarrollado en el presente módulo.</p> <p>Seleccione para el efecto una categoría, concepto, principio o derecho que considere es funcional para hacer el respetivo análisis.</p>

BIBLIOGRAFÍA

Escalante Barreto, Estanislao. Justicia Penal Juvenil: Negación de un mandamiento constitucional desde el discurso mediático y político del delito y la defensa social, en: *Política criminal mediática, populismo penal, criminología crítica de los medios y de la justicia penal*. Bogotá: Ibáñez. Universidad Nacional de Colombia. 2018.

Díaz Soto, José Manuel. *Violaciones a los derechos humanos de adolescentes privados de la libertad. Recomendaciones para enfrentar la crisis del sistema de responsabilidad penal para adolescentes*. Bogotá: Defensoría del Pueblo. 2015. Disponible en la página de la Defensoría del Pueblo: <http://www.defensoria.gov.co/public/pdf/ViolacionesDDHHadolescentesprivadoslibertad.pdf>



IMPRESA
NACIONAL
DE COLOMBIA

Carrera 66 No. 24-09
Tel.: (571) 4578000
www.imprenta.gov.co
Bogotá, D. C., Colombia

