

EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES

¿PROCESO PEDAGÓGICO O SEGURIDAD CIUDADANA?

EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES
¿PROCESO PEDAGÓGICO O SEGURIDAD CIUDADANA?

Presentado por:

Claudia María del S. Delgado Nocua

Trabajo de grado dirigido por:

Dr. Juan Oberto Sotomayor

Maestría en Derecho Penal

Universidad Eafit

Medellín

2019

CONTENIDO

ABREVIATURAS.....	5
INTRODUCCION.....	6
1. PRINCIPIOS DE LA LEY DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA.....	9
1.1. Interés Superior del niño.....	10
1.2. Protección Integral.....	11
1.3. Prevalencia de los derechos del menor.....	11
2. ORIGEN Y FINALIDAD DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES.....	10
3. CONEXIÓN ENTRE SANCION Y PROCESO PEDAGÓGICO.....	12
4. PROCESO PEDAGÓGICO EN EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES.....	13
4.1 El enfoque etario.....	14
4.2 Enfoque de derechos.....	15
4.3 Enfoque diferencial.....	16
5. BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD.....	16
Normas que integran el Bloque de Constitucionalidad.....	16
5.1.1 Convención Internacional de los derechos del niño.....	16
5.1.2 Reglas de Beijíng.....	17
5.1.3 Reglas de Tokio.....	18
6. LEY 1453 DE 2011 COMO VIOLATORIA DE LAS NORMAS NACIONALES E INTERNACIONALES.....	19
7. SOLUCIONES PROPUESTAS A ESTOS CONFLICTOS.....	23
7.1. Primera tesis.....	23

7.2. Segunda tesis.....	24
8. PRONUNCIAMIENTOS	27
8.1. C.S.J.....	27
8.2. T.S.M.....	31
9. CONCLUSIONES.....	33
BIBLIOGRAFIA.....	37

ABREVIATURAS

CIA, Código de Infancia y Adolescencia

CIDN, Convención Internacional de los derechos del Niño.

ICBF, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar

CSJ, Corte Suprema de Justicia

LAS REGLAS DE BEIJING, reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de menores,

RIAD, Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil.

SRPA, Sistema de Responsabilidad Penal Para adolescentes.

TSSS, Tribunal Superior de San Gil.

TSM, Tribunal Superior de Medellín.

INTRODUCCIÓN

Cuando la Asamblea general de las Naciones Unidas adoptó la Convención Internacional sobre los Derechos del niño¹, ratificada por Colombia, se hicieron reformas legislativas para ajustarse a los principios establecidos por la convención y por otros instrumentos que hacen parte del bloque de constitucionalidad. Lo anterior dio origen a la ley 1098 del 2006.

La incompresible realidad de los niñ@s y adolescentes en conflicto con la ley, generó cambios en la normatividad interior que buscaban armonizar las condiciones de los menores que ingresan al SRPA. Entre estas modificaciones, que nacieron con el CIA, están la variación del enfoque de “situación irregular” al de “protección integral”. Es decir, el infractor considerado como un sujeto inadaptado e indefenso, necesitado de protección, pasó a ser sujeto de derechos y garantías. <<Este cambio generó el reconocimiento de la responsabilidad penal del menor y con ella la exigencia de un proceso acorde a su condición, que tuvieran como límite mínimo la reconocida a los adultos.>> (Diaz Cortes, 2009). Por esto el actual sistema, que tiene una finalidad especial, incorporó unos mecanismos e instituciones para lograr los objetivos establecidos.

Estas transformaciones del CIA en la sistemática de la responsabilidad penal para adolescentes desencadenaron críticas opositoras y favorables respecto a la consecuencia generada por la participación de los menores en la delincuencia. Sin embargo, amén de lo anterior, estas reformas significaron un avance para el Estado colombiano, al que la Constitución le encomendó de manera especial la protección de las personas más vulnerables, no solo por su edad sino por la condición jurídica en la que se encuentran.

Estas críticas opositoras, que tenían un solo objetivo: corregir al menor delincuente a través de la privación de la libertad y por el mayor tiempo posible dieron su fruto: la ley 1453 del 2011 y aquellas normas posteriores en las que se aumenta la pena mínima para cada conducta.

¹ Creada el 20 de noviembre de 1989, en aras de continuar el progreso en materia de la garantía de los derechos humanos, a pesar de haber nacido 20 años después de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, Pacto de San José.

Estas últimas son relevantes en el sistema de infancia, teniendo en cuenta que la privación de la libertad como medida de internamiento preventivo o como resultado de declaratoria de responsabilidad penal procede para los delitos cuya pena mínima supere los seis años.

Pero, a la par de estas modificaciones también se mantuvieron otras que beneficiaron a los adolescentes y que demuestran que el interés superior del niño, si bien no se está cumpliendo a cabalidad, aparenta ser el principio superior de la ley 1098, entre las que están:

- a) La exclusión de responsabilidad penal para los menores de catorce años².
- b) Aplicación del principio de oportunidad³.
- c) La revisión sanción⁴
- d) La prescripción especial⁵

No obstante, el afán de garantizar la seguridad pública, la presión mediática y las ansias de justicia sin impunidad, ha llevado a que jueces y todos aquellos entes del SRPA, omitan en muchos casos el cumplimiento de las normas beneficiosas al infractor, llevándolos al encierro y aislamiento. Incumplimientos que lesionan los principios de humanidad e interés superior del niño al desconocer el bloque de constitucionalidad.

Lo anterior, pese a que uno de los avances del CIA es la consagración del principio de protección integral del ofendido y ofensor, que el código del menor no establecía.

Los menores en conflicto con la ley representan una preocupación a nivel nacional, no solo por el aumento en la participación de conductas punibles y la gravedad de estas, sino por el tratamiento en la judicialización y revisión de la sanción.

² Ley 1098, art. 142, señala: que la persona menor de catorce (14) años será entregada inmediatamente por la policía de infancia y adolescencia ante la autoridad competente para la verificación de las garantías de sus derechos.

³ Ibid., art. 174, con el fin de evitar la judicialización del menor y lograr la terminación anticipada del proceso, establece: en todo momento las autoridades judiciales deberán facilitar, en todo momento el logro de acuerdos que permitan la conciliación y la reparación de daños, y tendrán como principio rector la aplicación prevalente del principio de oportunidad.

⁴ Ibid., art. 178, Una vez logrado los objetivos de la sanción y no haya necesidad de su continuación, se señala: el juez podrá modificar en función de las circunstancias individuales del adolescente y sus necesidades especiales las medidas impuestas

⁵ Si bien no se encuentra en la legislación actual, a través de los últimos pronunciamientos se está dando aplicación, de manera que el termino de prescripción este sujeto a los establecidos en el CIA.

Por lo antes dicho, este trabajo dedicará especial atención a quienes ingresan como infractores al sistema de responsabilidad penal para adolescentes. Se pretende analizar la situación jurídica de los infractores, observando criterios nacionales e internacionales que los benefician y perjudican. Comprende los principios de la ley 1098 y la finalidad del SRPA contenida en el CIA, los instrumentos internacionales y el análisis de la aplicación de las normas contenidas en la ley 1098 del 2006, las consecuencias generadas en el menor infractor y los pronunciamientos de las autoridades judiciales.

