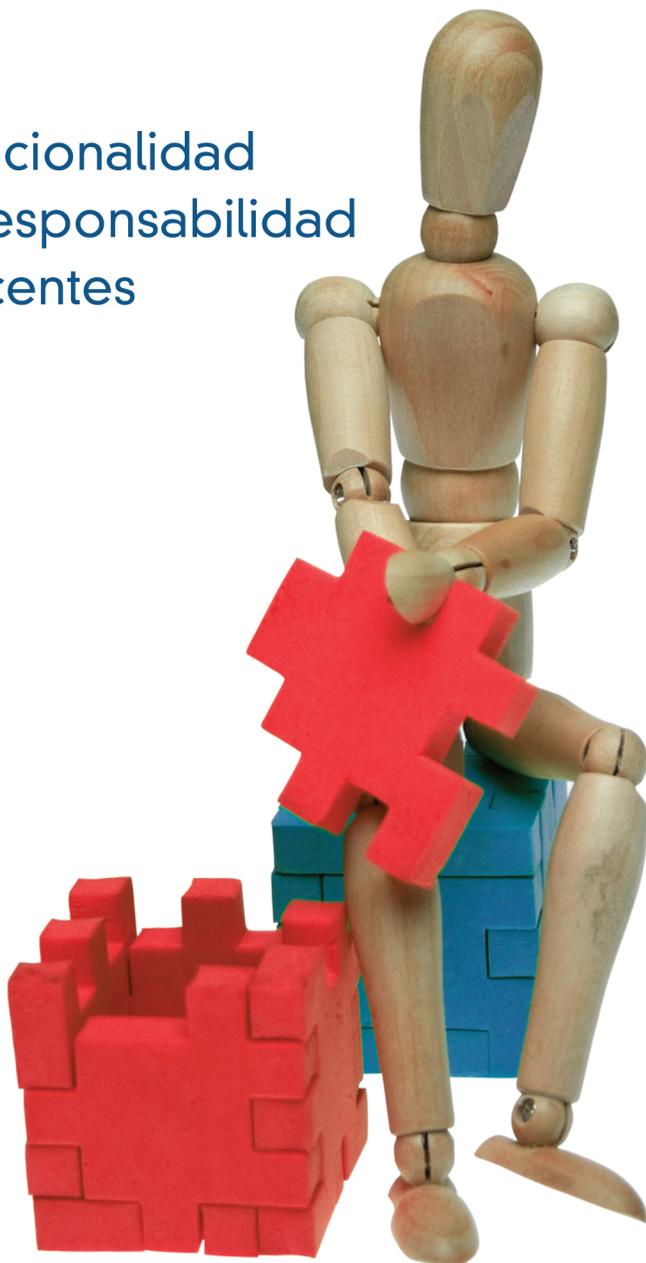




Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Sala Administrativa

Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"

Bloque de Constitucionalidad en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes



República de Colombia

PLAN DE FORMACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL

PROGRAMA DE FORMACIÓN
ESPECIALIZADA ÁREA PENAL

Bloque de Constitucionalidad
en el Sistema de Responsabilidad
Penal para Adolescentes

PLAN NACIONAL DE FORMACIÓN
DE LA RAMA JUDICIAL

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA ADMINISTRATIVA

HERNANDO TORRES CORREDOR
Presidente

JOSÉ ALFREDO ESCOBAR ARAÚJO
Vicepresidente

JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES
FRANCISCO ESCOBAR HENRÍQUEZ
JESAEI ANTONIO GIRALDO CASTAÑO
RICARDO MONROY CHURCH
Magistrados

ESCUELA JUDICIAL
“RODRIGO LARA BONILLA”

GLADYS VIRGINIA GUEVARA PUENTES
Directora



Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla"

La Unión Europea y el Gobierno Colombiano, suscribieron el Convenio ALA/2004/016-83, proyecto "Fortalecimiento del Sector Justicia para la Reducción de la Impunidad en Colombia", con el fin de lograr conjuntamente, la creación de políticas de reducción de la impunidad y la consolidación del Estado de Derecho, desde la perspectiva de justicia y género.

En desarrollo del mencionado convenio con recursos de la Unión Europea y de la Rama Judicial - Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, a través de la Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla", se actualizó el Programa de Formación Judicial Especializada para las y los Magistrados, Jueces y Empleados de las corporaciones y despachos judiciales con competencia en el Sistema Acusatorio Penal, con la participación de la Universidad Militar Nueva Granada en su condición de adjudicataria de la licitación realizada por el Equipo de Gestión del proyecto, adscrito al Ministerio del Interior y de Justicia.

La presente publicación ha sido elaborada con la asistencia de la Unión Europea. El contenido de la misma es responsabilidad exclusiva del autor y del Consejo Superior de la Judicatura – Sala Administrativa, Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla" y en ningún caso debe considerarse que refleja los puntos de vista de la Unión Europea.



UNIÓN EUROPEA



UNIVERSIDAD MILITAR
NUEVA GRANADA



MINISTERIO
DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA

JUAN CARLOS ARIAS LÓPEZ

PLAN DE FORMACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL

PROGRAMA DE FORMACIÓN
ESPECIALIZADA ÁREA PENAL

Bloque de Constitucionalidad
en el Sistema de Responsabilidad
Penal para Adolescentes

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

JUAN CARLOS ARIAS LÓPEZ, 2010
CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, 2010

Derechos exclusivos de publicación y distribución de la obra

Calle 11 No 9ª -24 piso 4

www.ramajudicial.gov.co

ISBN:

Primera edición: 30 de septiembre de 2010

Con un tiraje de 3000 ejemplares

Composición: Universidad Militar Nueva Granada. Contrato 063 de 2007

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

PLAN DE FORMACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL

PROGRAMA DE FORMACIÓN ESPECIALIZADA DEL ÁREA PENAL

PRESENTACIÓN

El Curso de Profundización sobre el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes forma parte del Programa de Formación Especializada del Área Penal construido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, a través de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, de conformidad con su modelo educativo y enfoque curricular integrado e integrador y constituye el resultado del esfuerzo articulado entre Magistradas, Magistrados y Jueces, Juezas de la Rama Judicial, la Red de Formadores y Formadoras Judiciales, los Comités Académicos y los Grupos Seccionales de Apoyo de la Escuela bajo la coordinación del Magistrado Hernando Torres Corredor, con la autoría de **Juan Carlos Arias López**, quien con su conocimiento y experiencia y el apoyo permanente de la Escuela Judicial, se propuso responder a las necesidades de formación desde la perspectiva de una Administración de Justicia cada vez más justa y oportuna para las y los colombianos.

El módulo **Bloque de Constitucionalidad en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes** que se presenta a continuación, responde a la modalidad de aprendizaje autodirigido orientado a la aplicación en la práctica judicial, con absoluto respeto por la independencia del Juez y la Jueza, cuya construcción responde a los resultados obtenidos en los talleres de diagnóstico de necesidades que se realizaron a nivel nacional con funcionarios y funcionarias judiciales y al monitoreo de la práctica judicial con la finalidad de detectar los principales núcleos problemáticos, frente a los que se definieron los ejes temáticos de la propuesta educativa a cuyo alrededor se integraron los objetivos, temas y subtemas de los distintos microcurrículos.

De la misma manera, los conversatorios organizados por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura a través de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, sirvieron para determinar los problemas jurídicos más relevantes y ahondar en su tratamiento en los módulos.

El texto entregado por los autores fue validado con los Magistrados, Magistradas, Jueces y Juezas de los Comités Académicos quienes hicieron observaciones para su mejoramiento las cuales enriquecieron este trabajo.

Se mantiene la concepción de la Escuela Judicial en el sentido de que todos los módulos, como expresión de la construcción colectiva, democrática y solidaria de conocimiento en la Rama Judicial, están sujetos a un permanente proceso de retroalimentación y actualización, especialmente ante el control que ejercen las Cortes.

Enfoque pedagógico de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”

La Escuela Judicial como Centro de Formación Judicial Inicial y Continua de la Rama Judicial presenta un modelo pedagógico que se caracteriza por ser participativo, integral, sistémico y constructivista; se fundamenta en el respeto a la dignidad del ser humano y sus Derechos Fundamentales, eliminando toda forma de discriminación, a la independencia del Juez y la Jueza, el pluralismo y la multiculturalidad, y se orienta hacia el mejoramiento del servicio de los usuarios y usuarias de la administración de Justicia.

El modelo pedagógico, es *participativo*, en cuanto que más de mil Magistrados, Magistradas, Jueces, Juezas, Empleadas y Empleados judiciales participan como formadores y formadoras, generando una amplia dinámica de reflexión sobre la calidad y pertinencia de los planes educativos, módulos de aprendizaje autodirigido y los materiales educativos utilizados en los procesos de formación que se promueven. Igualmente, se manifiesta en los procesos de evaluación y seguimiento de las actividades de formación que se adelantan, tanto en los procesos de ingreso, como de cualificación de los servidores y las servidoras públicos.

Es *integral* en la medida en que los temas que se tratan en los módulos resultan recíprocamente articulados y dotados de potencialidad sinérgica y promueven las complementariedades y los refuerzos de todos los participantes y las participantes.

Es *sistémico* porque invita a comprender cualquier proceso desde una visión integradora y holista, que reconoce el ejercicio judicial como un agregado de procesos, que actúa de manera interdependiente, y que, a su vez, resulta afectado por el entorno en que tienen lugar las actuaciones judiciales.

El modelo se *basa en el respeto a la dignidad humana*. El sistema de justicia representa uno de los pilares del sistema social de cualquier comunidad, significa la capacidad que la sociedad tiene para dirimir los conflictos que surgen entre sus integrantes y entre algunos de sus miembros y la sociedad en general. De ahí que el modelo educativo fundamenta sus estrategias en el principio del respeto a la dignidad humana y a los *derechos fundamentales* individuales y colectivos de las personas.

El modelo *se orienta al mejoramiento del servicio* pues las acciones que se adelanten para el mejoramiento de las condiciones de trabajo y bienestar de las personas que hacen parte de la Rama Judicial, se hacen teniendo en la mira un mejoramiento sostenido del servicio que se le presta a la comunidad.

Lo anterior, en el marco de las políticas de calidad y eficiencia establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura en el Plan Sectorial de Desarrollo, con la convicción de que todo proceso de modernización judicial ya sea originado en la implantación de nuevos esquemas jurídicos o de gestión, o de ambos, implica una transformación cultural y el fortalecimiento de los fundamentos conceptuales, las habilidades y las competencias de los y las administradoras de justicia, quienes requieren ser apoyados a través de los procesos de formación.

En este sentido, se desarrollan procesos formativos sistemáticos y de largo aliento orientados a la cualificación de los servidores y servidoras del sector, dentro de criterios de profesionalismo y formación integral, que redundan, en últimas, en un mejoramiento de la atención de los ciudadanos y ciudadanas, cuando se ven precisados a acudir a las instancias

judiciales para ejercer o demandar sus derechos o para dirimir conflictos de carácter individual o colectivo.

Aprendizaje activo

Este modelo educativo implica un *aprendizaje activo* diseñado y aplicado desde la práctica judicial para mejorar la organización; es decir, a partir de la observación directa del problema, de la propia realidad, de los hechos que impiden el avance de la organización y la distancian de su misión y de sus usuarios y usuarias; invita a compartir y generalizar las experiencias y aprendizajes obtenidos, sin excepción, por todas las y los administradores de justicia, a partir de una dinámica de reflexión, investigación, evaluación, propuesta de acciones de cambio y ejecución oportuna, e integración de sus conocimientos y experiencia para organizar equipos de estudio, compartir con sus colegas, debatir constructivamente los hallazgos y aplicar lo aprendido dentro de su propio contexto.

Crea escenarios propicios para la multiplicación de las dinámicas formativas, para responder a los retos del Estado y en particular de la Rama Judicial, para focalizar los esfuerzos en su actividad central; desarrollar y mantener un ambiente de trabajo dinámico y favorable para la actuación de todos los servidores y servidoras; aprovechar y desarrollar en forma efectiva sus cualidades y capacidades; lograr estándares de rendimiento que permiten calificar la prestación pronta y oportuna del servicio en ámbitos locales e internacionales complejos y cambiantes; crear relaciones estratégicas comprometidas con los “usuarios y usuarias” clave del servicio público; usar efectivamente la tecnología; desarrollar buenas comunicaciones, y aprender e interiorizar conceptos organizativos para promover el cambio. Así, los Jueces, Juezas y demás servidores y servidoras no son simples transmisores del aprendizaje, sino gestores y gestoras de una realidad que les es propia, y en la cual construyen complejas interacciones con los usuarios y usuarias de esas unidades organizacionales.

Aprendizaje social

En el contexto andragógico de esta formación, se dota de significado el mismo decurso del aprendizaje centrándose en procesos de *aprendizaje social* como eje de una estrategia orientada hacia la construcción de condiciones que permitan la transformación de las organizaciones. Es este proceso el que lleva al desarrollo de lo que en la reciente literatura sobre el conocimiento y desarrollo se denomina como la promoción de *sociedades del aprendizaje "learning societies"*, *organizaciones que aprenden "learning organizations"*, y *redes de aprendizaje "learning networks"*¹. Esto conduce a una concepción dinámica de la relación entre lo que se quiere conocer, el sujeto que conoce y el entorno en el cual él actúa. Es así que el conocimiento hace posible que los miembros de una sociedad construyan su futuro, y por lo tanto incidan en el devenir histórico de la misma, independientemente del sector en que se ubiquen.

Los procesos de aprendizaje evolucionan hacia los cuatro niveles definidos en el esquema mencionado: (a) nivel individual, (b) nivel organizacional, (c) nivel sectorial o nivel de las instituciones sociales, y (d) nivel de la sociedad. Los procesos de apropiación de conocimientos y saberes son de complejidad creciente al pasar del uno al otro.

En síntesis, se trata de una formación que a partir del desarrollo de la creatividad y el espíritu innovador de cada uno de los y las participantes, busca convertir esa información y conocimiento personal, en conocimiento corporativo útil que incremente la efectividad y la capacidad de desarrollo y cambio de la organizacional en la Rama Judicial, trasciende al nivel sectorial y de las instituciones sociales contribuyendo al proceso de creación de "lo público" a través de la apropiación social del mismo, para, finalmente, en un cuarto nivel, propiciar procesos de aprendizaje social que pueden involucrar cambios en los valores y las actitudes que caracterizan la sociedad, o conllevar acciones orientadas a desarrollar una capacidad para controlar conflictos y para lograr mayores niveles de convivencia.

1 *Teaching and Learning: Towards the Learning Society; Bruselas, Comisión Europea, 1997.*

Currículo integrado-integrador

En la búsqueda de nuevas alternativas para el diseño de los currículos se requiere partir de la construcción de *núcleos problemáticos*, producto de la investigación y evaluación permanentes. Estos núcleos temáticos y/o problemáticos no son la unión de asignaturas, sino el resultado de la integración de diferentes disciplinas académicas y no académicas (cotidianidad, escenarios de socialización, hogar) que alrededor de problemas detectados, garantizan y aportan a la solución de los mismos. Antes que contenidos, la estrategia de integración curricular, exige una mirada crítica de la realidad.

La implementación de un currículo integrado-integrador implica que la “enseñanza dialogante” se base en la convicción de que el discurso del formador o formadora, será formativo solamente en el caso de que él o la participante, a medida que reciba los mensajes magistrales, los reconstruya y los integre, a través de una actividad, en sus propias estructuras y necesidades mentales. Es un diálogo profundo que comporta participación e interacción. En este punto, con dos centros de iniciativas donde cada uno (formador, formadora y participante) es el interlocutor del otro, la síntesis pedagógica no puede realizarse más que en la interacción de sus actividades orientadas hacia una meta común: la adquisición, producción o renovación de conocimientos.

Aplicación de las Nuevas Tecnologías

La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, a través de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, consciente de la necesidad de estar a la vanguardia de los avances tecnológicos al servicio de la educación para aumentar la eficacia de los procesos formativos ha puesto al servicio de la Rama Judicial el Campus y el Aula Virtuales. Así, los procesos formativos de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, se ubican en la modalidad b-learning que integra la virtualidad con la presencialidad, facilitando los escenarios de construcción de conocimiento en la comunidad judicial.

La virtualización de los programas y los módulos, permite actualizar los contenidos en tiempo real y ampliar la información, ofrece la oportunidad de acceder a una serie de herramientas como videos, audios, animaciones, infografías, presentaciones multimediales, hipertextos, etc., que hacen posible una mayor comprensión de los contenidos y una mayor cobertura.