1. PRINCIPIOS DE LA LEY DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA

1.1. Interés Superior del niño:

Se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar a aquellos la satisfacción integral y simultánea de todos los Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes⁶. Es el conjunto de las acciones o decisiones asumidas por la sociedad, la familia, las instituciones de educación y las instituciones que hacen parte del SRPA y que deben garantizar estos derechos.

El interés superior del niño es el origen de la ley 1098, considerado el principio rector, es decir, el principio de principios que regula la aplicación de las normas nacionales y del bloque de constitucionalidad que hacen parte del SRPA. << 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>>, (Convención sobre los derechos del niño).

Este precepto nace por las siguientes razones, que se hace necesario evidenciar: a) Los menores son desiguales por su condición y por su naturaleza; b) es el principio rector del SRPA; c) es un principio de rango constitucional que obliga a las instituciones públicas o privadas a garantizar el respeto de los derechos del menor; d) El interés superior del menor prevalece sobre los demás.

La aplicación del interés superior del niño no implica darle un tratamiento especial, sino tratarlo como una persona con una condición especial por su inmadurez momentánea, que tiene los mismos derechos que un adulto. Interés que variará, según el núcleo familiar, la condición social, el nivel de educación y el medio social que lo rodea, es decir, el interés superior del menor cambiara según su perfil.

1.2. Protección Integral

⁶ Ley 1098, art. 8

Se entiende por protección integral de los niños, niñas y adolescentes el reconocimiento como sujetos de derechos, la garantía y cumplimiento de estos, la prevención de su amenaza o vulneración y la seguridad de su restablecimiento inmediato en desarrollo del principio del interés superior.

Sin embargo, cuando se intenta cumplir con la obligación, que tienen todas las personas, de garantizar la protección integral y simultánea de todos los derechos del niño, surgen los contradictores, quienes no aceptan la prelación de los derechos del infractor por sobre el interés general, el derecho a la justicia de las víctimas y por la impunidad que genera su aplicación.

La protección integral se materializa en el conjunto de políticas, planes, programas y acciones que se ejecuten en los ámbitos nacional, departamental, distrital y municipal, con la correspondiente asignación de recursos financieros, físicos y humanos⁷. Implica iniciar las acciones necesarias para proteger y garantizar los derechos de los menores que han infringido la ley y cumplir las normas internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad. Garantizando, además, que el proceso y las sanciones sean de carácter educativo, diferenciado y restaurativo, la separación de los adultos, la prohibición de ser tratados inhumanamente, evitar restringirles derechos que caracterizan el sistema penal acusatorio, que la privación de la libertad sea el último recurso y por el menor tiempo posible y que la aplicación del principio de oportunidad sea de carácter preferente⁸.

1.3. Prevalencia de los derechos del menor

En todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona⁹.

⁷ Ley 1098, art 7

⁸ Ley 1098., art. 174

⁹ Ibid., art.9

Tal y como se dijo al iniciar este trabajo la prevalencia de los derechos del menor y en general la ley 1098 del 2006 tienen sus contradictores, quedando en evidencia cuando se toman decisiones como respuesta a la infracción penal. La oposición es al reconocimiento del interés superior del niño cuando entra en conflicto con los derechos de la sociedad, como la seguridad y protección.

Por esto, con la entrada en vigor de la ley 1453, la prevalencia de los derechos dejó de serlo, al ampliar el término de la sanción e imponer medidas de internamiento preventivo para proteger los intereses de la sociedad y de los bienes puestos en peligro. Convirtiendo la finalidad restaurativa en retributiva, propia del sistema de adultos.

2. ORIGEN Y FINALIDAD DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES

Con la CIDN en 1989 se da un cambio en las normas que regulan la responsabilidad penal para adolescentes, basado en el reconocimiento de derechos de las menores y el énfasis de los mecanismos de protección de estos. Es ahí, donde nace la finalidad especial del SRPA al crear la ley 1098.

Sin embargo, no fue suficiente la CIDN para lograr la creación del CIA. Se necesitaron varios intentos, entre ellos el proyecto de ley 215 de 2005 del Senado, 8585 de 2005 de la Cámara (en adelante proyecto de ley 215-2005), el cual fue probado en sesión Plenaria del Senado de la República el 29 de agosto de 2006 y finalmente se convirtió en la ley 1098 del 8 de noviembre de 2006 (Liona, 2009).

Para lograr esta finalidad especial, Colombia no solo se adhirió a la CIDN, sino que además aceptó los lineamientos de los instrumentos internacionales como las Reglas de Beijing, las reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores privados de la libertad y las Directrices de RIAD¹⁰.

¹⁰ Son normas que no hacen parte de la constitución, pero que sirven de parámetros de control, son las que se conocen como bloque de constitucionalidad.

La finalidad de la ley 1098 es garantizar a los niños, a las niñas y a los adolescentes su pleno y armonioso desarrollo para que crezcan en el seno de la familia y de la comunidad, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Prevalecerá el reconocimiento de la igualdad y la dignidad humana, sin discriminación alguna.¹¹

Pero, para lograr estos objetivos era necesario cambiar el objeto de ley¹² y en consecuencia el de la sanción. De ahí que actualmente el cumplimiento de esta se enfoque en el proceso pedagógico. Por lo que, para hablar de la finalidad del sistema y tratándose de menores infractores debemos entrar en dicho proceso, a través del cual, y mientras está en cumplimiento de la sanción, terminará su crecimiento y desarrollo armonioso al que hace mención el artículo primero del CIA¹³.

Para el cumplimiento de este proceso se acude a las entidades administrativas, entre las que se encuentra el ICBF, encargado y eje principal del sistema. Proceso en el que se tendrá en cuenta ciertos criterios o enfoques, que más adelante mencionaremos y los cuales empiezan a aplicarse desde el momento en que el menor infractor ingresa al SRPA.

3. CONEXIÓN ENTRE SANCION Y PROCESO PEDAGÓGICO

Para analizar la conexión existente entre la sanción y el proceso pedagógico es necesario diferenciar estos dos términos.

Se entiende como sanción la respuesta al incumplimiento de una norma por parte de los menores. A diferencia de la pena en el sistema de adultos¹⁴, ésta tiene una finalidad

¹¹ A fin de cumplir con los lineamientos de la Convención Internacional sobre los derechos del niño se hizo necesario la expedición de la ley 1098 de 2006, que, entre otras, protegiera a los menores infractores en su judicialización.

¹² A diferencia del CIA, el decreto 2737 en su artículo primero consideraba al menor como objeto de derechos y necesitado de protección.

¹³ Finalidad de la ley 1098 de 2006

¹⁴La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado, ley 599 de 2000, art. 4.

protectora, educativa y restaurativa, se aplicará con el apoyo de la familia y de especialistas¹⁵, es decir la declaratoria de la responsabilidad no cumplirá una función retributiva que genere un castigo.

Si bien una de las especialidades y diferencias que presenta la justicia de menores frente a los adultos es el tipo de respuesta que da al infractor, coincide en la prevención especial, reinserción social y protección. Esta respuesta especial pretende incidir a través de la intervención educativa, en las deficiencias psicosociales del adolescente.

El proceso pedagógico es el medio por el cual se logran las finalidades de la sanción, lo que significa que sin el primero no se cumple la segunda, por lo que la conexión de estos dos términos es inevitable. En consecuencia, la sanción es el proceso pedagógico y no la privación de a libertad o la conminación en un medio cerrado.

La conexión que existe entre la sanción y el proceso pedagógico es la prevista en el artículo 178, es decir, que se cumpla la finalidad de educar, de restaurar y proteger. Ese proceso pedagógico tiene como punto de partida la comisión del ilícito. A partir de ese escenario debe entrar la pedagogía reeducativa, los profesionales especialistas, educadores. Precisamente para adelantar todas las acciones a fin de que el adolescente no repita esos comportamientos ilícitos, (Restrepo, Juez penal para Adolescentes, 2019).

4. PROCESO PEDAGÓGICO EN EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES

La implementación del CIA hizo necesario crear un método a través de cual se lograría la finalidad de la ley 1098 del 2006, cuyo propósito primordial es la protección integral y no el castigo del menor infractor. Lo anterior hizo necesario unir instituciones especializadas, entre ellas el ICBF, encargada de restablecer los derechos de los menores infractores. Para lograr este restablecimiento nació lo que se conoce como proceso pedagógico.

¹⁵ Ley 1098, art.178

En el proceso pedagógico se da la aplicación y materialización de los enfoques, principios y conceptos que orientan el SRPA. Se lleva a cabo durante el trabajo cotidiano con los adolescentes y jóvenes, guiándolos en cada una de las fases del proceso de atención en la que son los actores principales. El adolescente, al iniciar el cumplimiento de la sanción, como sujeto de derechos, tendrá mediante la restauración de estos y la enseñanza recibida, capacidad de forjar un proyecto de vida y de rechazar o recibir mensajes que generan las personas que hacen parte de su núcleo afectivo, social e institucional. De esta manera evitará el ingreso al sistema de adultos.

A través de estos enfoques, el etario, de derechos y diferencial, se mira cómo debe ser abordado el proceso de atención de los menores durante el cumplimiento de la sanción.

4.1 Enfoque etario:

Agrupar a los menores por edad, para ser atendidos según sus diferencias y condiciones. Siendo de gran importancia por dos aspectos, el primero por el tipo de sanción al que se hace merecedor y segundo por el lugar donde cumplirá la sanción.

En cuanto al tipo de sanción, la edad es un factor objetivo para imponer la privación de la libertad, ya sea como consecuencia de la medida de internamiento preventivo impuesta a los infractores mayores de 16 años que cometan conductas delictivas, cuya pena mínima supere los seis años y a los mayores de 14 años que ingresan por conductas establecidas en el párrafo tercero del art. 187, o como sanción pedagógica, tal como lo establece el CIA: 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.¹⁶

Respecto al lugar donde cumplirá la sanción, si es menor de 18 años, estará institucionalizado con otros menores y separado de los adultos. Una vez llegue a la mayoría de edad estará en la misma institución y en bloque separado. La privación de la libertad de adolescentes, en los

¹⁶ Ley 1098, art. 187

casos que proceda se cumplirá en establecimientos de atención especializada en programas del Sistema Nacional de Bienestar familiar siempre separados de los adultos.¹⁷ En tanto no existan establecimientos especiales separados de los adultos para recluir a los adolescentes privados de la libertad, el funcionario judicial procederá a otorgarles la libertad provisional o la detención domiciliaria.¹⁸

4.2. Enfoque de derechos:

Con este se inicia la protección de los derechos humanos del menor, reconociéndolo como sujeto de derechos, participando durante la ejecución de la sanción en todas las decisiones que lo afectan, ayudando en el proceso de responsabilización de sus acciones, tomando conciencia de su actuar y fortaleciendo a la familia como principal encargado de su protección.

En el SRPA la acción sin daño por parte del Estado intenta disminuir las consecuencias negativas de una medida de internamiento preventivo y de la sanción cuando los menores son privados de la libertad. De ahí la importancia de una atención especializada que lleve a forjar en el ofensor un proyecto de vida dentro de la legalidad, preparándolos para que una vez en libertad minimicen los riesgos, eviten ser usados por grupos delincuenciales y reincidan en las conductas punibles. De esta manera, se da cumplimiento a las directrices de RIAD: << si los adolescentes se dedican a actividades lícitas, pueden adquirir conductas no criminales>> (Unidas, 1990).

Unos de los pilares del proceso pedagógico es el interés superior del niño, contenido en el artículo 3 de la CIDN¹⁹, en donde el ofensor tiene la protección integral de cuatro derechos fundamentales: el reconocimiento²⁰, garantías²¹, prevención y restablecimiento²².

¹⁷ Ley 1098 de 2006, artículo 187, párrafo 1

¹⁸ Ibid., art.187

¹⁹ En todas las decisiones se tendrá presente el interés superior del niño

²⁰ Convención sobre los Derechos del niño, artículo 2

²¹ Ibid., artículo 4

²² Ley 1098 de 2006, artículo 50 a 53

4.3. El enfoque diferencial:

Si bien, al momento de imponer la sanción se debe evidenciar la aplicación del principio de igualdad²³, cuando se adoptan medidas especiales a los menores que se encuentran en condiciones sociales, económicas o culturales especiales y que normalmente son discriminados por su condición sexual, edad o raza, y que afecten al infractor, se deben tener en cuenta el respeto por sus diferencias. De manera que no genere efectos negativos (acción sin daño) y que permitan su inclusión social a fin de favorecer su proyecto de vida.

5. 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.

Sin embargo, a pesar de que la aplicación de las normas constituye una garantía adicional para los adolescentes, las autoridades por desconocimiento o por temor de contrariar la norma constitucional las omiten, olvidando el principio de prevalencia del derecho en los menores.

5.1. Normas que integran el Bloque de Constitucionalidad

5.1.1 Convención Internacional de los Derechos del niño

Adoptada y ratificada por la Asamblea general mediante resolución 44/25 del 20 de noviembre de 1989, entró en vigor el 02 de noviembre de 1990. Nació 20 años después del del Pacto de San José, es decir 20 años en los que los adolescentes eran considerados como propiedad de los padres y sin derechos propios, y diez años después de la promulgación de Declaración de los derechos del niño y solo como resultado de negociaciones entre gobiernos, abogados, expertos en desarrollo del niño, dirigentes religiosos y grupos de apoyos, entre

²³ Constitución Nacional, artículo 13

otros. Demostrando con esta mora en la aprobación de la convención, que los derechos de los niños estaban relegados a un segundo plano.

La CIDN hace énfasis en el conjunto de derechos humanos que tienen los niños, disponiendo normas de obligatorio cumplimiento en promoción, garantía y restablecimiento de derechos, pues el menor es un individuo, miembro de una familia y una comunidad, con derechos y responsabilidades apropiados para su edad y su madurez.

En cuanto a la privación de la libertad, el artículo 37 hace énfasis en el conjunto de garantías de los menores infractores de la ley penal, utilizándose solo como último recurso y por el menor tiempo posible. La convención establece que 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 niño²⁴. Sin embargo, lo contradice posteriormente, cuando justifica la separación de los menores, si las entidades judiciales así lo determinan en virtud, precisamente a ese interés superior.

5.1.2. Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores: Reglas de Beijing

Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113, del 14 de diciembre de 1990, es un documento que contiene las mínimas condiciones para los menores que entran en conflicto con la ley, establece que el objetivo principal de la justicia juvenil es la promoción del bienestar del infractor y asegurar la proporcionalidad entre las circunstancias tanto de este como del delito cometido. Considera que menor es todo niño o joven que, con apego al sistema jurídico respectivo, no puede ser castigado por un delito de forma igual a un adulto²⁵.