Planes de Estudio

Los planes de estudio se diseñaron de manera coherente con el modelo educativo presentado, con el apoyo pedagógico de la Escuela, los autores y autoras con el acompañamiento de la Red de Formadores y Formadoras Judiciales constituida por Magistrados, Magistradas, Jueces y Juezas, quienes con profundo compromiso y vocación de servicio, se prepararon a lo largo de varios meses en la Escuela Judicial tanto en los aspectos pedagógicos y metodológicos, como en los contenidos del programa, con el propósito de facilitar el proceso de aprendizaje que ahora se invita a desarrollar a través de las siguientes etapas:

Etapa 1. Reunión inicial. Etapa preparatoria para el inicio del programa, presenta los objetivos, metodología y estructura del plan de estudios; asesora el manejo del Campus y Aula Virtual, ofrece diferentes técnicas de estudio, y, en general, esta etapa busca motivar y comprometer al y la discente para abordar los módulos y emprender su proceso formativo con la metodología de aprendizaje autodirigido.

Etapa 2. Análisis individual y comunidad judicial. Los resultados efectivos del proceso formativo, exigen de los y las participantes el esfuerzo y dedicación personal, al igual que la interacción con sus pares, de manera que se conviertan el uno y el otro en insumo importante para el logro de los propósitos.

La Etapa 2, esta conformada a su vez por 3 fases claramente identificables:

(1) El “Análisis Individual”, que apunta a la interiorización por parte de cada participante de los contenidos del programa, mediante la lectura, el análisis, desarrollo de casos y ejercicios propuestos en el módulo, consulta

de jurisprudencia y doctrina adicional a la incluida en los materiales educativos. (2) El “Foro Virtual” constituye la base del aprendizaje entre pares cuyo propósito es el de propiciar la socialización y el intercambio de conocimiento y experiencias entre los y las participantes mediante el uso de las nuevas tecnologías, con el fin de fomentar la construcción colectiva de conocimiento en la Rama Judicial, y, (3) La “Mesa de Trabajo o Conversatorio Local”, que busca socializar el conocimiento, fortalecer las competencias en argumentación, interpretación, decisión, dirección, etc., alrededor del estudio de nuevos casos de la práctica judicial previamente seleccionados y estructurados por los formadores con el apoyo de los expertos, así como la simulación de audiencias. Finalmente, esta etapa permite la identificación de los momentos e instrumentos necesarios para la aplicación a la práctica judicial para que a partir de éstos, se generen compromisos concretos para desarrollar las siguientes etapas.

Etapa 3. *Aplicación a la Práctica Judicial:* La aplicación a la práctica judicial es a la vez el punto de partida y el punto de llegada, ya que es desde la cotidianidad del desempeño laboral de los funcionarios y funcionarias que se identifican los problemas, y, mediante el desarrollo del proceso formativo, pueda traducirse en un mejoramiento permanente de la misma y por ende una respuesta con calidad a los usuarios y usuarias.

Esta etapa se desarrolla también durante 3 fases: (1) La “Aplicación in situ”, que incorpora a la práctica judicial los conocimientos, técnicas y nuevas actitudes desarrolladas en las etapas anteriores; pretende impactar otros operadores de la justicia (empleados, abogados, usuarios, auxiliares, etc.), mejorar el acceso efectivo a la administración de justicia y aumentar la credibilidad en la misma. (2) El “Conversatorio o Videoconferencia” que posibilita a los operadores y operadoras identificar las fortalezas y debilidades en la práctica cotidiana, con miras a fomentar el mejoramiento continuo de la labor judicial, y (3) El “Informe Individual”, en que él y la participante dan cuenta en forma escrita de la aplicación a la práctica de los contenidos objeto del programa y los invita a remitir sus aportes, sugerir nuevas posibilidades de aplicación y presentar casos exitosos y ejemplificantes de su labor.

Etapa 4. Seguimiento y evaluación: Todo proceso formativo requiere para su mejoramiento y cualificación, la retroalimentación dada por los y las participantes del mismo. La etapa de Seguimiento y Evaluación busca obtener información sobre las debilidades y fortalezas del proceso, de manera que pueda aplicar los correctivos necesarios y a tiempo, que lleven al perfeccionamiento del mismo.

Para ello, el modelo pedagógico de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” presenta 3 fases que posibilitan evidenciar la consecución de los objetivos del programa: (1) El “Monitoreo” promueve la motivación recíproca para el mejoramiento continuo en la práctica judicial; (2) El “Observatorio” con acciones concretas para analizar las providencias y actuaciones judiciales, difundir las mejores prácticas para promover el cambio en los demás despachos judiciales y por ende, cualificar la prestación del servicio, y (3) El “Informe Final”, que posibilita evaluar el impacto del programa sobre la gestión judicial y sus resultados frente a los usuarios y usuarias, para así, adoptar medidas de mejoramiento en cada uno de los aspectos evaluados.

Los módulos

Los módulos son la columna vertebral en este proceso, en la medida que presentan de manera profunda y concisa los resultados de la investigación académica realizada durante aproximadamente un año, con la participación de Magistrados y Magistradas de las Altas Cortes y de los Tribunales, de los Jueces y Juezas de la República y expertos y expertas juristas, quienes ofrecieron lo mejor de sus conocimientos y experiencia judicial, en un ejercicio pluralista de construcción de conocimiento.

Se trata entonces, de valiosos textos de autoestudio divididos secuencialmente en unidades que desarrollan determinada temática, de dispositivos didácticos flexibles que permite abordar los cursos a partir de una estructura que responde a necesidades de aprendizaje previamente identificadas. Pero más allá, está el propósito final: servir de instrumento para fortalecer la práctica judicial.

Cómo abordarlos

Al iniciar la lectura de cada módulo el o la participante debe tener en cuenta que se trata de un programa integral y un sistema modular coherente, por lo que para optimizar los resultados del proceso de formación autodirigida tendrá en cuenta que se encuentra inmerso en el **Programa de Formación Especializada para el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes**. A través de cada contenido, los y las discentes encontrarán referentes o remisiones a los demás módulos del plan de formación de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, que se articulan mediante diversos temas transversales, tales como Derechos Humanos, Constitución Política de 1991, Bloque de Constitucionalidad, la Ley específica, al igual que la integración de los casos problemáticos comunes que se analizan, desde diferentes perspectivas, posibilitando el enriquecimiento de los escenarios argumentativos y fortaleciendo la independencia judicial.

Por lo anterior, se recomienda tener en cuenta las siguientes sugerencias al abordar el estudio de cada uno de los módulos del plan especializado: (1) Consulte los temas de los otros módulos que le permitan realizar un diálogo de manera sistémica y articulada sobre los contenidos que se presentan; (2) Tenga en cuenta las guías del y la discente y las guías de estudio individual y de la comunidad judicial para desarrollar cada lectura. Recuerde apoyarse en los talleres para elaborar mapas conceptuales, esquemas de valoración de argumentaciones, el estudio y análisis, la utilización del Campus y Aula Virtual y el taller individual de lectura efectiva del plan educativo; (3) Cada módulo presenta actividades pedagógicas y de autoevaluación que permiten al y la discente reflexionar sobre su cotidianidad profesional, la comprensión de los temas y su aplicación a la práctica. Es importante que en el proceso de lectura aborde y desarrolle con rigor dichas actividades para que críticamente establezca la claridad con la que percibió los temas y su respectiva aplicación a su tarea judicial. Cada módulo se complementa con una bibliografía básica seleccionada, para quienes quieran profundizar en el tema, o complementar las perspectivas presentadas.

Finalmente, el Programa de Formación Especializada del Área Penal –Curso de Profundización sobre el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, que la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” entrega a la judicatura colombiana, acorde con su modelo educativo, es una oportunidad para que la institucionalidad, con efectiva protección de los derechos fundamentales y garantías judiciales, cierre el camino de la impunidad para el logro de una sociedad más justa.

Agradecemos el envío de todos sus aportes y sugerencias a la sede de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” en la Calle 11 No 9ª -24 piso 4, de Bogotá, o al correo electrónico *escuelajudicial@ejrlb.net* los cuales contribuirán a la construcción colectiva del saber judicial alrededor del **Programa de Formación del Área Penal – Curso de Profundización del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes**.

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	9
CONVENCIONES	24
PRESENTACIÓN DEL MÓDULO	25
SINOPSIS LABORAL DEL AUTOR	26
OBJETIVOS	27
Objetivo general del módulo	27
Objetivos específicos del módulo	27
1. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES RELATIVOS A LOS DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES	29
Objetivo general de la unidad	29
Objetivos específicos de la unidad	29
1.1. ANTECEDENTES	30
1.2. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES	39
1.3. EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES Y LA DOCTRINA DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL	41
1.4. INTEGRACIÓN DE INSTRUMENTOS INTERNACIONALES EN EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTE EN COLOMBIA Y BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD	47
Actividades pedagógicas	57
Autoevaluación	57
Jurisprudencia	60
2. CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO	61
Objetivo general de la unidad	61
Objetivos específicos de la unidad	61
	21

2.1.	ALCANCE DE LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO	62
2.2.	PRINCIPIOS QUE ORIENTAN LA CONVENCION	73
2.2.1.	El principio de no discriminación (artículo 2º)	73
2.2.2.	El principio del interés superior (artículo 3º)	75
2.2.3.	El derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo (artículo 6º)	76
2.2.4.	El principio de participación o de opinión (artículo 12)	76
2.2.5.	Principio de dignidad (artículo 40-1)	78
2.3.	NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES COMO SUJETOS DE DERECHO	79
2.4.	EL COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO	83
	Actividades pedagógicas	85
	Autoevaluación	85
	Jurisprudencia	86
3.	REGLAS MÍNIMAS DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUSTICIA DE MENORES (REGLAS DE BEIJING)	87
	Objetivo general de la unidad	87
	Objetivos específicos de la unidad	87
3.1.	LA IMPUTABILIDAD O INIMPUTABILIDAD DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES A PARTIR DE SU RECONOCIMIENTO COMO SUJETOS DE DERECHO	88
3.2.	LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL O LA ADOLESCENTE	98
3.3.	NATURALEZA DE LAS SANCIONES EN EL SRPA	100
3.4.	GARANTÍAS PROCESALES DESDE LAS REGLAS DE BEIJING	104
	Actividades pedagógicas	110
	Autoevaluación	110
	Jurisprudencia	112

4. REGLAS DE LA HABANA O REGLAS DE LAS NACIONES UNIDAS PARA MENORES PRIVADOS DE LA LIBERTAD / DIRECTRICES DE RIAD / REGLAS DE TOKIO O REGLAS DE NACIONES UNIDAS PARA MEDIDAS NO PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD	113
Objetivo general de la unidad	113
Objetivos específicos de la unidad	113
4.1. ALCANCE DE LAS REGLAS DE LA HABANA	115
4.2. ALCANCE DE LAS DIRECTRICES DE RIAD	129
4.3. ALCANCE DE LAS REGLAS DE TOKIO	132
CONCLUSIÓN	133
Actividades pedagógicas	135
Autoevaluación	135
Jurisprudencia	135
Bibliografía	135

CONVENCIONES

A_e

Autoevaluación

A_p

Actividades pedagógicas

B

Bibliografía

B_s

Bibliografía seleccionada

J

Jurisprudencia

O_e

Objetivos específicos

O_g

Objetivo general

PRESENTACIÓN DEL MÓDULO

Con el módulo BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES, se introduce a los funcionarios y funcionarias de la Rama Judicial, en la fuente impulsora del cambio que el Código de la Infancia y la Adolescencia, produjo en el sistema jurídico colombiano cuando se trata de Niños, Niñas y Adolescentes.

Se busca así, mostrar que el citado Código es un complejo normativo que requiere ser completado acudiendo a sus fuentes, entre las cuales se destacan principalmente, los tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos por Colombia, y a la vez se plantea si con ellos son aplicables otros instrumentos internacionales que sin tener la categoría de tratado, son desarrollo de los mismos.

Apoyados en los módulos con que cuenta la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” sobre el Bloque de Constitucionalidad, se analiza en concreto, el valor que tienen las resoluciones de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, en las que, a partir del contenido de los tratados internacionales, invitan a acoger formas y mecanismos adecuados de hacer que los derechos humanos sean respetados. Se llega así, a la Convención sobre los Derechos del Niño, para pasar a las Reglas de Beijing, las Directrices de Riad, las Reglas de la Habana y las Reglas de Tokio, las cuales constituyen la propuesta que las Naciones Unidas impulsan en materia de Justicia Penal para Niños, Niñas y Adolescentes.

Con un breve bosquejo sobre la situación de niños, niñas y adolescentes (NNA), por medio de la historia, se ubican los principales tratados e instrumentos internacionales sobre el tema, para luego adentrarnos en el contenido de cada uno de ellos, a la vez que se realizan comentarios sobre su relación con las disposiciones consagradas en el Código de la Infancia y la Adolescencia. En este escenario se resaltan problemas interpretativos prácticos y se avanza en posibles soluciones a los mismos, a partir de las herramientas que se encuentran en el Bloque de Constitucionalidad.

SINOPSIS LABORAL DEL AUTOR

El doctor Juan Carlos Arias López es abogado especializado en derecho penal y criminología de la Universidad Autónoma de Colombia, igualmente especializado en Derecho administrativo en la Universidad del Rosario, en derecho privado económico en la Universidad Nacional de Colombia, en derecho probatorio y derecho comercial en la Universidad Católica de Colombia, en derecho y nuevas Tecnologías en la Universidad Externado de Colombia y, en filosofía del derecho en la Universidad Libre.

Como docente, ha colaborado con la Universidad Grancolombia sede Bogotá y la Corporación Universitaria de Ibagué, y ha prestado apoyo en la implementación y capacitación sobre el Sistema de Responsabilidad Penal Para Adolescentes, para funcionarios y empleados de la Rama Judicial, la Fiscalía General de la Nación, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, la Defensoría del Pueblo y la Policía Nacional.

Se ha desempeñado como Fiscal Delegado ante Jueces Municipales y Jueces del Circuito, Juez Penal del Circuito, Juez de Menores y Juez Penal para Adolescente en la ciudad de Bogotá. Actualmente es magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Ibagué.

OBJETIVOS

Og

OBJETIVO GENERAL DEL MÓDULO

Ubicar el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes (SRPA), en el contexto de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, en especial aquellos relativos a niños, niñas y adolescentes, y a partir de allí verificar su aplicación por medio del Bloque de Constitucionalidad.

Oe

OBJETIVOS ESPECÍFICOS DEL MÓDULO

- Verificar la aplicación de las Reglas de Beijing, Directrices de Riad, Reglas de la Habana y las Reglas de Tokio en el SRPA.
- Conocer el alcance de cada uno de estos instrumentos internacionales, considerando las pautas legales contenidas en el Código de la Infancia y la Adolescencia (CIA).
- Diferenciar el mecanismo de las audiencias (tanto preliminares como de juzgamiento), y la aplicación de institutos procesales de especial significado dentro de este sistema de tendencia acusatoria, modelado por las disposiciones de la Ley 906 de 2004.
- Aplicar la Libertad como principio y reconocer el régimen excepcional de privación establecido en la Ley Penal para los y las adolescentes.
- Identificar correctamente el instituto jurídico de la flagrancia, de la captura y la conducción, así como sus consecuencias constitucionalmente orientadas a los fines pedagógicos y su relación con la imposición de internamiento preventivo.

Unidad 1

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES RELATIVOS A LOS DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

Og

OBJETIVO GENERAL DE LA UNIDAD

- Identificar el marco internacional sobre los derechos de niños, niñas y adolescentes, estableciendo el desarrollo histórico del mismo, en especial en el siglo XX.
- Determinar la importancia del reconocimiento de los derechos de niños, niñas y adolescentes, en especial el interés superior como principio sobre el cual versan los mismos.
- Reflexionar sobre la doctrina de la protección integral como objetivo integrador de los instrumentos internacionales y la forma como se incorporan al SRPA en Colombia.

Oe

OBJETIVOS ESPECÍFICOS DE LA UNIDAD

- Ubicar las pautas internacionales aplicables al SRPA.
- Establecer la importancia de la doctrina de la protección integral y el principio del interés superior de niños, niñas y adolescentes.
- Ofrecer criterios teóricos y prácticos sobre la forma como se integran los instrumentos internacionales sobre niños, niñas y adolescentes, al SRPA.

1.1 ANTECEDENTES

(...) Tras perpetrar el impío e irreverente delito de pedir más, Oliver permaneció una semana preso e incomunicado, en el oscuro y solitario cuarto al que le había destinado la sabiduría y misericordia de la junta. Parece razonable suponer a primera vista que, si hubiere albergado un adecuado sentimiento de respeto por la predicción del señor chaleco blanco, habría dejado sentado el don profético de aquel sabio individuo de una vez por todas atando la punta del pañuelo a un gancho de la pared y colgándose de la otra. La realización de tal hazaña suponía, no obstante un obstáculo, a saber: que como los pañuelos son indudablemente artículos de lujo, habían sido retirados de las narices de los pobres para siempre jamás por mandato expreso de la junta reunida en asamblea, dictando y pronunciando bajo las firmas y sellos de sus componentes. Y había un obstáculo todavía mayor en el hecho de que Oliver fuera tan joven e inocente. Lloraba solo amargamente todo el día y, cuando la noche, larga y tenebrosa, llegaba, se llevaba las manecitas a los ojos para dejar fuerza a la oscuridad y acurrucándose en el rincón, trataba de dormir, despertándose cada dos por tres con un respingo y tiritona, y arrimándose cada vez más a la pared, como queriendo sentir que su superficie dura y fría fuere un refugio en la penumbra y soledad que le rodeaba.