Si bien las reglas son solo unas recomendaciones, por ser parte del bloque de constitucionalidad tienen fuerza vinculante al tomarse decisiones judiciales.

²⁴ Art.3 numeral primero

²⁵ Avizora la diferencia entre el sistema retributivo de adultos y restaurativo del CIA.

Entre las finalidades de las reglas, que además son las de la sanción²⁶, se tienen las siguientes.

- a) Proteger a los menores de edad que están privados de su libertad, cualquiera sea la forma de la privación.
- b) Proteger los derechos fundamentales de los menores de edad que están privados de su libertad.
- c) Protegerlos de todas las consecuencias malas que trae estar privado de la libertad.
- d) Que esos menores recuperen la libertad lo antes posible y sin haber sufrido daño.

5.1.3 Reglas de Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de Libertad – Reglas de Tokio (1990)

Aprobadas por la Asamblea General en resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990, tienen como finalidad fomentar la participación de la comunidad en el tratamiento del delincuente y establecen los principios básicos, el alcance de las medidas no privativas de la libertad y lo concerniente a las salvaguardias legales para los menores a quienes se les aplica medidas sustitutivas de la privación, para asegurar que las penas no privativas sean aplicadas con imparcialidad dentro de un sistema legal claro, que asegure la protección de los derechos del infractor.

Si bien, como se dijo anteriormente es poca la aplicación de los instrumentos que hacen parte del bloque de constitucional, es de reconocer que algunos de estos, son fundamentos en las normas del CIA, a saber:

- ✓ El trabajo de la justicia restaurativa dentro del proceso pedagógico involucra a la familia, ofensor y ofendido, con el fin de que el menor tome conciencia por la conducta realizada.²⁷.

²⁶ Restaurativa, protectora y educativa, buscan que el menor, una vez haya terminado el proceso tenga un comportamiento diferente y lejos de la ilegalidad.

²⁷ El objeto es fomentar la participación de la comunidad en el tratamiento del delincuente, así como fomentar entre los delincuentes el sentido de su responsabilidad hacia la sociedad, Regla 1.2.

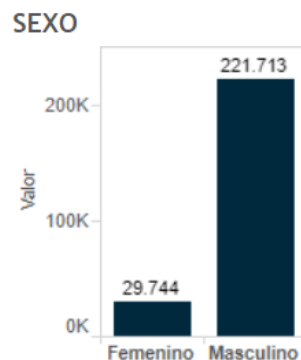
- ✓ La posibilidad de sustituir una sanción privativa de la libertad por otra menos invasiva²⁸.
- ✓ El juez podrá modificar, en función de las circunstancias individuales del adolescente y sus necesidades especiales, las medidas impuestas.

Aunque estas disposiciones aparecen muy claras y obligan al Estado colombiano al aplicar la justicia de menores, el legislador colombiano ha empezado a reglamentar en sentido contrario. Una de las leyes que más impacto ha tenido en relación con los derechos del menor infractor es la ley 1453 del 2011.

6. LEY 1453 DE 2011 COMO VIOLATORIA DE LAS NORMAS NACIONALES E INTERNACIONALES

El 24 de junio del 2011 entró en vigor la ley 1453, que pretendía disminuir la criminalidad mediante el aumento de penas y generar seguridad ciudadana, entre otros. En materia de responsabilidad penal para adolescentes, las modificaciones realizadas a la ley 1098 del 2006, se dieron por dos aspectos:

a) Por la presión mediática, la sociedad y por los inconformismos de representantes de víctimas, que veían no solo el aumento de las conductas delictivas si no la alta participación de menores en ellas. Tal y como lo demuestran las siguientes gráficas.



²⁸ Los estados miembros introducirán medidas no privativas de la libertad en sus respectivos ordenamientos jurídicos para proporcionar otras opciones. Regla 1.5

DELITO	
Hurto	36,32%
Tráfico, fabricación o porte ..	26,81%
Lesiones personales	8,51%
Fabricación, tráfico o porte ..	5,93%
Violencia Intrafamiliar	4,03%
Daño en bien ajeno	2,60%
Hoomicidio	2,18%
Acto Sexual con menor de 1..	1,96%
Violencia contra servidor pú..	1,92%
Acceso carnal abusivo con ..	1,43%
Extorsión	0,84%
Receptación (Cap. VI Del en..	0,75%
Fabricación, tráfico y porte ..	0,72%
Uso de documento falso	0,36%
Acceso carnal violento	0,35%
Violación de habitación ajena	0,33%
Falsedad personal	0,33%
Receptación (Cap. VI - Del a..	0,26%
Falsedad en Documento	0,25%
Utilización ilegal de uniform..	0,23%
Amenazas	0,21%
Concierto para delinquir	0,19%
Falsedad material en docum..	0,19%
Rebelión	0,17%
Asonada	0,16%
Acto sexual violento	0,15%
Aborto	0,12%
NO ESPECIFICA DELITO	0,11%
Injuria	0,10%
Violación a los derechos pat..	0,10%
Lesiones	0,10%
Tenencia, fabricación y tráfi..	0,09%
Acceso carnal o actos sexu..	0,08%
Abuso de confianza	0,08%
Ilícito aprovechamiento de l..	0,07%
Pornografía con personas ..	0,07%

Fuente: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar; Cálculos realizados por Dirección de Planeación del ICBF. Datos preliminares con corte a junio 30 del 2018.

b) Por la impunidad alcanzada, a raíz de las sanciones supuestamente irrisorias impuestas a los menores infractores. Sanciones que, según sus contradictores a través del proceso pedagógico, no lograban la finalidad esperada en la ley 1098 del 2006²⁹.

Una de las modificaciones que introdujo la ley 1453 del 2011 al CIA agravó la situación del infractor, al disminuir la edad para ser privado de la libertad, aumentar el número de delitos para los menores entre 14 y 16 años por los cuales pueden ser cobijados con medidas de internamiento preventivo y privación de la libertad y amplió la edad para el cumplimiento total de la sanción³⁰, contrario a lo establecido en el artículo 187 de la legislación anterior³¹.

En general, la modificación del artículo 187 es característica del sistema retributivo como el de adultos, va en contravía de los principios del CIA, del art. 140 ídem y del bloque de constitucionalidad.

²⁹ Las sanciones tienen una finalidad, protectora y restaurativa, art. 178 CIA.

³⁰ Si estando vigente la sanción de privación de libertad el adolescente cumpliera los dieciocho (18) años continuará cumpliéndola hasta su terminación, art. 187 ley 1453 de 2011.

³¹ Si estando vigente la sanción de privación de la libertad el adolescente cumpliera los dieciocho (18) años, esta podrá continuar hasta que este cumpla los veintiún (21) años, art. 187 ley 1098 de 2006.

Respecto al cumplimiento total de la sanción sin beneficios³², consagran las normas internacionales que la privación de la libertad se aplicará por el menor tiempo posible³³. Por lo tanto, si el proceso pedagógico es la base de la sanción y el cumplimiento de los objetivos de este no es ilimitado, es decir se pueden cumplir en dos años³⁴, entonces, una vez culminado la siguiente opción sería la modificación de la sanción por una menos lesiva, tal como lo establece el inciso final del artículo 178³⁵.

A manera de ejemplo, si el menor sancionado a cuatro años por una de las conductas indicadas en el artículo 187, modificado por la 1453 del 2011, durante la ejecución de la sanción cumple a cabalidad el proceso pedagógico en un término de dos años la opción siguiente sería la modificación de la sanción por otra menos lesiva. De lo contrario, continuar privado de la libertad sin tener un objetivo, dañaría el logro obtenido por el menor y significaría la violación del artículo 178 de la ley 1098. Estaríamos, entonces, frente a una doble función de las respuestas jurídicas, por un lado, la protección del menor infractor y, por otro, la aceptación de las consecuencias punitivas, propias del sistema de adultos, en los delitos contemplados en el art. 187.

Resulta inaplicable la fórmula contenida en ese párrafo del art.187, porque todas las sanciones impuestas a los adolescentes implican un proceso pedagógico y los procesos pedagógicos se cumplen a través de fases que también van implicando en las necesidades y circunstancias de cada adolescente. Y en la medida en que esas circunstancias van cambiando y variando, también el proceso tiene que cambiar. De la misma forma cambia la sanción, porque ellas implican un proceso pedagógico. La aplicación indefinida de un proceso pedagógico, manteniendo en confinamiento al adolescente, desconoce que la sanción tiene una finalidad pedagógica. Si el adolescente en desarrollo de su proceso pedagógico modifica su realidad y continúa privado de su libertad a pesar de haber superado las mínimas condiciones que lo

³² En estos casos. La privación de la libertad tendrá en centro de atención especializada tendrá una duración de dos a ocho años, con el cumplimiento total del tiempo de la sanción, sin lugar a beneficios para redimir penas.

³³ Convención Internacional de los derechos del niño. Art.37.

³⁴ Las etapas del proceso pedagógico se cumplen entre 12 y 24 meses.

³⁵ El juez podrá modificar, en función de las circunstancias individuales del adolescente y sus necesidades especiales las medidas impuestas.

condujeron, entonces estaríamos aplicando los términos de la justicia retribucionista (Medellin J. p., 2019).

Aceptar que no tendrá lugar a beneficios para redimir la pena es negar la aplicación del principio de prevalencia de los derechos, consagrado en el artículo 9 del CIA, que establece: en caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente. El no otorgar beneficios y subrogados es dar aplicación al artículo 68A de la ley 906 del 2004, como se ha reiterado, es adoptar normas de la justicia retributiva. Olvidando que <<La labor fundamental del Estado, sus instituciones y órganos, es lograr la consecución del principio del interés superior del niño y el reconocimiento de todas las garantías que se deriven del respeto a sus derechos constitucionales>> (Sanín, 2014).

No aplicar las normas más favorables al menor es incumplir las garantías que tienen como sujetos de derechos una vez lograda la finalidad del proceso pedagógico, que a su vez hace parte de las políticas públicas, es decir, es dejar sin sustento el principio integral del menor.

La redacción del último párrafo del artículo 187 contiene una fórmula de aplicación de la respuesta penal que tiene sentido solo respecto a un adulto que está inscrito en un sistema retribucionista y no en un modelo como el nuestro, basado en la protección integral. En el sistema de responsabilidad penal para adolescentes no se imponen penas y por consiguiente no se redimen penas. No existen beneficios en cuanto se refieren a las sanciones aplicables a los adolescentes. Los beneficios y la redención de las penas también son fenómenos que solo pueden ser predicables frente los adultos (Medellin J. p., 2019).

La modificación del art. 187 va en contravía del artículo 140 de la 1098, que establece: en caso de conflictos normativos entre las disposiciones de esta ley y otras leyes, así como para todo efecto hermenéutico, las autoridades judiciales deberán siempre privilegiar el interés superior del niño y orientarse por los principios de la protección integral, así como los pedagógicos, específicos y diferenciados que rigen este sistema. Con el aumento del término de la privación de la libertad se está transgrediendo los derechos del niño, que no debe acudir al derecho penal. El infractor se debe privilegiar porque no ha completado su formación psíquica o mental. Se ha demostrado que la

pena más severa no es la más formativa. En ningún país en el que se ha aumentado el término de las sanciones se ha erradicado el delito cometido por menores (Medellin J. S., 2019)

Las medidas que se tomen son de carácter pedagógico, específico y diferenciado, y su incumplimiento vulnera lo prescrito en el artículo 140 de la 1098³⁶.

Estas normas que se han venido aplicando en los últimos años, entran en conflicto con los derechos del niño y la protección integral que hace parte del proceso pedagógico. Lo anterior ha dado lugar a que en el sistema exista una contradicción que necesite de solución, a fin de decidir si prevalecen los derechos del niño restringiendo la aplicación de estas leyes o adecuarlas a las exigencias constitucionales, o por el contrario permitir que estas leyes desconfiguren el sistema de protección integral. Al respecto han surgido varias soluciones.

7. SOLUCIONES PROPUESTAS A ESTOS CONFLICTOS

Actualmente para resolver la situación jurídica de los menores infractores se están presentando dos tesis. La primera en la que prevalece la reforma de la ley 1453 del 2011, la segunda en la que debe imperar la protección integral de los derechos del niño.

A continuación, se analizará cada una de estas teorías, teniendo en cuenta los pronunciamientos de los diferentes entes judiciales.

7.1. Primera Tesis: La prevalencia de la norma posterior.

Quienes están a favor de esta, sostienen que el Estado no solo es garante de los derechos de los menores infractores, sino que debe garantizar los bienes de las personas que son víctimas de sus conductas. Consideran que, si bien con la ley 1098 el menor pasó a ser sujeto de

³⁶ En caso de conflictos normativos entre las disposiciones de esta ley y otras leyes, así como para todo efecto hermenéutico, las autoridades judiciales deberán privilegiar siempre el interés superior del niño y orientarse por los principios de la protección integral, así como los pedagógicos, específicos y diferenciados que rigen el sistema.

derechos, ello no significa que la sociedad y las víctimas no tengan garantías y deban asumir de manera pasible el comportamiento de los menores.

Creer que no solo es un sujeto con derechos y deberes, sino, además, capacitado para responder por los comportamientos que realiza a través de un sistema que no sea el sancionador, mediante el cual se restablecen derechos y no se ignore el de las víctimas. Esta crítica aumenta frente a la realización de conductas graves, llevando a que la sociedad exija y defienda la implementación de un sistema que endurezca el tratamiento recibido para combatir actuaciones peligrosas en contra de la sociedad.

Sostienen que el aumento de estas conductas hace necesario reformar el SRPA, dejando en un segundo plano el modelo pedagógico y especial que contempla el CIA y dando preferencia al castigo, propio del sistema retributivo. Sistema que se hace necesario implementar para evitar que generen miedo e inseguridad, pues se concibe al menor infractor como un sujeto peligroso al cual hay que tratar como enemigo.

7.2. Segunda tesis: La Prevalencia de los derechos del niño.

La ley 1453 del 2011, que reformó la ley 1098, ha sido de las más criticadas por los defensores de la restauración de derechos de los infractores, quienes ven la retribución propia del sistema acusatorio en dicha norma, esto por atentar contra la libertad y el interés superior del menor.

Los defensores de esta tesis sostienen que independiente de la gravedad de la conducta, la inmadurez temporal del menor al actuar, debe ser un factor primordial para proteger y recibir un trato diferenciado. Por lo tanto, no se le puede exigir un comportamiento socialmente aceptado cuando es marcada la diferencia mental con el adulto.