No vayan a pensar los enemigos del 'sistema' que durante aquel periodo de solitaria reclusión se negaron a Oliver las ventajas de hacer ejercicio, el placer del contacto humano el provecho del consuelo religioso. En cuanto a hacer ejercicio, en tiempo bien frío se le permitía cada mañana hacer sus abluciones bajo la bomba en un patio empedrado y en presencia del señor Bumble, que le impedía agarrar un resfriado y hacía que una sensación de hormigueo se apoderara de todo su esqueleto con generosas dosis de bastón. En cuanto al contacto humano, se le conducía un día si y otro también a la sala donde los muchachos comían y allí lo azotaban afablemente, como público escarmiento y ejemplo. Y lejos de que se le negara el provecho del religioso consuelo, cada noche, a la hora de rezar, le metían a patadas en la misma sala y allí permitían escuchar, para confortarle el espíritu con ello, la súplica colectiva de los muchachos,

*que contenía una cláusula especial incluida por orden a la junta, den la que rogaban hacerse buenos, virtuosos, pacientes y obedientes y verse libres de los pecados y vicios de Oliver Twist, a quien la súplica inequívocamente presentaba como sometido al patronzazo y protección exclusiva de los poderes del mal y obra directamente salida de la mano del mismísimo demonio (...)*¹.

Este extracto de la obra de Charles Dickens, permite apreciar la actitud frente a la pobreza durante la época victoriana en Inglaterra, en donde los hospicios eran el destino obligado de huérfanos y huérfanas menores de 15 años o aquellos que sus padres no podían sostener debido a sus bajos recursos. Estos sitios expresaban el abandono y la constante violencia contra quienes no tenían familia, desconociendo los derechos que les pudiesen corresponder por su condición. Por supuesto, la obra de Dickens obedece a su creatividad, sin embargo, está marcada por la realidad de la época cuando vivió y permite ver cómo era el trato que se les dispensaba a los niños y niñas que no se amoldaban a las exigencias sociales de la época.

Se trae esta referencia literaria, porque no es abundante la información histórica que hay sobre los **niños, niñas y adolescentes (en adelante NNA)**, infractores de la ley penal, a quienes tradicionalmente se les consideraba pequeños hombres (homúnculos), para subordinarlos al “buen” parecer de sus padres o, en algunos casos, a las mismas reglas del delincuente adulto, a la vez que se aprovechaba esa subordinación para someterlos ante cualquier clase de conductas que se consideraran inadecuadas, por ejemplo: la vagancia o la rebeldía². Se refundían de esta forma, conductas delictuales con los malos o inconvenientes comportamientos estimados por la familia, la sociedad o quienes ejercieran autoridad sobre ellos.

(...) Así, en el año 1337 se marcará un hito importante, cuando el rey don Pedro IV de Aragón y II de Valencia, el 4 de marzo, expidiera una orden utilísima, mandando a los jurados de Valencia que a los niños pobres y huérfanos se les nombrasen curadores, vecinos

1 DICKENS, Charles. *Oliver Twist*. Rol Andes, Santafé de Bogotá, 1999., pp. 32-33.

2 En su obra *la Historia de la Infancia*, Lloyd de Mause, junto con otros autores, narra las condiciones de los niños en el transcurso de la historia que considera, se encuentra matizada por la violencia.

de la ciudad, procurando fuesen menestrales que tomasen a los niños de aprendices, para evitar la vagancia y la pobreza, haciéndolo de modo que el que no trabajase no comiese –qui nom laboraverit non manducet- Los jurados valencianos calificaron a figura de dicho curador denominándole Pere d’Orfens. Con el paso del tiempo, el Pere d’Orfens, revestido de autoridad y con la jurisdicción propia, vino a ejercer una doble función: una de carácter positivo, la de atender a los huérfanos buscándole acomodo para que tuvieran honrosa ocupación u oficio; otras de signo negativo, la de reprimir las situaciones de vagabundeo, e incluso hechos delictivos cometidos por los niños, adoptando, al efecto, las previsiones necesarias en cada caso. Su misión consistía en transitar por las calles y plazas con una vara en la mano, que simbolizaba su autoridad, en una actitud de constante vigilancia para recoger a los niños que se encontraban abandonados. Esta institución con la denominación de Padre General de Menores, se extendería a diversas ciudades y villas de los reinos de Castilla y Navarra, y subsistiría hasta las postrimerías del siglo XVIII, coexistiendo lánguidamente con otras instituciones de carácter privado, que cobraron especial importancia en este campo (...)³.

Con esta visión, surgen en el siglo XV, con un matiz de beneficencia o caridad, los primeros orfanatos que generalmente eran manejados por organizaciones religiosas, a donde llevaban a quienes eran considerados vagabundos, expósitos, díscolos, traviosos, huérfanos, etc., en tanto, que a quienes habían cometido alguna infracción penal, a cárceles de adultos, bajo el control de un Ministerio o Tribunal. Para el año 1703, el papa Clemente XI fundó en Roma, la primera cárcel para menores, dando paso así, a lo que luego se denominarían reformatorios, escuelas de reforma o correccionales, establecimientos criticados por el hacinamiento, la inadecuada alimentación, la rígida disciplina, el enclaustramiento y los duros castigos.

Este despliegue institucional surgía bajo la consideración de que los NNA dependían de sus padres, como una especie de *propiedad* en la cual diseñaban su destino y condiciones de vida, reflejando de esta forma la superioridad del adulto sobre el NNA.

3 ORTEGA ESTEBAN, José. *Educación Social Especializada*. Ariel, Barcelona, 1999., pp. 45-46.

Con el asentamiento de la sociedad industrial y los cambios sociales que esto implicó, a finales del siglo XIX y comienzos del XX, se empieza a diferenciar la justicia de menores, con la creación de tribunales especiales –Estados Unidos, 1899⁴; Inglaterra y Alemania, 1908; Francia y Bélgica, 1912; y España 1918-.

(...) En efecto, el primer Tribunal de menores (Juvenile Court) se creó en Chicago, en 1899, para salir al paso de la precaria situación jurídica penal de los niños del estado de Illinois, que a partir de los diez años de edad recibían el mismo tratamiento punitivo que los adultos, gozando simplemente de una cierta atenuación de la pena. A partir de ese momento se fue consolidando la idea de que la reacción social frente a los delincuentes juveniles debía ser netamente diferenciada de la prevista para los que ya habían alcanzado la mayoría de edad, iniciándose para aquellos un tratamiento educativo-correccional.

A la generalizada implantación de tribunales de tales características en el continente europeo contribuyó decisivamente el Congreso Internacional de Tribunales para Niños, celebrado en París en 1911. Las bases de los esquemas organizativos de la nueva jurisdicción se sentaron en Bruselas en 1913, por el congreso internacional de la infancia (...)⁵.

Se empieza de esta forma, a enfrentar la problemática de la delincuencia juvenil, a partir de la posibilidad de imponer penas, manteniendo a la vez, un esquema tutelar con restricción de derechos debido a la edad. La capacidad de discernimiento empieza a ser tratada, para establecer cuándo debía acudir a la justicia juvenil, para luego fijar rangos de edades en los cuales los niños no responderían –menores de siete años-, y otros en los cuales debería responder como adulto -siete años hasta su mayoría de edad. Así se asoma, uno de los puntos de mayor discusión en el tema del derecho juvenil: la capacidad de NNA para responder penalmente, tema que generalmente se trata, ubicándolos en la categoría de inimputables y por esa vía, dándoles un tratamiento especial de naturaleza protectora debido a la edad o asumiendo, que son imputables

⁴ LEY DEL 21 DE ABRIL DE 1899 redactada por el juez Harwey B. Hurd.

⁵ LANDROVE DÍAZ, Gerardo. *Introducción al derecho penal de menores*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2003.

responsables penalmente y en tal caso, imponiéndoles penas o sanciones de carácter especial. De una u otra forma, la perspectiva que se tiene, apunta a la educación mediante el castigo, ocultando o tolerando los excesos violentos con los cuales el adulto expresa su poder.

En 1919, en la Sociedad de las Naciones, se crea el Comité de Protección de la Infancia y comienza a destacarse desde entonces, la actividad de Eglantyne Jebb, fundadora de *Save The Children Fund* que pregona la reivindicación de los niños y niñas como sujetos de derechos. Para 1923, esa Fundación y la Unión Internacional de Auxilio al Niño, presentan la Declaración de los Derechos del Niño, conocida también como *Declaración de Ginebra*, la cual es acogida por la Sociedad de las Naciones, el 26 de septiembre de 1924.

En tanto esto pasaba, Argentina, Bolivia, Brasil, Cuba, Chile, Ecuador, Estados Unidos, Perú, Uruguay y Venezuela, crean en 1927, el Instituto Interamericano del Niño, por iniciativa del médico pediatra uruguayo, Luis Morquio. Esta organización entra a ser parte de la OEA, en 1962, desde el punto de vista fiscal y administrativo, pero sin perder su autonomía técnica, impulsando desde su creación, el reconocimiento y respeto por los derechos de niños, niñas y adolescentes, lo mismo que su divulgación.

El 10 de diciembre de 1948, se proclama la Declaración de los Derechos del Hombre por la Asamblea General de las Naciones Unidas, la cual puede entenderse, alcanza a los NNA. Posteriormente, el 20 de noviembre de 1959, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprueba la Declaración de los Derechos del Niño,

(...) El año 1979 fue proclamado el 'Año Internacional del Niño' por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Durante este período la Comisión de Derechos del Hombre de las Naciones Unidas comenzó a considerar la propuesta del gobierno polaco de elaborar una Convención relativa a los Derechos del Niño que estuviera basada en el texto de la Declaración de 1959. A partir de este momento se formó un grupo de trabajo que comenzó a elaborar el borrador de dicha Convención.

El núcleo básico del grupo de redacción estuvo compuesto de delegados de gobiernos, pero también tomaron parte en las deliberaciones

representantes de órganos y organismos especializados de las Naciones Unidas, así como varias organizaciones no gubernamentales.

El proyecto original presentado por el gobierno polaco fue objeto de muchas enmiendas y adiciones durante las distintas deliberaciones.

Luego de diez años de riguroso estudio y negociaciones periódicas se logró el texto definitivo. El prolongado proceso de elaboración se debió, en parte, a las diferencias sociales y legales existentes entre los distintos países.

Durante ese período, se debe destacar la labor realizada por Adam Lopatka, representante del gobierno polaco frente a la Comisión de Derechos del Hombre. Entre 1979 y 1989 fue quien presidió el Grupo de trabajo de elaboración de la Convención sobre los Derechos del Niño, siendo recordado por muchos como el 'Padre de la Convención' por su arduo e incasable trabajo.

El documento de la Convención puso el acento en tres puntos esenciales⁶:

- *Reafirmar respecto de los niños, derechos ya reconocidos a los hombres en general en otros tratados.*
- *Adaptar ciertos derechos fundamentales del hombre teniendo en cuenta necesidades específicas y la vulnerabilidad de los niños.*
- *Establecer normas en los dominios pertinentes únicamente y más específicamente para los niños.*

La Convención constituye un hito en la historia de la humanidad ya que abre las puertas para un nuevo derecho, para una nueva reformulación del pacto social, en donde todos los niños, niñas y adolescentes sean sujetos activos de ese nuevo pacto (...) 'Transforma necesidades en derechos colocando en primer plano el problema de la exigibilidad, no sólo jurídica sino también político – social de los derechos'⁷. La misma tiene en cuenta las diferentes realidades culturales, sociales,

6 CANTWELL, N. *¿Contentos con el contenido? Un examen del contenido y de los objetivos de la futura Convención.* En: Revista *La Infancia en el Mundo*, 3. OEA, 1989, p. 18.

7 GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. *La Convención Internacional de los Derechos del Niño y las políticas públicas.* Derecho de la Infancia – Adolescencia en América Latina. OEA, 1991., p. 272.

económicas y políticas de cada Estado, de forma tal que cada país escoja sus propios medios para aplicar los derechos comunes a todos.

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

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

Su aprobación por unanimidad en la Asamblea General abrió el camino para la etapa siguiente: la ratificación por los Estados y el establecimiento de un comité de vigilancia (...)⁸.

En este contexto histórico, surgen los distintos modelos de justicia juvenil⁹ que durante el siglo XX se van matizando, de acuerdo con los intereses de cada Estado y con criterio de restricción o en algunos casos supresión de derechos, pues se considera a los NNA, objeto de protección, sin capacidad de autodeterminarse o formar autónomamente su destino.

Esta visión empieza a cambiar después de la segunda guerra mundial, con la Declaración de los derechos del niño en la cual se considera que

(...) por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento... y con el objeto de que el niño (...) pueda tener una infancia feliz y gozar, en su propio bien y en bien de la sociedad, de los derechos y libertades que en ella se enuncian e insta a los padres, a los hombres y mujeres individualmente y a las organizaciones particulares, autoridades locales y gobiernos nacionales a que

8 INSTITUTO INTERAMERICANO DEL NIÑO. *Sistematización de la Información sobre Derechos del Niño*. OEA, 2004., pp. 17-20.

9 DELGADO LLANO, Luis Fernando. *Fundamentos del sistema penal para adolescentes*. Consejo Superior de la Judicatura - Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla". Bogotá, 2009.

*reconozcan esos derechos y luchen por su observancia con medidas legislativas y de otra índole adoptadas progresivamente (...)*¹⁰.

De esta forma, la comunidad internacional orienta la protección hacia el reconocimiento de derechos y el bienestar de NNA. Sin embargo, en materia penal no se logra concretar las condiciones en las cuales debía asumirse la problemática que genera la incursión de esta clase de población en el mundo del delito, de ahí que se le mantenga en la categoría de inimputable; no obstante, a partir del reconocimiento de derechos, se abre paso a la posibilidad de hacerla responsable de sus acciones para juzgarla y sancionarla como adulta.

Por supuesto, esto viene ligado a las transformaciones socioeconómicas de finales del siglo XX, cuando en el interior de la familia se van fijando nuevos roles para cada miembro, porque la necesidad de ingresos impone a sus integrantes en capacidad de producir, ingresar en el mundo laboral –formal o informal-, situación que igualmente está marcada por el desempleo no sólo como problema socioeconómico sino esencialmente familiar. Las largas jornadas de los padres fuera de casa, imponen a los hijos e hijas, mayor autonomía y responsabilidad frente a las labores del hogar y en especial frente a su propio comportamiento. El Estado asume con criterio asistencialista, la educación básica y excepcionalmente la superior, mostrando su interés en el aprendizaje de oficios que permitiera una calificada mano de obra.

El modelo de bienestar de los años 60 y 70, reivindica la educación como pilar fundamental en la formación de NNA infractores de la ley penal, la cual se orienta a partir de sus condiciones personales, familiares y sociales, cuando de establecer las medidas que sobre él o ella se debían adoptar, alejándose de la conducta cometida y centrándose en la persona. Priorizada de esta forma la protección, queda la conducta delictual relegada a un segundo plano, al igual que el procedimiento por medio del cual se llega a la imposición de la medida de protección.

10 ONU. *Convención sobre los Derechos del niño*. Aprobada por la Asamblea General. New York: 20 de noviembre de 1959.

Se mantiene entonces, en lo sustantivo, una tendencia hacia un derecho penal de autor, y en lo procesal, hacia el modelo inquisitivo, en el cual se aglutina en un mismo funcionario o funcionaria la investigación, el juzgamiento así como la imposición y control de la medida de protección, brindándole facultades discrecionales a partir de las necesidades del NNA infractor o infractora. No tiene mayor relevancia por lo tanto, la gravedad de la infracción, pues las medidas se adoptan en función de las condiciones de NNA, como tampoco la fijación de garantías procesales, dando tan sólo algunas reglas que se dirigen más a la gestión del funcionario o funcionaria que a la consideración por los derechos de NNA.

(...) Este enfoque específico del desajuste social, producto de un modelo de desarrollo basado en la exclusión, es decir, en la incapacidad política del sistema de universalizar los servicios básicos (salud-educación), tenía en la nueva figura del juez de menores el centro de irradiación de las practicas concretas. Ungido de una competencia omnimoda penal-tutelar, el juez de menores resulta el encargado de resolver, paternalmente¹¹, las deficiencias estructurales del sistema (...)¹².

Este avance en materia protectora por medio de la educación y la búsqueda del bienestar de NNA, mostraba serias deficiencias en lo referente al reconocimiento efectivo de sus derechos y en especial de garantías procesales, las cuales eran desconocidas o limitadas, precisamente con el argumento de la protección que se reflejaba en el esquema de la llamada *situación irregular*, en la cual NNA eran catalogados como inimputables y como tales, sujetos a medidas de carácter protectorio, que imponía discrecionalmente un juez o una jueza.