Reiteran el respeto por la característica especialmente pedagógica del CIA, que solo se puede implementar con los menores de edad durante la ejecución de la sanción con el acompañamiento de la familia, la sociedad y el equipo interdisciplinario, observando todos protocolos de respeto a la dignidad humana, las garantías fundamentales y de los derechos que tienen los adolescentes, establecidos en los tratados internacionales que forman parte del bloque de constitucionalidad. Indican que, si la familia es la base de la sociedad y la escuela

o medio que los rodea es el segundo hogar, con mayor razón se debe defender y mantener esta especialidad, a fin de que se superen las causas que llevan a la comisión de las conductas punibles y evitar simultáneamente la reiteración en estas.

La sanción no tiene un tinte punitivo sino eminentemente pedagógico, no aplica como en adultos, no prevalece la gravedad de la conducta, sino las circunstancias y necesidades del adolescente, que son las que se deben evaluar, a fin de determinar cuál es la sanción pedagógica que va a contrarrestar la problemática del adolescente en conflicto con la ley penal (adolescentes, 2019).

Por lo anterior, el derecho penal no puede reaccionar frente a estos comportamientos con dureza, porque mandaría dos mensajes a la sociedad: la importancia del endurecimiento es que el menor aprenda la lección y que el actual sistema de intervención es una mentira, al ser blando con los menores infractores.

La rigurosidad de las penas sería contraproducente por el efecto que podría tener sobre los menores. Como en aquellos casos en los que el infractor de 14 años es sancionado con la privación de su libertad por el término de ocho años, terminando esta con rabia y venganza. Lo que generaría la repetición de las conductas.

Quienes están a favor del actual sistema se oponen al endurecimiento del método pedagógico porque las reformas son pedidas por personas que han sido víctimas de los comportamientos de los menores, que llevados por su dolor y venganza consideran que la intervención del derecho penal es la única opción. Esta solicitud del endurecimiento de las sanciones es intensificada por los medios de comunicación, pues no se limitan a la información objetiva de lo que sucede, sino que incitan el fortalecimiento de una política criminal, basada en la incorporación de medidas que conviertan el SRPA más agresivo y represivo.

Además, dicen que quienes ostentan el poder político en la sociedad se aprovechan de todas las conductas graves para presentar proyectos de reformas a la ley, que endurezcan las actuales. Por lo que el tema de responsabilidad penal de menores termina siendo utilizado en campañas políticas o electorales para atraer votantes, pasando el menor a ser objeto del sistema penal.

No justifican las reformas penales, porque si bien es cierto el aumento de la participación de los menores en conductas delictivas es evidente, también lo es que estos se reducen a delitos como hurtos, violencia intrafamiliar y lesiones personales, entre otros. Además, porque la delincuencia en menores es un hecho usual y frecuente que se da en las etapas de desarrollo humano.

El menor de edad es, por su misma situación evolutiva, imprudente, descuidado, negligente y tiene a menudo dolo o mala intención, pero no es capaz de comprender la significación completa y trascendente, moral y social de sus actos, que no son tomados en cuenta porque todo ello es normal en su estado evolutivo. (Quiroga, 1986).

Anotan los especialistas del sistema que la comisión de las conductas hace parte de una crisis pasajera hacia la madurez plena, que desaparece por sí misma al llegar a la adultez, sin necesidad de acudir al derecho penal y mucho menos con las penas previstas en el sistema de adultos, por lo que pueden considerarse como delitos de bagatela, que puede ser tratados a través de ayudas administrativas. Recalcan que las primeras etapas de la vida se caracterizan por unas transformaciones extremas, relacionadas con los conflictos que vive el menor dentro de su núcleo familiar y social, que los lleva a actuar de manera impulsiva, motivados por la curiosidad, rebeldía y la experimentación de cosas nuevas.

Si bien, no justifican la intervención del derecho penal en el sistema de manera agresiva, más aun cuando existen otras alternativas para rehabilitar al menor infractor, aceptan que estos programas que hacen parte de las políticas públicas y que fueron creados para lograr la protección integral del menor, necesitan unos cambios contundentes, no solo creando nuevas instituciones especializadas en el tratamiento de menores en conflicto con la ley, sino que se hace necesario la implementación de especialistas en infancia y adolescencia, para que al finalizar el proceso pedagógico o la intervención del menor, se logren los objetivos de la ley 1098, de manera que termine preparado para afrontar la vida, con las oportunidades necesarias, en aras de evitar la continuidad dentro de la vida delictiva.

Las anteriores posiciones a favor se han visto reflejadas en los pronunciamientos de los superiores jerárquicos.

8. PRONUNCIAMIENTOS

8.1. C. S. J.

Respecto al cumplimiento del requisito objetivo previsto en el artículo 187 de la ley 1098 de 2006, modificado por el artículo 90 de la ley 1453 de 2011, en el sentido de privar de la libertad a los menores entre catorce y dieciocho años que cometan las conductas establecidas en este numeral, la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en el sentido de exigir el cumplimiento de las normas internacionales y la aplicación del sistema pedagógico.

Entre las sentencias a favor del menor infractor, con más relevancia se tienen:

SP 2159-2018 del 13 de junio 2018. La Sala resuelve el recurso de casación interpuesto por el Procurador Judicial contra la sentencia del 09 de marzo 2017, proferida por el Tribunal superior de Bogotá, que modificó la sanción impuesta por el juzgado séptimo penal para adolescentes consistente en privación de la libertad por el término de 48 meses a reglas de conducta, por hechos ocurridos en febrero del 2013, en el que el ofensor accedió de manera violenta. en varias ocasiones a una menor de 13 años, quedando embarazada y dando a luz el 26 de noviembre de 2012.

Considera la Corte que debe darse una nueva interpretación de las normas nacionales, en concordancia con las obligaciones internacionales contraídas por Colombia, por lo que se hace necesario recoger la anterior jurisprudencia, en la que prevalecían los derechos de las víctimas y se impartía represión a los infractores como castigo por la conducta realizada. Represión que se ejercía a través de la privación de la libertad por el mayor tiempo posible.

A pesar de la fidelidad de la Corte Suprema de Justicia hacia el principio de legalidad, en este pronunciamiento, como en los siguientes, hace alusión al proyecto de ley 164 de 2010, que dio lugar a la ley 1453 de 2011, a los artículos 6 y 140 inciso 2 del CIA, al artículo 37 literal B y a la ley 12 de 1991, terminando con las reglas 17 y 18 de Beijíng.

En cuanto al artículo 6 de CIA, señala:

<< 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>>.

El artículo 140 inciso 2 menciona:

<<En caso de conflicto entre las disposiciones de esta ley y otras leyes, así como para todo efecto hermenéutico, las autoridades judiciales deberán siempre privilegiar el interés superior del niño y orientarse por los principios de protección integral, así como por los pedagógicos, específicos y diferenciados que rigen el sistema>>

Recalca igualmente, el contenido del artículo 141 del CIA, que establece que en el SRPA se aplicarán los principios y definiciones consagrados en la constitución, en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

El literal b) del artículo 37 de la ley 12 de 1991, aprobatoria de la CIDN, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, establece que: <<Ningún niño será 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 solo como medida de último recurso y durante el periodo más breve que proceda>>.

Continúa la Corte con la regla 17 y 18 de Beijing, la primera establece que la respuesta que se dé al delito será siempre proporcionada, no solo a las circunstancias y a 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 solo tras cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo posible. Por su parte la regla 18 da la posibilidad de la sustitución de la privación de la libertad por amonestación, reglas de conducta, trabajo a la comunidad y régimen semicerrado.