Era este el esquema inmerso en el Decreto 2737 de 1989 ó Código del Menor, que con una visión protectora, establecía un proceso inquisitivo, cuyas garantías procesales quedaban en manos del juez o jueza, que atendiendo al interés superior del menor, le imponía, modificaba o cesaba la

11 *Sin excepción, todos los textos clásicos de la cultura minorista establecen que el juez de menores debe actuar como un buen padre de familia. Recuérdese que conocer el derecho y asegurar la justicia no forman parte de las funciones institucionales de este último.*

12 GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. *Infancia-Adolescencia de los derechos y de la Justicia*. Doctrina jurídica contemporánea. México, 1999, p. 18.

medida que consideraba conveniente, en cualquier momento del proceso. Con la expedición de la Ley 1098 de 2006, también llamada Código de la Infancia y la Adolescencia (CIA), se busca amoldar la legislación interna a los parámetros internacionales de justicia para NNA, que trata sobre el reconocimiento efectivo de sus derechos.

1.2 INSTRUMENTOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

Con esta visión, a grandes rasgos observada, las Naciones Unidas en busca de lograr que los derechos de NNA fuesen realidad, con base en estudios sobre la situación mundial de NNA, en especial de aquellos a quienes se les atribuía la comisión de delitos, y con fundamento en los tratados internacionales que sobre derechos humanos se habían promulgado, configura un conjunto de instrumentos en los cuales concreta sus derechos y la forma como deben ser respetados, a la vez que recomienda a los países miembros, las pautas de atención para esta clase de población. En orden cronológico, ese conjunto lo integran, principalmente los siguientes instrumentos:

1. Declaración Universal de derechos humanos, adoptada por la Asamblea general en su resolución 217 A (III), del 10 de diciembre de 1948.
2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 (entra en vigor el 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49). En Colombia, Ley 74 de 1968.
3. Convención Americana sobre derechos humanos, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 (entra en vigor el 18 de julio de 1978). En Colombia, Ley 16 de 1972.

4. Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing), adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 40/33, del 28 de noviembre de 1985.
5. Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su Resolución 44/25, del 20 de noviembre de 1989 (entra en vigor el 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49 y ratificada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991). Con la creación del Comité sobre los Derechos del Niño, permanentemente realiza recomendaciones y proyecta el alcance de este tratado, por medio de Observaciones Generales.
6. Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio), adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 45/110, del 14 de diciembre de 1990.
7. Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad), adoptadas y proclamadas por la Asamblea General en su Resolución 45/112, del 14 de diciembre de 1990.
8. Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (Reglas de la Habana), adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 45/113, del 14 de diciembre de 1990.

A estos instrumentos, se suman todos aquellos que versen sobre derechos humanos, para conformar lo que se ha denominado el modelo de justicia para NNA o de protección integral.

Ese conjunto, parte del reconocimiento de derechos y la especial protección que requieren NNA, a la vez que promueve que la familia, la sociedad y el Estado, establezcan mecanismos de prevención que eviten que éstos incursionen en el ámbito delincencial, y si esto ya ocurrió, procedimientos o mecanismos alternativos a la judicialización –justicia restaurativa- (Directrices de Riad). En el caso de que deba adelantarse alguna clase de proceso, recomiendan las pautas mínimas para considerar en esa clase de trámites, en procura de garantizar el debido proceso y la finalidad educativa y protectora que se le debe

brindar al infractor con las medidas que se le impongan (Reglas de Beijing). Finalmente, la ONU se preocupa porque en la ejecución de esas medidas, no se desconozca la dignidad humana y se propicien procesos de real formación e integración de NNA, a la familia y la sociedad (Reglas de la Habana y Reglas de Tokio).

1.3 EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES Y LA DOCTRINA DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL

Considerando que NNA están cobijados por todos los derechos y libertades enunciadas en los tratados internacionales sobre derechos humanos para cualquier persona, sin alguna clase de distinción, y que ante su falta de madurez física y mental, requieren de cuidados y asistencia especial para lograr su pleno y armonioso desarrollo de cara a su vida independiente como ciudadano o ciudadana, y guiados por los ideales de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad¹³, se construye el principio del interés superior de NNA que surge como un imperativo de respeto y protección a cargo de la familia, la sociedad y el Estado, conforme se consagra en la Convención sobre los derechos del Niño¹⁴.

Nuestro sistema acoge estos criterios, estableciendo con carácter prevalente los derechos fundamentales de NNA (artículos 44 y 45 CP). Por su parte, el CIA, en su artículo 8, 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 interdependientes...*”.

Esa mirada protectora permite que NNA sean realmente reconocidos como sujetos de derechos y como tales, brindarles la oportunidad de hablar y ser escuchados, de participar, de ser determinados, y así progresivamente, lograr su autonomía como ciudadanos.

¹³ ONU. *Convención sobre los derechos del niño*. Preámbulo. Ob. Cit.

¹⁴ Este tratado en materia de justicia de menores, trata sobre lo que se ha llamado las cuatro d's: *desjudicialización, desinstitucionalización, descriminalización y debido proceso*.

(...) *La determinación del interés superior del menor se debe efectuar en atención a las circunstancias específicas de cada caso concreto: ‘el interés superior del menor no constituye un ente abstracto, desprovisto de vínculos con la realidad concreta, sobre el cual se puedan formular reglas generales de aplicación mecánica. Al contrario: el contenido de dicho interés, que es de naturaleza real y relaciona¹⁵, sólo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad, que en tanto sujeto digno, debe ser atendido por la familia, la sociedad y el Estado con todo el cuidado que requiere su situación personal’. Sin embargo, se precisó en la misma oportunidad que ello no excluye la existencia de criterios generales que pueden guiar a los operadores jurídicos al momento de determinar cuál es el interés superior de un menor y cómo materializar el carácter prevaleciente de sus derechos fundamentales en casos particulares. La aplicación de tales lineamientos, proporcionados por el ordenamiento jurídico, se debe combinar con la consideración cuidadosa de las especificidades fácticas que rodean a cada menor en particular, para efectos de llegar a una solución respetuosa de su interés superior y prevaleciente. Según estableció la Corte en la providencia que se cita, ‘para establecer cuáles son las condiciones que mejor satisfacen el interés superior de los niños en situaciones concretas, debe atenderse tanto a consideraciones (i) fácticas-las circunstancias específicas del caso, visto en su totalidad y no atendiendo a aspectos aislados—, como (ii) jurídicas-los parámetros y criterios establecidos por el ordenamiento jurídico para promover el bienestar infantil’-. Como corolario de lo anterior, se tiene que las autoridades administrativas y judiciales encargadas de determinar el contenido del interés superior de los niños en casos particulares cuentan con un margen de discrecionalidad importante para evaluar, en aplicación de las disposiciones jurídicas relevantes y en atención a las circunstancias fácticas de los menores implicados, cuál es la solución que mejor satisface dicho interés; lo cual implica también que dichas autoridades tienen altos*

15 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-408 de 1995, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz. En esta sentencia, se decidió conceder el amparo de tutela solicitado por una abuela materna en nombre de su nieta, para que se le garantizara a la niña, el derecho a visitar a su madre recluida en prisión, puesto que el padre de la menor le impedía hacerlo.

*deberes constitucionales y legales en relación con la preservación del bienestar integral de los menores que requieren su protección-deberes que obligan a los jueces y funcionarios administrativos en cuestión a aplicar un grado especial de diligencia, celo y cuidado al momento de adoptar sus decisiones, mucho más tratándose de niños de temprana edad, cuyo proceso de desarrollo puede verse afectado en forma definitiva e irremediable por cualquier decisión que no atienda a sus intereses y derechos (...)*¹⁶.

Las características destacadas por la Corte Constitucional, se complementan con los criterios jurídicos que sirven para determinar el interés superior de NNA, esto es, (1) la garantía del desarrollo integral del menor; (2) la preservación de las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor; (3) la protección del menor frente a riesgos prohibidos; (4) el equilibrio con los derechos de los parientes biológicos sobre la base de la prevalencia de los derechos del menor; y (5) la necesidad de evitar cambios desfavorables en las condiciones presentes del niño involucrado¹⁷. Estos enunciados no agotan las situaciones que puedan generar riesgo o amenaza a los derechos de NNA, **pues siempre debe apreciarse la situación en concreto en que se encuentran para disponer el mecanismo protectorio adecuado.**

Esta perspectiva es enfatizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su opinión consultiva OC-17/2002, del 28 de agosto de 2002, al destacar:

(...) 87. Esta Corte ha establecido reiteradamente, a través del análisis de la norma general consagrada en el artículo 1.1 de la Convención Americana, que el Estado está obligado a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a organizar el poder público para garantizar a las personas bajo su jurisdicción el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Según las normas del derecho de la responsabilidad internacional del Estado aplicables en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la acción u omisión de

¹⁶ *Ibíd.* Sentencia T-397 de 2004, la Corporación desarrolla estos criterios.

¹⁷ *Ibíd.* Sentencia T-397 de 2004. De acuerdo con la delimitación que estableció para cada criterio.

cualquier autoridad pública, de cualquiera de los poderes del Estado, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos en la Convención Americana¹⁸. Dicha obligación general impone a los Estados Partes el deber de garantizar el ejercicio y el disfrute de los derechos de los individuos en relación con el poder del Estado, y también en relación con actuaciones de terceros particulares¹⁹. En este sentido, y para efectos de esta Opinión, los Estados Partes en la Convención Americana tienen el deber, bajo los artículos 19 (Derechos del Niño) y 17 (Protección a la Familia), en combinación con el artículo 1.1 de la misma, de tomar todas las medidas positivas que aseguren protección a los niños contra malos tratos, sea en sus relaciones con las autoridades públicas, sea en las relaciones interindividuales o con entes no estatales.

88. En igual sentido, se desprende de las normas contenidas en la Convención sobre los Derechos del Niño que los derechos de los niños requieren no sólo que el Estado se abstenga de interferir indebidamente en las relaciones privadas o familiares del niño, sino también que, según las circunstancias, adopte providencias positivas para asegurar el ejercicio y disfrute pleno de los derechos. Esto requiere la adopción de medidas, entre otras, de carácter económico, social y cultural²⁰.

En particular, el Comité sobre Derechos del Niño ha enfatizado en su primer comentario general la relevancia del derecho a la educación²¹. Efectivamente, es sobre todo a través de la educación que gradualmente se supera la vulnerabilidad de los niños. Asimismo, el Estado, como responsable del bien común, debe, en igual sentido, resguardar el rol preponderante de la familia en la protección del niño; y prestar

18 OEA. Convención Americana de Derechos Humanos. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, Sentencia del 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 134; Caso Ivcher Bronstein. Sentencia del 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 168; Caso del Tribunal Constitucional. Sentencia del 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 109; Caso Bámaca Velásquez, supra nota 10, párr. 210; y Caso Caballero Delgado y Santana. Sentencia del 8 de diciembre de 1995. Serie C No. 22, párr. 125.

19 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Medidas Provisionales, Comunidad de Paz de San José de Apartadó. Resolución del 18 de junio de 2002, considerativo 11.

20 ONU. Human Rights Committee. General Comment 17. Rights of Child (article 24), 07/04/1989, CCPR/C/35. para. 3.

21 *Ibid.* Committee on the Rights of the Child. The Aims of Education, General Comment 1, CRC/C/2001/1,17.04.2001.

asistencia del poder público a la familia²², mediante la adopción de medidas que promuevan la unidad familiar²³.

89. Cabe destacar que el Comité sobre Derechos del Niño brindó especial atención a la violencia contra los niños tanto en el seno de la familia como en la escuela. Señaló que “la Convención sobre los Derechos Niño establece altos estándares para la protección del niño contra la violencia, en particular en los artículos 19 y 28, así como en los artículos 29, 34, 37, 40, y otros, [...] tomando en cuenta los principios generales contenidos en los artículos 2, 3 y 12 (...)”²⁴.

Y no es que la patria potestad hubiese desaparecido²⁵, sino que ahora está matizada por el respeto de los derechos de NNA, de ahí que la sociedad y el Estado deben estar pendientes para que no se presenten excesos o se omita por los padres, el ejercicio responsable de esa potestad. De esta forma,

(...) cuando la familia no está en plenas condiciones de garantizar la efectiva protección de los demás derechos fundamentales de los niños contemplados en la Constitución y los tratados internacionales, el Estado en cabeza del Instituto Colombiano del Bienestar Familiar está en la obligación de intervenir²⁶, para entrar a proteger

22 *Ibid.* Human Rights Committee. General Comment 17. Rights of the Child (article 24), 07.04.1989, para. 6.

23 EUROPEAN COURT. Human Rights. Olsson vs Sweden (1). Judgment of 24 march 1988, Series A, 130, para. 81. *Ibid.* Johansen vs Norway, Judgment of 7 august 1996, Reports 1996-IV, para. 78. Y PC and S vs the United Kingdom. Judgment of 16 july 2002, para. 117.

24 ONU. Committee on the Rights of the Child. Report of its Twenty-Eight Session, 28.11.2001, CRC/C/111, para. 678.

25 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia 103 de 2007. (...) El Código de la Infancia y la Adolescencia, adoptado en Colombia mediante la Ley 1098 de 2006, establece la responsabilidad parental como un complemento de la patria potestad establecida en la legislación civil, consagrándola además como la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante el proceso de su formación, lo que incluye la responsabilidad compartida y solidaria del padre y la madre de asegurarse que los niños, las niñas y los adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos. El citado código claramente establece, que en ningún caso el ejercicio de la responsabilidad parental puede conllevar violencia física, psicológica o actos que impidan el ejercicio de los derechos del menor (...)

26 LEY 1098 DE 2006. Código de la Infancia y Adolescencia, artículo 99. INICIACIÓN DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA. El representante legal del niño, niña o adolescente, o la persona que lo tenga bajo su cuidado o custodia, podrá solicitar, ante el defensor o comisario de familia o en su defecto ante el inspector de policía, la protección de los derechos de aquel. También podrá hacerlo directamente el niño, niña o adolescente.

*los derechos y hacer cumplir las obligaciones que surgen de la relación recíproca entre los padres y los hijos (...)*²⁷.

Se destaca entonces, que al principio de interés superior de NNA, el Estado, la Sociedad y la Familia, deben responder con medidas concretas que logren su protección integral, dada la etapa de desarrollo físico y psicológico que padecen y que los hace vulnerables. Enfatizan también, los instrumentos internacionales, en la especial la protección que se debe dispensar a los NNA involucrados en conflictos armados internos²⁸.

Cuando el defensor o el comisario de familia o, en su caso, el inspector de policía tenga conocimiento de la inobservancia, vulneración o amenaza de alguno de los derechos que este Código reconoce a los niños, las niñas y los adolescentes, abrirá la respectiva investigación, siempre que sea de su competencia; en caso contrario avisará a la autoridad competente.

En la providencia de apertura de investigación se deberá ordenar:

- 1. La identificación y citación de los representantes legales del niño, niña o adolescente, de las personas con quienes conviva o sean responsables de su cuidado, o de quienes de hecho lo tuvieren a su cargo, y de los implicados en la violación o amenaza de los derechos.*
- 2. Las medidas provisionales de urgencia que requiera la protección integral del niño, niña o adolescente.*
- 3. La práctica de las pruebas que estime necesarias para establecer los hechos que configuran la presunta vulneración o amenaza de los derechos del niño, niña o adolescente.*

27 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-934 de 2007.

28 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso de las Masacres de Ituangó vs Colombia. Sentencia del 1º de julio de 2006, párr. 246. Al respecto, la Corte considera necesario llamar la atención sobre las consecuencias que tuvo la brutalidad con la cual fueron cometidos los hechos del presente caso en los niños y las niñas de La Granja y El Aro, que experimentaron semejante violencia en una situación de conflicto armado, han quedado parcialmente huérfanos, desplazados y visto violentada su integridad física y psicológica. La especial vulnerabilidad por su condición de niños y niñas, se hace aún más evidente en una situación de conflicto armado interno, como en el presente caso, pues los niños y niñas son los menos preparados para adaptarse o responder a dicha situación y son quienes padecen sus excesos de forma desmesurada.

1.4 INTEGRACIÓN DE INSTRUMENTOS INTERNACIONALES EN EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTE EN COLOMBIA Y BLOQUE CONSTITUCIONALIDAD²⁹

La evolución de la humanidad reflejada en los derechos humanos, alcanza el derecho interno colombiano, al ser incorporados constitucionalmente como derechos fundamentales, al igual que su obligatoria aplicación por medio del bloque de constitucionalidad, mecanismo integrador construido por la Corte Constitucional a partir de los artículos 44, 53, 93, 94 y 214 Constitucionales.

Sobre la noción y alcance del bloque de constitucionalidad, nos remitimos a los módulos *Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y proceso penal* escrito por Rodrigo Uprimny Yepes, y *Derechos humanos y derecho internacional humanitario* escrito por Inés Angarita Uprimny, Rodrigo Uprimny Yepes y Óscar Parra Vera, publicados por la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, toda vez que en el presente módulo, se aplicará en gran parte los criterios allí expuestos, para ubicar el bloque de constitucionalidad en el SRPA.