Para terminar, dice la Corte:

Uno de los objetivos primordiales de la ley 1453 de 2011 consiste en dar 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”.*

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 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”*.

SP 3119-2018 del primero de agosto del 2018, en la que resolvió el recurso de casación interpuesto por el Procurador 7 Judicial de Familia, contra la sentencia del 05 de mayo de 2017 de la Sala Mixta de Asuntos para Adolescentes del Tribunal Superior de Bogotá, mediante la cual modificó la sanción impuesta al joven J.T.S.H, en el fallo condenatorio de primera instancia, proferido el 15 de febrero por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, que impuso la sanción consistente en 24 meses de privación de la libertad. Los hechos ocurrieron en el mes de julio de 2016, mes en el que el adolescente sancionado obligó a su prima de 12 años, a sostener relaciones sexuales, situación que ocurrió en tres oportunidades desde que tenía siete años.

La fiscalía imputó cargos por el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años en circunstancias de agravación punitiva, cargo que fue aceptado por el infractor, imponiéndose sanción consistente en privación de la libertad en centro de atención especializada por el término de 24 meses, decisión apelada por el defensor y modificada por el Tribunal de Bogotá, quien fijó reglas de conductas por el mismo término.

Si bien la Corte no casó la sentencia, llama la atención que en sus consideraciones hace una nueva interpretación, variando de esta manera los precedentes judiciales contenidos en las sentencias con radicado 48513 del 15 de febrero de 2016, radicado 46614 del 9 de marzo de 2016 y radicado 35431 del 22 de mayo de 2013.

Para hacer esta interpretación la Corte hizo nuevamente alusión al proyecto de ley 164 de 2010 del Senado y que dio lugar a la ley 1453 de 2011, que en su tenor decía:

En Colombia se consagra un régimen penal de semiimputabilidad para los menores entre 14 y los 18 años que no ha sido efectivo, pues sufre de defectos estructurales

que favorecen la impunidad y no consagran mecanismos específicos que le permitan al menor infractor tener una reintegración adecuada, lo cual implica además que el menor no tiene la oportunidad de educarse a través del sistema, sino que simplemente se le priva de la libertad y luego sale a la sociedad con un grado aun menor de reintegración y en muchos casos con mayor conocimiento de la delincuencia gracias al contacto con otros infractores, tal como lo señala la teoría de la asociación diferencial.

El objetivo de esta medida no es de ningún modo restringir los derechos de los menores, sino por el contrario, mejorar el procedimiento de determinación de las consecuencias jurídicas, evitar la impunidad y dotar a los menores de la oportunidad de reintegrarse a la sociedad.

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 la libertad y, por el contrario, adquiere mayor conocimiento de la delincuencia gracias al contacto con otros infractores.

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 solo 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”.

Concluye la sala, que las 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 al 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 la 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.

8.2. T.S.M.

En relación con las decisiones a nivel regional, desde el 2010 se ha dado unificación de criterio en favor de los adolescentes que reúnan los requisitos objetivos del artículo 187 de la ley 1098 del 2006.

Las siguientes son algunas de ellas:

Sentencia 2012-00123, del 15 de febrero del 2013, del T.S.M

En esta, la sala sostuvo de manera reiterada que, no obstante que las partes y el juez no plantearon que el delito imponía fijar una sanción de privación de la libertad en los términos del citado artículo, lo cierto es que, si las finalidades del artículo 178 se pueden cumplir mediante la aplicación de una no privativa de la libertad, ningún problema existe para que el juez la pueda aplicar directamente en el momento de la sentencia.

En ese sentido se recuerda la línea de pensamiento fijada por esta misma Sala, con ponencia de quien cumple igual cometido, en sentencia calendada el 11 de enero de 2011 y recaída dentro del radicado 01941-2009, oportunidad en la cual se analizó el caso de una joven acusada de la comisión del delito de extorsión agravada en modalidad de tentativa, injusto en el cual el juzgado de primera instancia le había impuesto como sanción pedagógica la privación de la libertad para, acto seguido, sustituirla por libertad vigilada. El Tribunal consideró que, si el funcionario judicial era del parecer que ningún referente pedagógico cumplía al momento de dictar sentencia la privación de la libertad de la adolescente, no debió imponer esa sanción y terminar inaplicando el original inciso 3 del artículo 187 de la ley 1098, que sólo procede en aquellos casos en que la sanción se encuentra ejecutando, pero en virtud del principio progresivo de las sanciones resulta necesaria su sustitución. Advirtió el Tribunal en esa oportunidad que lo indicado era que directamente, sin acudir al giro que hizo el juez de primer grado, impusiera la libertad vigilada, que en el caso de la adolescente resultaba suficiente como medida pedagógica dadas sus circunstancias individuales y necesidades especiales, como reza el artículo 178.

Sentencia 001-2014 del 01-02-15 del TS de San Gil.

En esta se resolvió el recurso de apelación interpuesto por el representante de víctima contra la sentencia del 27 de diciembre del 2013, emitida por Juzgado Segundo Promiscuo de familia de San Gil, que impuso sanción consistente en privación de la libertad por el término de 2 años, sustituyéndola por amonestación, reglas de conducta y libertad vigilada por el mismo término, por el delito de *acceso carnal abusivo con menor de 14 años en concurso con actos sexuales con menor de 14 años*.

El argumento del recurrente se basó en el término de la sanción impuesta y en la violación del numeral 8 del artículo 199 de la ley 1098, al otorgar el beneficio de la sustitución al menor infractor. La Sala en este caso inaplicó la norma, con fundamento en la excepción de inconstitucionalidad consagrada en el artículo 4 de la Constitución Nacional, teniendo en cuenta las circunstancias de los hechos y las condiciones personales, sociales y familiares del menor, confirmando la decisión de primera instancia.

Tal decisión la tomó teniendo en cuenta:

<< a) la aplicación del artículo 199 del CIA en los eventos en que el victimario sea menor de edad; b) los Derechos y garantías fundamentales de los menores infractores a la luz de la Constitución Nacional y el Bloque de Constitucionalidad; c) el tratamiento otorgado por el derecho comparado a los delitos sexuales en que tanto la víctima como agresor son menores de edad; d) la excepción de inconstitucionalidad y d) el caso concreto.>>

Si bien la Sala le da la razón al recurrente, en cuanto a la prohibición del artículo 199 del CIA, deja claro que en virtud de la protección constitucional y especial contenida en el artículo 44 y los tratados internacionales aprobados por el Estado Colombiano, según lo dispuesto en el artículo 93 de la Constitución Nacional, a los menores debe dárseles un trato diferenciado respecto al de los adultos.

<<En el SRPA la sanción no tiene los mismos objetivos predominantemente punitivos y retributivos de los mayores de 18 años, sino que su finalidad es protectora, educativa y restaurativa; por lo que la privación de la libertad de los menores infractores de la ley penal es aún más excepcional que en el caso de los adultos, siendo procedente

únicamente en aquellos eventos de una gravedad superlativa en los que se hubiese utilizado la violencia para su consumación; además cuando resulte necesaria su imposición esta deberá durar el menor tiempo posible y podrá ser sustituida o suspendida, cuando las circunstancias lo ameriten, por otras menos restrictivas de los derechos fundamentales de los procesados>>

La sala frente al Principio de Responsabilidad Penal Especial señala que exige una consideración concreta de la edad del adolescente al enjuiciar sus delitos, y que, en el campo de la determinación y valoración del injusto penal y la culpabilidad del adolescente por tal injusto, se traduce en la exigencia de que dicha valoración tenga en cuenta las peculiaridades de la situación del joven en cada caso concreto.

9. CONCLUSIONES

La importancia de proteger a los menores que han cometido conductas punibles y en aras de evitar que una vez lleguen a la adultez reincidan en ellas, hace necesarias unas consideraciones especiales contenidas en la normatividad interna y soportadas por el bloque de constitucionalidad. Estas consideraciones deben imperar, teniendo en cuenta la condición especial de los infractores, por su inmadurez mental.

Por esto, el juez al momento de imponer la sanción como respuesta a la violación del ordenamiento jurídico, está obligado a prestar toda la ayuda necesaria para que el menor cumpla y lleve a cabo el proceso pedagógico del SRPA. Proceso que se logra con el respeto de las garantías y derechos.

Como sujeto de derechos debe imponérseles sanciones, identificando las normas aplicables en beneficio de este, independiente de la gravedad de la conducta y las necesidades de la sociedad. Equilibrando, de esta manera, la justicia hacia las víctimas frente al restablecimiento de los derechos del infractor.

Lo anterior lleva a que en la mayoría de los casos el menor sea considerado como víctima, que necesita ser ayudado por todas las instituciones que hacen parte del SRPA, que necesita

protección especial y que su interés superior prevalezca cuando se tomen decisiones en contra que puedan afectar sus derechos. Es decir que estas decisiones no representen violación a sus garantías especiales contenidas en el bloque de constitucionalidad, tal y como lo advirtió la sala en SP 2159-2018 del 13 de junio de 2018;

<<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 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>>

Por ello los instrumentos internacionales incluidos en la CIDN, deben interpretarse, aunque solo sean recomendaciones.

Entre las normas o instrumentos que se hace necesario aplicar están las siguientes:

La regla 17.1 de Beijín: establece que sólo se impondrá la privación de la libertad personal en caso de que el menor sea condenado por un acto grave y que incurra en violencia contra otra persona. Esta es apenas una pauta general en la aplicación de la ley, que no obliga para todos los casos y se debe imponer cuando no haya otra respuesta más adecuada.

No podrá hablarse en este caso, de violación indirecta de la ley por aplicación indebida del inciso 1 párrafo del artículo 187 de la ley de infancia y adolescencia, y no viola el principio de legalidad.

Artículo 44 de la Constitución Nacional: dispone que en el SRPA se han de cumplir en forma estricta las pautas constitucionales e internacionales mínimas allí consagradas y que los

derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás. Es decir, los niños son titulares de la totalidad de los derechos consagrados en las normas internacionales y su cumplimiento es obligatorio al interpretarse la norma, de ninguna manera pensar que el menor es un representante del peligro para la sociedad y que esto sea justificante para imponerle una sanción o un castigo para combatir la criminalidad.

En resumen, ante la disyuntiva de si las reformas introducidas por ley 1453 del 2011 que han modificado el SRPA han de aplicarse, o por el contrario son los principios de prevalencia, de la protección integral o del interés superior del niño los que deben imponerse, considero que por razones constitucionales esta última es la solución correcta. De ahí que se debe tener en cuenta lo siguiente:

a) Principio de Flexibilidad: La prevención especial del SRPA y la finalidad protectora, educativa y restaurativa hace posible la aplicación de este principio que tiene prelación frente al Principio de Legalidad. A diferencia de lo que ocurre en adultos, las conductas delictivas no tienen una relación unívoca y directa con la sanción, por lo que deja al operador jurídico la discrecionalidad para seleccionar entre las gamas de medidas aplicables a los adolescentes, entre las que está concebida la privación de la libertad como último recurso (33510, 2010).

b) No a la peligrosidad: No puede el Estado excusarse en la gravedad de la conducta punible para restringir los derechos de los menores, reprimiéndolos con prácticas judiciales que trasgreden la CIDN. Aceptar este discurso es olvidar que el SRPA no es retributivo y que el menor tiene como principal derecho la protección integral, por encontrarse en una situación física y mental inferior a la de los adultos.

c) Sí a la protección de sus derechos: Entender que la privación de la libertad como último recurso y por el menor tiempo posible como criterio de la CIDN, debe tener mayor aplicación en el SRPA. El objetivo de la ley 1098 del 2011 no es restringir los derechos del menor, por el contrario, es mejorar el procedimiento de las consecuencias jurídicas, evitar la impunidad y dotar a los menores de la oportunidad de reintegrarse a la sociedad.

d) Inaplicación de la norma por inconstitucional: Al inaplicar el artículo 187 de la ley 1098 no se transgrede el principio de legalidad de la sanción, como tampoco el artículo 29 de la

constitución nacional, por primar el interés superior del niño y por ir en contra de la finalidad del SRPA. Mas aún, cuando el artículo 140 del CIA señala:

En caso de conflicto entre dos disposiciones de esta ley y otras leyes, así como para todo efecto hermenéutico, las autoridades judiciales deberán siempre privilegiar el interés superior del niño y orientarse por los principios de protección integral, así como por los pedagógicos, específicos y diferenciados que rigen este sistema.

Del mismo modo el artículo 141 establece que en el SRPA se aplicarán los principios y definiciones consagrados en la constitución en su artículo 44 inciso 1 y en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Tal como se decidió en Sentencia del 01-02-15 del TS de San Gil, radicado 001-2014.

d) En el SRPA la privación de la libertad no es sinónimo de justicia, así, como la omisión de aquella no lo es de impunidad, porque la sanción es el proceso pedagógico y no la contención física. No se puede aislar al menor de la comunidad de la que hace parte, ni usar como amenaza el castigo aplicado al adolescente declarado penalmente responsable, para evitar que los demás menores incurran en la comisión de conductas o que reincidan en ellas.

Bibliografía

- C.S.J. SP 33510-2010 (07 de julio de 2010). M.P. Julio Enrique Socha Salamanca
- C.S.J. SP 2159-2018 (13 de junio de 2018). M.P. Luis Antonio Hernandez Barbosa
- C.S.J. SP 3119-2018 (01 de agosto de 2018). M.P. Luis Antonio Hernandez Barbosa
- Díaz Cortés, L. M. (2009). *Derecho penal de menores*. Bogotá: Editorial Temis S.A.
- Juez primero penal para adolescentes de Medellín (2019). Jorge Restrepo, entrevistado. (06 de junio). Claudia Delgado, entrevistador
- Juez segundo penal para adolescentes de Medellín (2019). Humberto Arcila, entrevistado. (27 de mayo). Claudia Delgado, entrevistador
- Liona, D. C. (2009). *Derecho Penal de Menores*. Bogotá: Temis S.A.
- Quiroga, S. (1986). *Justicia de menores*. Mexico: Porrúa.
- Sanín, K. (2014). *El sistema de Responsabilidad de menores*. Bogotá: Ibáñez.
- T.S.S.G. SP 001-2014 (01-02-15). M.P. Luis Elver Sánchez Sierra
- T.S.M. SP 00123-2012 (15 de diciembre de 2013). M.P. Santiago Apráz Villota
- Asamblea de las Naciones Unidas. (1990). Directrices de RIAD. En *Directrices para la prevención de la delincuencia juvenil*.