Recordamos entonces, que la fuerza normativa de la Constitución Política no se agota en su texto, sino que se extiende a otras disposiciones autorizadas por la misma y que en el caso colombiano,

(...) La Constitución de 1991 varía de manera profunda la anterior situación, por cuanto confiere una fuerza jurídica interna clara a los instrumentos internacionales de derechos humanos. Cuatro disposiciones jugarán entonces un papel trascendental: de un lado, el artículo 53, según el cual, ‘los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna’. De otro lado, el artículo 93, que establece que ciertas normas internacionales de derechos humanos ‘prevalecen en el orden interno’, y

29 *La noción y alcance del bloque de constitucionalidad, son temas tratados con profundidad en el módulo Derechos humanos y Derecho internacional Humanitario, elaborado por Rodrigo Uprimny Yepes, Inés Angarita Uprimny y Óscar Parra Vera, de ahí que para mejor comprensión del tema, se recomiende su lectura. Consejo Superior de la Judicatura - Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”. Bogotá, 2009.*

que ‘los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia’. En tercer término, el artículo 94 que incorpora la cláusula de derechos innominados, pues precisa que ‘la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos’. Finalmente, el artículo 214, que regula los estados de excepción, e indica que incluso en esos momentos de crisis, no pueden ‘suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales’, y que ‘en todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario’ (...)³⁰.

Con todo, el alcance de lo que constituye el Bloque de Constitucionalidad, lo ha ido construyendo paulatinamente la Corte Constitucional, lo cual precisa el tratadista Uprimny Yepes:

(...) Así, conforme a esa dogmática, hay que concluir que, según la jurisprudencia de la Corte³¹, hacen parte del bloque en sentido estricto (i) el 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.

Según la dogmática que he propuesto en este módulo, también deben entenderse 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 reconocidos por la Carta, para efectos de delimitar el contenido y los límites de los derechos constitucionales.

Como es obvio, esta lista genérica incluye también los convenios de la OIT, cuando pueda considerarse que dichos convenios son realmente

30 UPRIMNY YEPES, Rodrigo. *Bloque de Constitucionalidad, derechos humanos y proceso penal*. Consejo Superior de la Judicatura - Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”. Bogotá, 2009., p. 44.

31 CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C-582 de 1999, a manera de ejemplo*.

tratados de derechos humanos referidos al ámbito laboral. Por el contrario, no estarían integrados al 'Bloque de Constitucionalidad' aquellos otros convenios de la OIT que regulan aspecto meramente técnicos.

De otro lado, para integrar el bloque en sentido lato, habría que agregar a las anteriores pautas normativas (i) las leyes estatutarias y (ii) las leyes orgánicas, en lo pertinente, con la precisión de que algunas sentencias de la Corte excluyen algunas leyes estatutarias de su integración al bloque de constitucionalidad en sentido lato.

Conviene finalmente tener en cuenta que, como se ha explicado, el lenguaje de algunas sentencias recientes de la Corte indica que los tratados de derechos humanos referidos a derechos limitables en estado de excepción hacen parte del bloque en sentido lato y no del bloque en sentido estricto. Sin embargo, independientemente de la tesis que se acoja, y como ya se explico, el operador judicial debe también tomar en cuenta esas normas internacionales de derechos humanos para sus decisiones, pues el conjunto de la legalidad ordinaria debe ser interpretada a la luz de los principios y derechos incorporados al 'Bloque de Constitucionalidad', tano en sentido lato como en sentido estricto (...)»³².

En este orden, como se anunció, los tratados internacionales ratificados por Colombia, que versan sobre derechos humanos, tienen obligatoria aplicación y en tal condición, integran el SRPA; ellos son: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), del 16 de diciembre de 1966 (entró en vigor el 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49), en Colombia, Ley 74 de 1968; la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969 (entró en vigor el 18 de julio de 1978), en Colombia, Ley 16 de 1972; y, la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su Resolución 44/25, del 20 de noviembre de 1989 (entró en vigor el 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49 y ratificada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991).

32 UPRIMNY YEPES. *Ob. Cit.*, pp. 82-83.

No se cuestiona entonces, que estos tratados internacionales y todos aquellos que traten sobre derechos humanos, sean de obligatoria aplicación en el derecho interno. Pero, ¿qué sucede con aquellos instrumentos que no tienen la categoría de tratados internacionales (Reglas de Beijing, Reglas de la Habana, Reglas de Tokio y Directrices de Riad, etc.), pero tocan temas de derechos humanos y están referidos directamente al tema de la responsabilidad penal de NNA? ¿Podrán ser aplicados por medio del Bloque de Constitucionalidad?

(...) En sentido estricto, ninguno de esos documentos hace parte directamente del 'Bloque de Constitucionalidad' pues no son tratados de derechos humanos ni adquieren fuerza jurídica automática por el solo hecho de haber sido aprobados por la Asamblea General de la ONU, por cuanto las resoluciones o recomendaciones de dicha asamblea no son tratados. Por ello sería un error invocarlos como si fueran en si mismos un tratado o por si mismos un texto vinculante, porque no lo son.

Sin embargo, no se trata de documentos irrelevantes para la valoración o interpretación de los derechos constitucionales en Colombia, y específicamente de las normas de procedimiento penal, por cuanto algunos de estos documentos pueden adquirir un notable valor doctrinario, o ser considerados expresiones o codificaciones de derecho consuetudinario, o adquirir valor jurisprudencial por sus tribunales nacionales e internacionales. Así, las Reglas de Beijing fueron explícitamente usadas por la Corte Interamericana en el caso de los llamados 'niños de la calle'³³ mientras que los principios de Joinet sobre impunidad son no solo considerados la doctrina más autorizada sobre el tema sino que, además, han sido reiteradamente invocados por distinto tribunales, incluyendo a Corte Constitucional³⁴ (...)³⁵.

Apreciando esta mirada, encontramos que el tratamiento de la jurisprudencia nacional e internacional presenta un panorama a favor de su aplicación como referente de interpretación, aunque no expresen explícitamente su integración al Bloque de Constitucionalidad³⁶. Así, la Corte Constitucional ha destacado,

33 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Sentencia del 19 de noviembre de 1999. Caso Villagrán Morales y otros*, párr. 197.

34 *Ibíd.* Sentencia C-228 de 2002, Fundamento 4.2.

35 UPRIMNY YEPES. *Ob. Cit.*, pp. 98 y 99.

36 MANILI, Pablo Luis. *El Bloque de Constitucionalidad*. En: *La ley*. Buenos Aires, 2005., p. 275.

(...) En suma, las Reglas de Beijing (que en sí mismas no son obligatorias por tratarse de una resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas) codifican y sistematizan estándares mínimos que, al provenir de tratados ratificados y normas consuetudinarias internacionales sobre derechos humanos vinculantes para el país –y que en su mayoría forman parte del bloque de constitucionalidad³⁷–, son obligatorios como parte del ordenamiento interno colombiano, en virtud de lo dispuesto en los artículos 9, 44, 93 y 94 de la Constitución Política, y deben en consecuencia ser respetados en todos los casos de procesamiento de menores de edad por violación de la ley penal ...”.

Y luego,

... 4.6.2. En el procesamiento penal de menores de edad, se han de seguir en forma estricta las pautas constitucionales e internacionales mínimas que están consagradas en (i) el artículo 44 de la Carta Política, (ii) las Reglas de Beijing o ‘Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores’, (iii) en los casos excepcionales en que ello sea pertinente, por encontrarse el menor de edad privado de la libertad, las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de la Libertad, (iv) la Convención sobre los Derechos del Niño, (v) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y (vi) la Convención

(...) Por lo tanto, si tenemos en cuenta que las decisiones de órganos internacionales en general no son fuentes de derecho autónomas en derecho internacional (ni siquiera las jurisdiccionales), no podemos incluirlas en el bloque de constitucionalidad como elementos autónomos. Ello es porque si no eran fuentes en su sistema jurídico de origen, no pueden pasar a serlo por su integración en el sistema nacional, ya que –como dijimos reiteradas veces– el derecho internacional sigue siendo derechos internacional y no pierde ni cambia ninguno de sus atributos al penetrar en el derecho interno: no se ‘transforma’, ‘simplemente ingresa’.

37 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 formas y por mandato de la propia Carta Política –entre otros en los artículos 9, 93, 94, 214, 53 y 102-. Ver, a este respecto, CORTE CONSTITUCIONAL. Entre otras, la Sentencias C-225 de 1995, MP. Alejandro Martínez Caballero); C-578 de 1995, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-358 de 1997, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz, y C-191 de 1998, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz. Entre las normas convencionales y consuetudinarias que la Corte ha identificado como parte del bloque de constitucionalidad, se incluyen aquellas que consagran los derechos de los niños: Sentencia C-1068 de 2003, MP. Jaime Araújo Rentería; las que se incluyen en los tratados de Derecho Internacional Humanitario: Sentencias C-225 de 1995, MP. Alejandro Martínez Caballero y C-578 de 1995, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Americana de Derechos Humanos. Se trata de parámetros de obligatorio cumplimiento dentro del ordenamiento jurídico colombiano, por mandato expreso del artículo 44 Superior, de conformidad con el cual los niños son titulares de la totalidad de derechos consagrados en instrumentos internacionales a su favor. Dichos parámetros han de obrar, a la vez, como criterios obligatorios de interpretación de las normas infraconstitucionales vigentes en nuestro país (...)»³⁸.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Penal, en vigencia de la Ley 1098 de 2006, destacó.

(...) Igualmente, es preciso acotar que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 6º y 141 de la Ley 1098 de 2006, hacen parte integral del estatuto las normas contenidas en la Carta Política, los Tratados o Convenios Internacionales de Derechos Humanos ratificados por Colombia, en especial la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y aprobada mediante la Ley 12 de 1991.

En este sentido, también habrá que tener en cuenta la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966 y aprobado mediante la Ley 74 de 1968, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966 y aprobado por conducto de la Ley 74 de 1968 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), suscrita en 1969 y aprobada en virtud de la Ley 16 de 1972.

El listado, en materia penal, se completa con las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad), adoptadas por la Asamblea General en Resolución 45/112 del 14 de diciembre de

38 *Ibíd.* Sentencia C-203 de 2005.

1990 y las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de la Libertad, adoptadas por la Asamblea General en Resolución 45/113, también el 14 de diciembre de 1990...

Esta visión armoniza con la postura de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sentencia del 19 de noviembre de 1999, en el caso Villagrán Morales y otros, donde destacó, refiriéndose a las Directrices de Riad y las Reglas de Beijing³⁹,

(...) 197. Existe en el expediente referencias documentales al hecho de que uno de los tres niños de los que trata el presente caso, Jovito Josué Juárez Cifuentes, estaba registrado en ‘archivos delincuenciales’ del gabinete de identificación de la Policía Nacional. Al respecto la Corte considera pertinente destacar que, si los Estados tienen elementos para creer que los ‘niños de la calle’ están afectados por factores que puedan inducirlos a cometer actos ilícitos, o disponen de elementos para concluir que los han cometido, en casos concretos, deben extremar las medidas de prevención del delito⁴⁰ y de la reincidencia. Cuando el aparato estatal tenga que intervenir ante infracciones cometidas por menores de edad, debe hacer los mayores esfuerzos para garantizar la rehabilitación de los mismos, en orden a ‘permitirles que desempeñen un papel constructivo y productivo en la sociedad’⁴¹. Es evidente que, en el presente caso, el Estado actuó en grave contravención de estas directrices (...)

Este razonamiento es consecuente con la posición que la misma Corte expone, en su Opinión Consultiva OC-16/99, donde señaló:

(...) El Corpus juris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos esta formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios,

39 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. También aludió a estos instrumentos internacionales, en otros casos como *Bulacio vs Argentina* (2003); *Los niños y adolescentes privados de la libertad en el ‘COMPLEXO DO TATUAPÉ’ DE FEBEM* (2005); *Instituto de Reeducción del Menor vs Paraguay* (2004).

40 ONU. *Directrices de Riad para la prevención de la delincuencia juvenil, adoptadas y proclamadas por la Asamblea General de la ONU en su Resolución 45/112 del 4 de diciembre de 1990, capítulo III, párr. 9.*

41 ONU. *Reglas de Beijing. Reglas mínimas para la administración de la justicia de menores, adoptadas por la Asamblea General de la Naciones Unidas en su Resolución 40/33, del 29 de noviembre de 1985. Quinta parte. Tratamiento en establecimientos penitenciarios, párr. 26.1.*

resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derechos Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones. Por lo tanto, esta Corte debe adoptar un criterio adecuado para considerar la cuestión sujeta a examen en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo (...)

A esto se agrega, que el Comité de los Derechos de los Niños que funciona por disposición de los artículo 43 y ss., de la Convención sobre los Derechos del Niño⁴², al exponer los resultados del seguimiento a la aplicación del mencionado Tratado y formular recomendaciones para su mejor implementación, ha insistido mediante sus Observaciones Generales, sobre la aplicación de estos instrumentos internacionales, señalando, especialmente, en la 10 de 2007, que dentro de los objetivos de la misma estaba

Promover la integración en una política nacional y amplia de justicia de menores de otras normas internacionales, en particular las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing), las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (Reglas de La Habana) y las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad).

42 *Ibid.* CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, artículo 43.1. Con la finalidad de examinar los progresos realizados en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados partes, en la presente Convención, se establecerá un Comité de los Derechos del Niño que desempeñará las funciones que a continuación se estipulan:

Artículo 45. Con objeto de fomentar la aplicación efectiva de la Convención y de estimular la cooperación internacional en la esfera regulada por la Convención:

(...)

b) El Comité transmitirá, según estime conveniente, a los organismos especializados, al Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia y a otros órganos competentes, los informes de los Estados Partes que contengan una solicitud de asesoramiento o de asistencia técnica, o en los que se indique esa necesidad, junto con las observaciones y sugerencias del Comité, si las hubiere, acerca de esas solicitudes o indicaciones;

c) El Comité podrá recomendar a la Asamblea General que pida al Secretario General que efectúe, en su nombre, estudios sobre cuestiones concretas relativas a los derechos del niño;

d) El Comité podrá formular sugerencias y recomendaciones generales basadas en la información recibida en virtud de los artículos 44 y 45 de la presente Convención. Dichas sugerencias y recomendaciones generales deberán transmitirse a los Estados Partes interesados y notificarse a la Asamblea General, junto con los comentarios, si los hubiere, de los Estados Partes.

A propósito de la opinión consultiva, las recomendaciones del Comité sobre los derechos del Niño, contenidas en observaciones generales, y la jurisprudencia internacional citadas⁴³, debe precisarse, que las mismas, vienen siendo consideradas como pautas de interpretación en materia de derechos humanos, y que al igual que las resoluciones en estudio, se discute su integración al bloque de constitucionalidad, siendo importante resaltar, que los altos tribunales nacionales e internacionales se refieren a ellos cuando de establecer el alcance de los derechos humanos se trata⁴⁴. Esta clase de documentos, que junto a otros hacen parte del llamado *soft law* o derecho suave,

*(...) no hacen parte mecánica del 'Bloque de Constitucionalidad', pero no solo pueden ser utilizados doctrinariamente para interpretar el sentido de las disposiciones constitucionales sino que, con cautela, es posible concluir que algunos de ellos, en la medida en que pueden ser considerados interpretaciones autorizadas de tratados de derechos humanos ratificados por Colombia (CP Artículo 93), o expresiones consuetudinarias de derechos Internacional Humanitario (CP Artículo 214), o concreción de principios generales de Derecho Internacional aceptados por Colombia (CP Artículo 9) pueden entenderse incorporadas al bloque de constitucionalidad (...)*⁴⁵.

De esta forma, la discusión que se plantea, sobre la integración de las Reglas de Beijing, las Directrices de Riad, las Reglas de la Habana y la Reglas de Tokio, al bloque de constitucionalidad, queda zanjada en los términos expresados por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pues sin afirmar

43 OEA. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Relatoría sobre los Derechos de la Niñez. *Informe sobre el castigo corporal y los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes*, 2009. En: <http://www.cidh.org> (...) 21. *Resulta pertinente precisar que la existencia de un corpus juris no sólo incluye el texto de la Convención sobre los Derechos del Niño sino también las decisiones adoptadas por el Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas en cumplimiento de su mandato. Tal perspectiva representa un avance significativo que evidencia no sólo la existencia de un marco jurídico común en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos aplicable en materia de niñez sino también la interdependencia que existe en el ámbito internacional entre los distintos sistemas internacionales de protección de los derechos humanos de las niñas y los niños (...)*.

44 UPRIMNY YEPES. Ob. Cit., p. 105. *Por una parte, todos esos documentos tienen un indudable valor doctrinario, al menos como fuente auxiliar para determinar el alcance de los derechos constitucionales. Por la otra, si un documento del soft law, como una resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, expresa una interpretación autorizada de un tratado, y dicho tratado hace parte a su vez del 'Bloque de Constitucionalidad', entonces resulta razonable concluir que dicha resolución también puede entenderse incorporada al 'Bloque de Constitucionalidad' para efectos interpretativos (...)*.

45 *Ibid.*, pp. 105-106.

que hacen parte del mismo, sirven como herramientas de interpretación, de referente obligatorio, al estar en armonía y desarrollar los tratados internacionales sobre derechos humanos. En otras palabras, en la labor de interpretación y aplicación de derechos de NNA, deben atenderse junto a los normas que conforman el bloque de constitucionalidad, los restantes instrumentos que los desarrollan y son la proyección de los mismos, las cuales para el SRPA, son las citadas Reglas de Beijing, Directrices de Riad, Reglas de la Habana y las Reglas de Tokio, entre otros.

Ahora bien, el tema del bloque de constitucionalidad, adquiere mayor relevancia en materia penal, toda vez que la Ley 906 de 2004, consagró como causal para acudir en casación “1. La falta de aplicación, interpretación errónea, o aplicación indebida de una norma del bloque de constitucionalidad, constitucional o legal, llamada a regular el caso” –artículo 181- de donde surge que la delimitación a partir del texto constitucional –artículo 93- permitirá el control por medio del mencionado recurso por la Corte Suprema de Justicia⁴⁶.

Eso sí, consideramos, que si se acude a ese recurso, aludiendo el desconocimiento de las Reglas de Beijing, las Reglas de la Habana, las Reglas de Tokio o las Directrices de Riad, se deberá concatenar la disposición o recomendación a la cual se acude, con la norma de la Convención sobre los Derechos del Niño o cualquier otro tratado internacional sobre derechos humanos que se hubiese desconocido, pues si éstas en el fondo son el desarrollo de aquéllos, el fundamento normativo finalmente recae en el tratado internacional, pero además, porque, como se anotó, estos instrumentos internacionales pueden integrarse al bloque de constitucionalidad, pero, para efectos interpretativos.

46 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, sentencia del 20 de octubre de 2005, rad. 24026, MP. Mauro Solarte Portilla. (...) *Pues bien, desde esa perspectiva, del programa penal de la Constitución se puede concluir que el proceso penal se concibe como un método dialéctico que busca ante todo el respeto de las garantías y derechos de quienes en él intervienen, la aproximación a la verdad histórica y la aplicación del derecho sustancial (bloque de constitucionalidad). En ese orden, el recurso de casación debe ser consecuente con esa axiología. No por otra razón, de acuerdo con ese sentido, el artículo 180 de la ley 906 de 2004, define el recurso extraordinario como un control constitucional y legal que busca la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías debidas a los intervinientes, la reparación de los agravios inferidos a éstos y la unificación de la jurisprudencia (...)*

Ap

ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

El o la discente deberá leer la sentencia C-203 de 2005 proferida de la Corte Constitucional y a partir de ella, establecer si los derroteros expuestos por el alto Tribunal fueron apreciados por el legislador al expedir el Código de la Infancia y la Adolescencia.

Ae

AUTOEVALUACIÓN**CASO “LA VANIDAD DE LORENA”**

Lorena de 15 años de edad, el 5 de agosto de 2008, luego de salir del colegio donde curso grado 11, ingresa al autoservicio ubicado a dos cuadras de su casa y toma de la sección de cosméticos, un fino perfume de \$200.000, y luego se desplaza a la sección de víveres donde toma, una libra de arroz, una bolsa de leche, una bolsa de pan y dos latas de atún. Pensando que no es observada, y recordando que su amiga Patricia le comentó el día anterior, que había ido a ese lugar y había logrado sacar entre la chaqueta, una loción para su novio, sin que se dieran cuenta, cuidadosamente guarda el perfume entre su ropa interior y pasa a la caja con los restantes elementos los cuales paga, excepto el perfume que llevaba escondido. En la salida del establecimiento es retenida por el guardia de seguridad, quien le indica que en la cámara de seguridad del almacén, se aprecia cuando ella toma el perfume, y le solicita lo acompañe a la administración para requisarla pues está seguro que en alguna parte guardó el perfume, pues en el desprendible de pago se evidencia que no lo pagó. Al llegar a la mencionada oficina, ante la administradora del almacén, Lorena estalla en llanto y procede a entregar el perfume, por lo que la funcionaria le indica que por políticas de la cadena de tiendas, debe pagar el doble del valor de lo hurtado, es decir, \$400.000, pues de otra forma deberá ponerla a disposición de la Policía. Angustiada, Lorena

Ae

llama a su amiga Patricia, le cuenta lo sucedido y le ruega que le consiga los \$400.000, pero Patricia le contesta que no tiene como conseguirlo, que eso le pasa por boba, y que mejor se comunique con sus padres para que éstos la ayuden, pues ella no sabe qué hacer. La joven se abstiene de comunicarse con sus padres pues teme por la reacción de éstos, toda vez que ellos varias veces le han llamado la atención porque en algunas oportunidades cuando la mandan a comprar algo al supermercado, ella toma chocolatinas de los estantes, se las come dentro del almacén y no las paga. Finalmente, la administradora llama a la Policía de la Infancia y la Adolescencia, y la adolescente es llevada ante el Fiscal delegado para el SRP, quien procede, dentro del término legal a presentarla ante el Juez Penal para adolescentes con Función de Control de Garantías, para la legalización de la captura y formulación de imputación. Luego de las entrevistas con el equipo de la Defensoría de Familia, la adolescente convence a la Defensora de Familia de no informarle a sus padres lo que sucede, decisión que considera prudente para evitarle problemas a la joven en su hogar, sobretodo, porque en diálogo con el Fiscal, éste le indicó que como no pedirá medida de internamiento preventivo, luego de la audiencia la joven quedará en libertad. El defensor público, marca el número telefónico del padre de la adolescente pero no le responden.

Iniciada la audiencia, el Juez señala que la misma será reservada y ordena al custodio cerrar la puerta del recinto. Quedan dentro, para participar de la audiencia, el Fiscal, el Defensor Público, la Defensora de Familia, el apoderado del Almacén y la adolescente. Identificados los presentes, el Fiscal expone las circunstancias de la captura, y en ese momento golpean a la puerta, y el custodio anuncia que se trata del padre de la joven, quien manifiesta que se enteró de la situación de su hija por una llamada telefónica realizada por su amiga Patricia y pide se le permita ingresar. El Juez inicialmente le niega el ingreso argumentando que la

Ae

audiencia ya se inició, pero ante el llanto de la adolescente, cambia su decisión y autoriza el ingreso del progenitor.

Finalmente, el Juez imparte legalidad a la captura, le permite al Fiscal comunicar la imputación por el delito de hurto agravado en grado de tentativa, y seguidamente, dispone la libertad de la joven ordenando entregarla a su padre, quien en ese momento manifiesta que no la recibe porque no quiere convivir con una ladrona, que es un mal ejemplo para sus dos hermanas de 12 y 13 años, y que además, no recuerda haberle dado permiso para ir a ese almacén, sino a otro donde los artículos son mejores y más baratos. Agrega, que afortunadamente no permitió que viniera la madre, porque a ella si la habría convencido con el llanto. Concluye indicando que de todas maneras ella es su hija, es buena estudiante, ayuda en la casa y la quiere, pero que la dejan al menos un mes en un reformatorio para que escarmiente y aprenda a respetar lo ajeno.

- ¿Considera que en este caso se han respetado los derechos de Lorena?
- ¿Usted como Juez con funciones de control de Garantías, le impartiría legalidad a esa captura?
- ¿Qué piensa del desempeño de cada funcionario en este caso?
- ¿Cuál es el camino a seguir luego de las manifestaciones del padre de la adolescente?
- ¿Considera que se puede utilizar algún mecanismo alternativo para evitar la judicialización de la joven?

J

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional

Sentencias T-408 de 1995, T-582 de 1999, T-397 de 2004, C-203 de 2005, T-934 de 2007 y C-1003 de 2007.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Sentencia del 20 de octubre de 2005, rad. 24026, MP. Mauro Solarte Portilla.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Caso Bulacio vs Argentina (2003); caso Los niños y adolescentes privados de la libertad en el 'COMPLEXO DO TATUAPÉ' DE FEBEM (2005); Caso Instituto de Reeducación del Menor vs Paraguay (2004); y caso Villagrán Morales vs Guatemala (1999).

Unidad 2

CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Og

OBJETIVO GENERAL DE LA UNIDAD

- Conocer los derechos de niños, niñas y adolescentes reconocidos en el contexto de la Convención, en especial, los relativos a los infractores de la ley penal.
- Establecer el alcance del principio del interés superior de niños, niñas y adolescentes cuando son sujetos de la acción penal.

Oe

OBJETIVOS ESPECÍFICOS DE LA UNIDAD

Establecer los temas relevantes de la Convención sobre los derechos del Niño, respecto de la responsabilidad penal de NNA.

2.1 ALCANCE DE LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

La canción Lógica

*Cuando era joven,
la vida me parecía maravillosa,
un milagro, era hermosa, mágica,
y todos los pájaros en los árboles
cantaban tan felizmente,
con alegría y juguetones, me miraban.*

*Pero luego, me mandaron fuera
para aprender a ser sensato,
lógico, responsable, práctico.
Me enseñaron un mundo
donde podía mostrarme digno de confianza,
clínico, intelectual, cínico.*

*Hay momentos cuando todo el mundo duerme
en que las preguntas se vuelven demasiado profundas
para un hombre tan sencillo como yo.
¿Quieres decirme, por favor, lo que hemos aprendido?*

*Sé que suena absurdo,
pero, por favor, dime quién soy.*

*Ahora, cuidado con lo que dices
o te van a llamar radical,
liberal, fanático, criminal.*

*¿No quieres apuntarte?
nos gustaría sentir que fueras
aceptable, respetable, presentable, ¡un vegetal!*

*Hay momentos cuando todo el mundo duerme,
en que las preguntas se vuelven demasiado profundas*

*para un hombre tan sencillo como yo.
 ¿Quieres decirme, por favor, lo que hemos aprendido?
 se que suena absurdo,
 pero, por favor, dime quién soy, quién soy, quién soy.*

*Cuando era joven
 la vida era condenadamente maravillosa⁴⁷.*

Se expresa así, la incertidumbre sobre la cual versa el pensamiento del o la adolescente, detallando su visión del Mundo y a la vez, la influencia que recibe del mismo. En otros términos, muestra la transformación de la adolescencia en adultez, que está marcada por su evolución física y psicológica, que se expresa en dilemas, actitudes, comportamientos, etc., determinados por factores genéticos, familiares, sociales y económicos.

Precisamente, es esa evolución la que marca la diferencia entre NNA y adultos, sin que la condición cronológica del momento del desarrollo en la cual se encuentren, genere distinción cuando se trata del reconocimiento de los derechos humanos. En punto del reconocimiento de estos derechos, es que la ONU promueve la Convención sobre los Derechos del Niño (agregamos Niña), pues como se vio en la unidad anterior, en el transcurso de la historia, venían siendo desconocidos, y se buscó construir un sistema de protección integral material y no aparente, en el cual NNA sean tratados como sujetos de derechos, pero además, brindarles prioridad por tratarse de una franja poblacional vulnerable y constantemente violentada.

La trascendencia de este tratado internacional, radica en el compromiso de todos los Estados que lo han suscrito⁴⁸, con la protección integral de NNA y la consagración del principio del interés superior NNA, como fundamento de prioridad en cualquier situación en donde ellos estuvieren de por medio.

47 *The Logical Song* (La canción lógica). Composición de Rick Davies y Roger Hodgson, en 1979. Traducción libre.

48 *Todos los integrantes de Naciones Unidas, salvo Estados Unidos.*

El respeto por todos los derechos humanos sin distinción, el desarrollo armónico, bienestar y en general la creación de un ambiente de “felicidad, amor y comprensión” para NNA, expresan el objetivo que se traza en el tratado. Para el efecto, exige de cada Estado, la familia y la sociedad compromisos en ese sentido.

*(...) Los niños y adolescentes, es decir, los menores de edad, en virtud de su nivel de desarrollo físico y mental –que les hace especialmente vulnerables e indefensos frente a todo tipo de riesgos-, necesitan protección y cuidados especiales, tanto en términos materiales, psicológicos y afectivos, como en términos jurídicos, para garantizar su desarrollo armónico e integral y proveer las condiciones que necesitan para convertirse en miembros autónomos de la sociedad. Recogiendo este axioma básico, consagrado en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, el artículo 44 de la Constitución Política dispone que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás; al interpretar este mandato, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que los menores de edad tienen el status de sujetos de protección constitucional reforzada, condición que se hace manifiesta –entre otros efectos- en el carácter superior y prevaleciente de sus derechos e intereses, cuya satisfacción debe constituir el objetivo primario de toda actuación (oficial o privada) que les concierna (...)*⁴⁹.

Ahora, la Convención, consecuente con la visión de la ONU, reitera las recomendaciones de la Reglas de Beijing, condensando las mínimas garantías que se deben brindar a NNA, especialmente en lo relativo con el debido proceso, el trato digno conforme con la ley y la atención especial para los NNA, involucrados en conflictos armados (artículos 37 y ss.). De la misma forma, promueve la erradicación de todo acto que implique discriminación, especialmente debido a la edad.

Contextualizando el alcance de la Convención, Emilio García Méndez, experto en temas de NNA, al ser consultado por la Corte Interamericana para el caso Bulacio vs Argentina, destacó:

49 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-203 de 2005.

(...) Los abusos policiales mantienen una intensidad y frecuencia preocupante en América Latina. Es razonable plantear la hipótesis de que existe una fuerte relación de causa efecto entre la frecuencia e intensidad de los abusos policiales y las detenciones arbitrarias, y de estas últimas, a su vez, y con el concepto de 'protección', tal como éste se presenta en la cultura jurídica 'minorista'.

Respecto de las aprehensiones policiales arbitrarias en Argentina, pareciera regir un criterio estricto y restrictivo para los mayores de edad y un criterio mucho más laxo y discrecional para los menores.

Durante casi 70 años, desde 1919 hasta la aprobación y ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño en 1989, las detenciones arbitrarias de menores no sólo constituyeron una práctica habitual, sino que además convivieron pacíficamente con la doctrina y la legislación vigente.

Ha sido la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 la que ha permitido, paradójicamente, entender el carácter flagrantemente inconstitucional de todo el soporte jurídico de 'protección-represión' de la infancia pobre en la Argentina. En este sentido, la política de asistencia social de los niños pobres y de los adolescentes rebeldes y marginados fue organizada con base en la violación sistemática de los más elementales preceptos constitucionales.

Para que una aprehensión policial sea acorde con los estándares internacionales de derechos humanos, las causales para privar de la libertad a una persona (mayor o menor de edad) deben estar previamente establecidas por una ley en sentido formal, obviamente de conformidad con la Constitución Nacional⁵⁰. En segundo lugar, los procedimientos para llevarla a cabo deben estar objetivamente definidos en una ley.

En tercer lugar, aún cuando la aprehensión policial se ajuste a lo señalado por la ley, no debe ser arbitraria, es decir, debe ser razonable, previsible y proporcional en el caso particular. Asimismo, debe

50 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE ARGENTINA, artículo 18, por ejemplo.

asegurarse un respeto irrestricto de las garantías judiciales a toda persona privada de la libertad. Tratándose de una persona menor de edad, es imprescindible, además, que su familia sea notificada de la medida y de los motivos de ésta en forma inmediata o en el plazo más breve posible, como resguardo esencial para la tutela de sus derechos.

Los principales obstáculos para el respeto de los derechos humanos de la infancia no están constituidos sólo por una técnica jurídica ambigua y defectuosa, sino sobre todo por una cultura jurídica estereotipada en torno al sentido y alcance de la debida protección a sujetos cuya vulnerabilidad, en buena medida, ha sido artificialmente construida.

En el Caso Bulacio se presentaron varios elementos que lo convierten en emblemático. En primer lugar, la existencia de una efectiva regulación normativa violatoria de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales de derechos humanos, incluido el Memorándum No. 40. Por otro lado, la persistencia de una política más o menos sistemática de razzias⁵¹, aceptada, sobre todo en relación

51 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia del 18 de septiembre de 2003. Caso Bulacio vs Argentina. Dentro de este fallo, la señora Sofía Tiscornia, antropóloga, Directora del Programa de Antropología Política y Violencia Institucional de la Sección de Antropología Social de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires y Directora del Instituto de Estudios e Investigaciones de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires, explica respecto del término 'razzia': (...) Actualmente se denomina razzia a los operativos policiales sorpresivos que tienen por objeto rodear un predio, una población, una calle, un recital de rock, un barrio; impedir los movimientos de las personas que quedan atrapadas en este rodeo, obligarlas a subir a móviles policiales o a transportes públicos colectivos y conducirlos a territorio policial; en general, a comisarías. Las razzias pueden estar orientadas a grupos poblacionales sin distinción de sexo, edad u ocupación, o grupos sectarios, jóvenes o minorías sexuales. En el caso particular de la Argentina, los sectores que se ven principalmente afectados por este tipo de 'razzias' son los sectores más jóvenes, pobres y trabajadores. Lo que se hace en esos procedimientos es 'despojar [a las personas] de sus más elementales derechos' y, consecuentemente, se presenta un proceso de deshumanización, en donde la policía 'exige obediencia, cumplimiento irrestricto de órdenes y gritos [...], sumisión y servilismo' (...) Las razones que dan origen a estas prácticas policiales son principalmente tres: primera, el 'control represivo y disciplinante de las poblaciones', con el propósito ejemplarizante para los sectores pobres, trabajadores y jóvenes, bajo la ideología del estado peligroso sin delito; segunda, estas detenciones forman parte del trabajo burocrático policial con la doble finalidad: de demostrar a los superiores que se trabaja y, responder, a las demandas de los medios de comunicación o de determinados sectores que reclaman una mayor seguridad; y como tercera, ejercen un control que permite detectar pequeñas ilicitudes, la venta ambulante, la prostitución y otros oficios de la pobreza y, también, el cobro de cánones a cambio de permisos para ejercer esos oficios, que nutren la llamada 'caja chica' del poder policial (...).

con los jóvenes, como una forma de prevención especial. Asimismo, estuvo presente la vigencia de altos niveles de impunidad de acciones delictivas policiales, especialmente en relación con los menores de edad. Finalmente, en el caso Bulacio fue determinante la persistencia de una cultura de la ‘protección’ que no quiere, no puede o no sabe proteger a sectores vulnerables, si no es por medio del abandono o debilitamiento de derechos y garantías.

Finalmente, es indispensable una adecuada interpretación de las garantías que establece la Convención Americana para mayores y menores de edad, en consonancia con lo afirmado en la Opinión Consultiva OC-17/02, Condición jurídica y derechos humanos del niño, emitida por la Corte Interamericana, como orientación para encauzar la actividad estatal en el respeto riguroso de los derechos humanos de todas las personas (...)⁵².

Con esta visión, el mensaje que lanza la Convención en materia de delincuencia, apunta en primer lugar, a propiciar la fijación de la edad en la cual cada legislación llamará a responder penalmente por conductas delictuales a NNA, el establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños y niñas no tienen capacidad para infringir la ley penal, edad que en Colombia, atendiendo el artículo 142 del CIA⁵³, se fijó en 14 años, es decir, que los NNA menores de 14 años no son responsables penalmente, sino que están sujetos a medidas en el marco del restablecimiento de derechos por vía administrativa, a cargo del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), y sus Defensores o Defensoras de Familia (artículos 82-1, 50 y ss. CPC y 143 CIA).

52 *Ibíd.*

53 CIA, artículo 142. **EXCLUSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES.** *Sin perjuicio de la responsabilidad civil de los padres o representantes legales, así como la responsabilidad penal consagrada en el numeral 211 del artículo 25 del Código Penal, las personas menores de catorce (14) años, no serán juzgadas ni declaradas responsables penalmente, privadas de libertad, bajo denuncia o sindicación de haber cometido una conducta punible. La persona menor de catorce (14) años deberá ser entregada inmediatamente por la policía de infancia y adolescencia ante la autoridad competente para la verificación de la garantía de sus derechos de acuerdo con lo establecido en esta ley. La policía procederá a su identificación y a la recolección de los datos de la conducta punible. Tampoco serán juzgadas, declaradas penalmente responsables ni sometidas a sanciones penales las personas mayores de catorce (14) y menores de dieciocho (18) años con discapacidad psíquico o mental, pero se les aplicará la respectiva medida de seguridad. Estas situaciones deben probarse debidamente en el proceso, siempre y cuando la conducta punible guarde relación con la discapacidad.*

En segundo lugar, atender el principio de legalidad del delito y por lo tanto,, no permitir que NNA sean procesados por conductas que previamente no hubiesen sido contempladas como delito. Esta regla fue fijada en el artículo 152 del CIA, pero ya se encontraba establecida en el artículo 6 de la Ley 599, en cumplimiento del artículo 29 Constitucional.

En tercer lugar, rodear los procedimientos para NNA, de las garantías procesales mínimas, diseñando procesos especiales, los cuales incluyen el trato digno, derecho de defensa, la presunción de inocencia, la segunda instancia, el derecho a no autoincriminarse, el derecho a controvertir la prueba y presentar las de descargo en condiciones de igualdad, etc. Adicionalmente, en procura de respetar su condición y consecuente con el objetivo de protección, propugna por el respeto a su intimidad, el acercamiento y apoyo familiar, la fijación de un procedimiento sin demoras, e igualmente, brindarles la oportunidad de expresar sus opiniones.

El último de los derechos mencionados, aparece consagrado en el artículo 26 de la Ley 1098; sin embargo, en el diseño procesal del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes (SRPA), no se ubican los espacios en donde el o la adolescente lo puede ejercer, salvo lo señalado en el artículo 180-4 de la citada Ley, durante la ejecución de la sanción. La importancia de este derecho, la destaca el Comité de los Derechos del Niño, en la Observación 12 de 2009, al recomendar las pautas que se deben tener en cuenta para que ese derecho no se asuma como una simple formalidad, sino que se tome en serio y permita su ejercicio material por los NNA.

Por otra parte, el debido proceso lo fija la misma Ley en el artículo 26, y luego en el artículo 144, al señalar que el SRPA se *“regirá por las normas consagradas en la ley 906 de 2004 (Sistema Penal Acusatorio), exceptuando aquellas que sean contrarias al interés superior del adolescente”*. Con esta fórmula y las particularidades destacadas en el CIA, el legislador colombiano considera cumplido lo dispuesto en la Convención, cuando dispone la creación de un proceso especial y diferenciado, postura avalada por la Corte Constitucional⁵⁴.

54 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-740 de 2008. (...) *En estas condiciones, se puede establecer que el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes consagrado en la Ley 1098 de 2006 tiene carácter específico o especial, lo cual guarda concordancia con la protección especial de los*

Y, en cuarto lugar, advierte que los NNA que deban ser procesados como infractores de la ley penal, deben ser tratados “... *de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción...*” –artículo 40 inc. Final-, estableciendo diversas medidas con un sentido orientador y formativo, alternativas al internamiento, buscando que la privación de la libertad se utilice excepcionalmente, durante el período más breve y como último recurso –artículo 37b-.

Este objetivo es acogido en el CIA, en su artículo 1 al definir la finalidad de esa codificación, luego en el artículo 140, al establecer la finalidad del SRPA, y concretar después, en los artículos 178 y 179, los criterios para definir las sanciones y las finalidades de las mismas. De la lectura de estas normas, se puede ver que el legislador busca la protección y bienestar de los y las adolescentes en consideración, principalmente, a sus necesidades; también permite apreciar la naturaleza y gravedad de los hechos, como un factor por considerar al momento de imponer la sanción, por lo tanto, es deber del Juez, estudiar el contexto en el cual se encuentra el o la adolescente y ponderarlo junto a la gravedad de la infracción, para adoptar la medida adecuada, alejándose de la visión retributiva que marca en gran parte, la justicia penal de adultos.

Considerando este alcance legislativo, es preciso afirmar, que “... *el ‘sistema de cuartos’ de que trata el artículo 61 de la ley 599 de 2000 no es aplicable a los procesos de que trata la Ley de la Infancia y la Adolescencia, porque la Ley 1098 de 2006 no lo contempla...*”, conforme lo señaló la Corte Suprema⁵⁵, pues

niños, consagrada en los artículos 44 y 45 de la Constitución y en los tratados internacionales citados. En este sentido, por una parte, las remisiones que en forma complementaria hacen los artículos 144 y 151, inciso 2º, de la Ley 1098 de 2006 a la Ley 906 de 2004, que contiene el nuevo Código de Procedimiento Penal y regula un procedimiento con tendencia acusatoria, y, por otra parte, la inclusión de funcionarios de la Fiscalía General de la Nación en el citado sistema, por parte del artículo 163, num. 1 y 5, de la primera ley, no desvirtúan la naturaleza específica o especial del procedimiento de responsabilidad penal para adolescentes y en, cambio, amplían las garantías de las que tales menores pueden ser beneficiarios (...).

55 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Providencia del 21 de octubre de 2009, rad. 32004, MP. Yesid Ramírez Bastidas.

ese sistema de dosificación no está diseñado para graduar sanciones con una finalidad protectora⁵⁶, educativa⁵⁷ y restaurativa⁵⁸.

Oportuno es anotar, por demás, que en la misma sentencia, la Corte precisó, que las disminuciones de las cuales trata el artículo 351 de la Ley 906 de 2004, sólo tienen cabida cuando se trata de la sanción de privación de la libertad y no en las restantes sanciones:

(...) En otras palabras, a una medida de libertad asistida por término de seis (6) meses en la que al adolescente V.H.N.C. se lo somete a un programa de orientación y atención especializado, que para el caso debe cumplir con la supervisión de su madre JUDITH ..., se proyecta de una parte, en un imposible hacer operar el sistema acusatorio en lo que corresponde a las rebajas del artículo 351, y de otra, de hacerse,

-
- 56 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-228 de 2008. (...) *En relación con la protección constitucional a los adolescentes, la Corte ha considerado que ellos están comprendidos en el concepto de 'niños' de que trata el Artículo 44 de la Constitución y por lo tanto, gozan de protección especial por parte de la familia, la sociedad y el Estado y son titulares de los derechos fundamentales en él consagrados, que prevalecen sobre los derechos de los demás. En este sentido ha señalado que la distinción constitucional entre niños y adolescentes no tiene como finalidad otorgar a estos últimos, distinta protección, sino otorgarles participación en los organismos públicos y privados que adopten decisiones que les conciernen, teniendo en cuenta su mayor grado de desarrollo...*
- 57 ONU. Comité de los Derechos del Niño. Observación General 1, párr. 9. *La educación también debe tener por objeto velar por que se asegure a cada niño la preparación fundamental para la vida activa y por que ningún niño termine su escolaridad sin contar con los elementos básicos que le permitan hacer frente a las dificultades con las que previsiblemente se topará en su camino. Los conocimientos básicos no se limitan a la alfabetización y a la aritmética elemental sino que comprenden también la preparación para la vida activa, por ejemplo, la capacidad de adoptar decisiones ponderadas; resolver conflictos de forma no violenta; llevar una vida sana, tener relaciones sociales satisfactorias y asumir responsabilidades, desarrollar el sentido crítico, dotes creativas y otras aptitudes que den a los niños las herramientas necesarias para llevar adelante sus opciones vitales.*
- 58 FRIEDMAN VOLOSKY, Loreley. *Justicia restaurativa. Nuevas formas de tratamiento para delincuentes juveniles*. En: www.cienciaspenales.net Sin desconocer los derechos del procesado, (...) *Al sentenciar debe tenerse en consideración que el ofensor reconozca la libertad, el dominio y el status de la víctima, para restaurárselo. Para ello debe haber una forma de compensar el daño hecho a la víctima, a su dominio personal. Asimismo, debe darse seguridad a la comunidad de manera de deshacer el impacto negativo que el delincuente ha generado sobre el dominio de la víctima. En consecuencia, es menester que el sujeto ofensor se arrepienta de todo el daño que ha causado tanto a la víctima como a la comunidad, lo que se ha denominado vergüenza reintegrativa. Lo anterior, se basa en el predicado de que en el ofensor falta una conciencia que lo sancione y detenga al momento de cometer las transgresiones, puesto que no ha aprendido a interpretar ni a aceptar las normas que rigen la sociedad, normas que teóricamente debieran ser justas y correctas. Desde ese punto de vista, no estaría integrado valóricamente ni fácticamente a una actitud de interrelación e interdependencia. En resumen debe generarse un equilibrio donde la víctima, la comunidad y el ofensor sean considerados (...).*

antes que procurarle un beneficio lo que se genera es un perjuicio, pues bajo los alcances de esa medida el adolescente recibe protección y enseñanzas a su favor (...).

El alcance dado, si bien deja un tinte de la doctrina de la situación irregular, en donde se acudía a la protección como mecanismo de someter al NNA, impulsa a que el Juez busque una compensación distinta a la rebaja en tiempo ante la aceptación de los cargos, pues el artículo 179 núm. 4 del CIA, consagra el allanamiento a la imputación como criterio para definir la sanción. Se puede pensar entonces, que ante la aceptación de los cargos, el Juez de manera expresa elija una modalidad de sanción no privativa de la libertad de menor exigencia, la concesión de permisos, el anuncio de revisiones periódicas con miras a suspender la sanción, etc.

Es claro, que el CIA fijó las reglas a las cuales debe acudir el Juez para *definir* las sanciones –artículo 179–, las cuales debe modular frente a cada una de las contempladas –amonestación, reglas de conducta, prestación de servicios a la comunidad, libertad asistida, internación en medio semi-cerrado, y privación de libertad en centro de atención especializado– y así concluir frente al caso concreto, cuál es la que reúne mejores condiciones para la adecuada formación del o la adolescente declarado o declarada responsables penalmente. Este criterio se reafirma, al apreciar que la Observación 10 del Comité de los derechos del Niño, enfatiza que contrario a la retribución que impera en la justicia de adultos y que se refleja en el *quantum punitivo*, no acompasa con la rehabilitación y protección que debe dispensarse a los y las adolescentes.

En otras palabras, la cuantificación de la temporalidad de la sanción, no está dada en férreos espacios de tiempo determinados de antemano por el legislador, sino que se enmarca en hitos temporales movibles, para que el Juez con discrecionalidad (no arbitrariedad)⁵⁹, analice y pondere

59 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-031 de 1995. (...) *No debe confundirse lo arbitrario con lo discrecional. En lo arbitrario se expresa el capricho individual de quien ejerce el poder sin sujeción a la ley. El poder discrecional por el contrario, está sometido a normas inviolables como las reglas de derecho preexistentes en cabeza del órgano o funcionario competente para adoptar la decisión en cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares, a fin de proteger la vida, honra y bienes de los asociados, así como sus derechos y libertades.*

Dentro de la facultad discrecional, el poder o la competencia no tiene prefijada su decisión de una manera rígida, sino que en atención a la complejidad y variación de los factores de los asuntos

cuál es la medida más adecuada, atendiendo a las condiciones del o la responsable, al igual que la gravedad de la conducta, es decir, le permite atender con mejor criterio sus necesidades, sin desconocer la respuesta que el Estado debe dar a la infracción cometida. Esta discrecionalidad la contemplan y recomiendan las Reglas 6, 17 y 18 de Beijing, enfatizando en la formación adecuada del funcionario encargado de imponer la sanción, el asesoramiento de expertos y el establecimiento de controles a esas facultades para evitar que se desborden o desvíen.

Por último, la exigencia de la Convención para que a los NNA, se les respete la condición de sujetos de derecho, es tomada en el CIA, al señalar en su artículo 3, que *“para todos los efectos de esta ley son sujetos titulares de derechos todas las personas menores de 18 años”*, y luego al delimitar la responsabilidad del Estado y la de los padres, en sus artículos 11 y 14, las cuales enfoca hacia la protección. De la misma forma, cuando en el párrafo del artículo 140, establece que *“en ningún caso, la protección integral puede servir de excusa para violar los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes”*, cerrando la posibilidad de utilizar la protección, que de manera especial y diferenciada se presenta en el proceso penal, para casos o situaciones que no se contemplan en la ley. Se erradica con esto, la costumbre de llevar al SRPA, casos o situaciones que no configuran conductas delictuales o que si lo son, no merecen enfrentarse con medidas preventivas o sanciones drásticas, pero que debido a las condiciones de NNA, ameritan la utilización de mecanismos protectivos por la vía administrativa de restablecimiento de derechos, por ejemplo: el consumo de estupefacientes, brotes de rebeldía, vagancia, desobediencia, etc.

sometidos a su jurisdicción, debe aplicar el precepto más adecuado y justo a la situación concreta, ateniéndose a los objetivos fijados por la Constitución y la ley, ajenos a su libre capricho (...).

2.2 PRINCIPIOS QUE ORIENTAN LA CONVENCIÓN

La Convención, en cuanto se refiere a la responsabilidad penal, versa sobre cinco principios generales⁶⁰:

2.2.1 El principio de no discriminación (artículo 2º)⁶¹

Este principio busca romper con los esquemas diferenciadores que desconocían los derechos de los niños, pero sobretodo de las niñas⁶², manteniéndolos relegados en la sociedad. Exhorta además, para que se tenga en cuenta grupos vulnerables de NNA, por ejemplo: niños de la calle, minorías raciales o étnicas, discapacitados, etc.

La criminalización de actos debido a la condición, por ejemplo: la vagancia, la deserción escolar y el abandono del hogar, deben ser rechazados, pues éstos pueden ser atendidos con los mecanismos de restablecimiento de derechos con asesoría profesional.

Para evitar la estigmatización del infractor⁶³, se debe crear mecanismos que propicien la inclusión de los NNA, así como inculcando en la sociedad, el derecho que éstos tienen a desempeñar una función constructiva en la misma –artículo 40-1-.

60 ONU. CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Observación General 10.*

61 *Ibíd.*, artículo 2: 1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

62 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-507 de 2004. (...) Las disposiciones internacionales fijan parámetros de protección que deben brindarse por igual a los menores de ambos géneros, sin embargo, debido a las diferencias que existen en ambos casos, en especial, a la mayor tradición de discriminación hacia la mujer, se contemplan medidas de protección específicas para las niñas y las adolescentes, encaminadas a propiciar una igualdad real (...).

63 ONU. *Informe sobre la juventud mundial.* Asamblea General y Consejo Económico y Social, 2005., p. 87. Los jóvenes delincuentes suelen ser víctimas de exclusión económica y social. Hay una gran correlación recíproca entre las bajas tasas de delincuencia y la inclusión y el control sociales. En los últimos 10 años se han incrementado las prácticas eficaces que promueven la seguridad de la comunidad y reducen los delitos en las zonas urbanas, que incluyen el conocimiento acerca de diversas

Es importante destacar aquí, el llamado del Comité de los Derechos del Niño, en su Observación General 11, del 12 de febrero de 2009, párrafos 22 y 25, relativa a los NNA indígenas, en procura de su protección,

(...) Cuando existan prácticas perniciosas, como los matrimonios precoces y la mutilación genital de la mujer, el Estado parte debería colaborar con las comunidades indígenas para acabar con ellas. El Comité insta encarecidamente a los Estados partes a que organicen y pongan en práctica campañas de concienciación, programas de educación y disposiciones legislativas encaminadas a cambiar las actitudes y a rectificar los papeles y estereotipos de género que contribuyen a las prácticas perjudiciales⁶⁴ (...) igualmente, para que se apliquen (...) medidas especiales para que los niños indígenas puedan acceder a servicios culturalmente apropiados en los ámbitos de la salud, la nutrición, la educación, las actividades recreativas, los deportes, los servicios sociales, la vivienda, el saneamiento y la justicia juvenil⁶⁵.

De la misma forma, en lo relativo a la justicia juvenil, alienta a los Estados para que apoyen a los pueblos indígenas en la organización y práctica de mecanismos tradicionales de justicia restaurativa que sean acordes con la Convención y los instrumentos internacionales. El artículo 158 del CIA, dispone que los y las adolescentes pertenecientes a las comunidades indígenas quedaran sujetos a las normas y procedimientos de sus comunidades, las cuales a su vez deben respetar las pautas consagradas en los instrumentos internacionales, en especial el trato digno hacia los NNA.

prácticas. Muchos de esos programas están acertadamente destinados a los jóvenes de mayor riesgo, o que viven en zonas de alto riesgo, y van desde intervenciones durante la primera infancia, programas educativos, fomento de liderazgo entre los jóvenes, mediación y formación para obtener empleo hasta programas de rehabilitación y reintegración. Para prevenir el comportamiento violento y hacer frente a la delincuencia, las comunidades tienen que adoptar estrategias que combinen medidas de prevención, intervención y represión. (...)

64 *Ibíd.* CONVENCION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Comité de los Derechos del Niño. Observación general 4 sobre la salud de los adolescentes, 2003, párr. 24.

65 *Ibíd.* Recomendaciones del Día de debate general sobre los Derechos de los niños indígenas, 2003, párr. 9.

2.2.2 El principio del interés superior (artículo 3º)⁶⁶

Este principio que irradia toda la Convención, se resalta aquí, porque aun cuando los NNA entren en los terrenos del derecho penal, mantienen sus derechos y la prelación de los mismos. Lo que sucede es que la visión punitiva que en asuntos de adultos apunta al castigo, en materia de NNA, la protección a que tienen derecho adquiere un contenido educativo con miras a su rehabilitación, exigiendo que se pondere entre ésta y la retribución, especialmente cuando se trata de delitos graves. *“La protección del interés superior del niño significa, por ejemplo, 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. Esto puede realizarse al mismo tiempo que se presta atención a una efectiva seguridad pública”*⁶⁷.

Esta mirada también implica que se evite acudir a la judicialización de casos, y se acuda a mecanismos alternativos, como por ejemplo, en nuestro medio: el principio de oportunidad o la justicia restaurativa⁶⁸.

66 *Ibíd.* CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, artículo 3:

1. 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.

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3. Los Estados Parte se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

67 *Ibíd.* Comité sobre los derechos de los Niños. Observación General 10, 2007.

68 *Ibíd.* Informe sobre la juventud mundial. Ob. Cit., 2005. (...) La aplicación de la ley no es la única respuesta al comportamiento antisocial de los jóvenes, como tampoco es muy eficaz la labor puramente preventiva o represiva en el caso de jóvenes que ya han tenido problemas con la justicia. No siempre es necesario encarcelar a los jóvenes, pues hay pruebas de que los programas comunitarios son alternativas valiosas. Por otra parte, la detención de un pequeño grupo de delincuentes reincidentes, que se sabe que han cometido la mayoría de los delitos registrados, parece haber tenido un efecto positivo sobre la tasa de delitos (...).

2.2.3 El derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo (artículo 6º)⁶⁹

Este principio se dirige a la erradicación de la pena de muerte y la cadena perpetua para los NNA, por considerarse que van en contravía del pleno desarrollo que se les debe brindar⁷⁰. Así mismo, propende porque las medidas privativas de la libertad se utilicen como último recurso y en caso de que sea necesaria su imposición, que las mismas no sean largas y se permita su flexibilidad o alternación con miras a lograr la integración con la familia y la comunidad.

2.2.4 El principio de participación o de opinión (artículo 12)⁷¹

Se busca reivindicar y sentir la presencia de NNA, de cara a su reconocimiento activo y no como simple receptor del mecanismo que se emplee para garantizar su bienestar.

Para que la opinión de NNA pueda considerarse atendida, conforme lo señala la Observación 12 del Comité de los Derechos del Niño, se requiere que se adopten cinco medidas que deben aplicarse de manera adecuada según el contexto del cual se trate:

i) *Preparación*: significa que debe asegurarse, por parte de quien debe adoptar la decisión, que NNA, sean debidamente informados sobre el derecho a expresar su opinión o guardar silencio; el procedimiento que

69 *Ibid.* CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, artículo 6.

1. Los Estados Parte reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida.

2. Los Estados Parte garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.

70 En Estados Unidos, la pena de muerte era practicada en algunos Estados para personas menores de 18 años, hasta que en el año 2005, fue prohibida en aplicación de la VIII y XIV enmienda. Caso *Roper vs Simmons*.

71 ONU. CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, artículo 12.

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.

se seguirá –cómo, cuándo, dónde y quiénes los escucharán-, y los efectos o consecuencias que puede generar su opinión.

ii) *Audiencia*: el ambiente en donde el NNA se exprese, debe generarle confianza, de tal forma que le ofrezca la seguridad de que su opinión será escuchada y tomada en serio⁷².

iii) *Evaluación de la capacidad del niño*: en la medida como el NNA pueda formarse su propio juicio de manera razonable e independiente, debe tenerse en cuenta, por quien toma la decisión.

iv) *Información sobre la consideración otorgada a las opiniones del NNA*: así se garantiza que su opinión fue escuchada y tomada en serio, lo cual permite al NNA, insistir en su posición, expresar su acuerdo o formular apelación o denuncia, si fuera procedente, y

v) *Quejas, vías de recurso y desagravio*: es decir, mecanismos a los cuales el NNA puede acudir cuando se desconozca este derecho y que deben garantizarle que al acudir a ellos, no se exponen a un riesgo de violencia o castigo.

En el SRPA, este derecho puede entenderse inmerso en el fin restaurativo contemplado en el artículo 178 del CIA, en materia de sanciones, por cuanto en la ejecución el o la adolescente debe asumir que el proceso educativo y protector al cual debe someterse, incluye su activa participación en procura de restaurar el daño ocasionado con el delito.

De igual forma, en los mecanismos propios de la justicia restaurativa – artículo 140 del CIA y artículo 518 y ss. Ley 906 de 2004-, la participación de NNA, adquiere una nueva dimensión, pues precisamente en esos escenarios se exige su protagónica participación.

72 *Ibíd.* Observación 12, párr. 43. (...) *La experiencia indica que la situación puede adoptar forma de conversación en lugar de examen unilateral. Es preferible que el niño no sea escuchado en audiencia pública, sino en condiciones de confidencialidad (...).*

2.2.5 Principio de dignidad (artículo 40-1)

Se orienta al trato que se le debe dar a NNA, evitando actitudes violentas o denigrantes, desde el primer contacto hasta la ejecución de la sanción que se le imponga. El respeto y consideración de la edad del NNA, deben estar presentes en todo momento, fomentado los derechos humanos y las libertades, *“Si los principales agentes de la justicia de menores, a saber los policías, los fiscales, los jueces y los funcionarios encargados de la libertad vigilada, no respetan plenamente y protegen esas garantías, ¿cómo pueden esperar que con ese mal ejemplo el niño respete los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros?”*⁷³.

Del trato en el primer contacto de los agentes estatales con el NNA, derivará su visión acerca de los mecanismos de protección que se disponen, dándole la oportunidad de asumirlos en forma constructiva o resistirse a los mismos. De ahí, que no sólo se debe evitar los tratos indignos, por ejemplo: el uso innecesario de la fuerza, la restricción de la libertad, etc., sino que se debe fomentar el buen trato, el reconocimiento de logros, los buenos ejemplos, estímulos, etc.

El impacto que el proceso penal puede causar en NNA de corta edad, es mayor que el de quienes van llegando a la adultez; por lo tanto, a menor edad mayor comprensión y apoyo protectorio. Este parámetro también debe tenerse en cuenta en el momento de fijar sanciones, pues cuando más se acerca a la mayoría de edad la capacidad de respuesta del o la adolescente es mayor que cuando es más lejana. Puede suceder entonces, que frente a una misma conducta delictual, la temporalidad de la sanción sea mayor para el o la joven que bordea los 18 años, que para otro u otra que tan sólo ha llegado a los 14 años.

Estos principios de obligatoria observancia por el Estado, la familia y la sociedad, implican que se diseñe mecanismos tendientes a lograr su real concreción por medio de acciones en ese sentido y a la vez, se abstenerse de realizar aquellas que los obstruyan.

73 *Ibíd. Observación General 10, 2007.*

2.3 NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES COMO SUJETOS DE DERECHO

Conscientes de que los derechos de NNA venían siendo relegados y que bajo esquemas paternalistas eran desconocidos, la Convención inicia aludiendo a los derechos humanos como prerrogativa que cobija a todos los seres humanos sin excepción, lo cual por supuesto, incluye a NNA, de quienes agrega, tienen derecho a la protección dentro de un ambiente de felicidad, amor y comprensión, pues como lo señala la Declaración de los Derechos del Niño “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”. Con fundamento en esta premisa, es claro, que la reiteración de ese reconocimiento apunta a la exigencia del respeto por sus derechos y esencialmente, a que con el pretexto de la falta de desarrollo físico y mental, se le relegue y no se le permita expresarse y adoptar, en algunos casos, decisiones autónomas o que por lo menos deben ser consideradas, cuando de sus intereses se trata.

(...) El niño no es propiedad de los padres ni del Estado, ni un simple objeto de preocupación. En este espíritu, el artículo 5 exige que los padres (o, en su caso los miembros de la familia ampliada o de la comunidad) impartan a los niños, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas, para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la Convención (...)⁷⁴.

Y es precisamente la exigencia de protección, lo que genera que se imponga a los padres el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos no emancipados, la cual es obligatoria, irrenunciable, personal, intransmisible e indisponible, y se termina o suspende en los casos expresamente señalados en la ley.

(...) Los derechos que comprende la patria potestad, se reducen a: (i) al usufructo de los bienes del hijo, (ii) al de administración de esos bienes, y (iii) al de representación judicial y extrajudicial del hijo. Los derechos sobre la persona del hijo que derivan de la patria potestad

74 *Ibíd.* Observación General 8, párr. 47.

se relacionan con el derecho de guarda, dirección y corrección del hijo. El Código Civil dispone que toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza de sus hijos (artículo 253). Derechos que, dado que la patria potestad tiene como fin primordial la protección del hijo en la familia, involucran la obligación de mantenerlo o alimentarlo (Cód. Civil., artículo 411); y de educarlo e instruirlo; es decir, tienen la dirección de la educación del hijo, con la facultad de corregirlo (Cód. Civil., artículo 262, modificado por el D. 2820/74, artículo 21) la que sólo será legítima en la medida que sirva al logro del bienestar del menor.

(...)

El derecho de corrección que tienen los padres respecto del hijo menor no tiene un carácter absoluto, pues encuentra como límite los derechos fundamentales del menor y debe siempre atender el interés superior del niño. Es así como el derecho de corrección no puede conllevar la posibilidad de imponerles sanciones que impliquen actos de maltrato, de violencia física o moral, o que lesionen su dignidad humana, o que se puedan confundir con éstos, por ser contrarios a la Constitución.

(...)

El Código de la Infancia y la Adolescencia, adoptado en Colombia mediante la Ley 1098 de 2006, establece la responsabilidad parental como un complemento de la patria potestad establecida en la legislación civil, consagrándola además como la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante el proceso de su formación, lo que incluye la responsabilidad compartida y solidaria del padre y la madre de asegurarse que los niños, las niñas y los adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos. El citado código claramente establece, que en ningún caso el ejercicio de la responsabilidad parental puede conllevar violencia física, psicológica o actos que impidan el ejercicio de los derechos del menor (...)⁷⁵.

75 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1003 de 2007.

Esto se resalta, porque la patria potestad no conlleva a la suspensión o eliminación de los derechos de NNA, como tampoco, a que los padres dispongan de ellos y ellas sin limitación alguna. Insistiendo en su condición de sujeto de derecho, la posibilidad de ejercer sus derechos está dada a partir del nivel de desarrollo en el cual se encuentre, que por lo general está marcado por la edad, al igual que las circunstancias que rodeen determinada situación. Es entonces, cada situación la que dará el margen y condiciones, para que el NNA ejerza sus derechos.

(...) En estas circunstancias, la jurisprudencia constitucional ha aceptado la legitimidad del consentimiento sustituto en cabeza de las personas responsables de quien no es capaz de decidir por sí mismo.

El caso de los menores de edad es un ejemplo paradigmático de la operatividad del consentimiento sustituto. En efecto, un niño, en especial si es de corta edad, no tiene la capacidad suficiente para expresar su voluntad en la realización de procedimientos de salud. Sin embargo, sus derechos fundamentales, entre ellos la vida, la integridad física y la salud, tienen carácter prevalente y deben ser protegidos en aras de preservar el interés superior del menor, por lo que la autorización supletiva de los padres o, en ciertos eventos, del Estado, toma el cariz de una medida de protección destinada a garantizar dichos derechos.

3. No obstante, la facultad que tienen los padres del menor de emitir el consentimiento sustituto no puede entenderse en términos absolutos, habida cuenta que los niños también son titulares, al menos de forma parcial, de los derechos a la autonomía individual y la libertad, sin que sea posible negar su carácter ontológico particular, relegándolos a la calidad de propiedades de sus progenitores. En este orden de ideas, los menores de edad están capacitados para tomar decisiones sobre su propia salud en directa proporción con su nivel de desarrollo. Por ello, un adolescente cercano a la mayoría de edad podrá, válidamente y de manera exclusiva y prevalente, decidir sobre una multiplicidad de aspectos, entre ellos el consentimiento para la práctica de procedimientos médicos que afecten su salud.

El reconocimiento de un determinado grado de autodeterminación a los menores de edad, en proporción a su desarrollo volitivo, entonces, hace surgir un problema constitucional importante, como es la tensión entre el principio de autonomía, que privilegia las decisiones del menor de edad en capacidad de decidir, y el principio de beneficencia, que permite a los padres tomar determinaciones en nombre de su hijo y con el fin de protegerlo de acciones u omisiones que vulneren su vida y su salud (...)⁷⁶.

En este contexto, la Convención considera a los NNA, sujetos de derecho y como tales, con capacidad para expresarse –acorde a su capacidad en evolución- en todos los aspectos que los afecten, de ahí que promueva el respeto por sus opiniones en los escenarios donde se tomen decisiones que los afecten.

Si la relación padre-madre-hijo, tiene la proyección anotada, las exigencias para el Estado cuando debe afrontar la situación de un NNA no es diferente, sino más exigente, pues no puede arrogarse un poder absoluto para disponer de NNA. Así, a los servidores públicos que deben tomar decisiones relativas a NNA o que los afecten, también se les exige tener en cuenta la condición de sujetos de derecho de los NNA, y además la obligación protectora que se tiene frente a los mismos, por supuesto, guiados por el principio de interés superior de NNA.

Esto a propósito de las facultades discrecionales que en algunos casos, se confiere a los servidores públicos cuando de por medio están NNA, pues precisamente, se otorgan para que module de la mejor forma la protección que éstos requieren, y debe entonces, guiarse por los principios que orientan los derechos humanos y el Estado social de derecho, adoptando ponderadamente la decisión que mejor favorezca los derechos de NNA, en el caso concreto.

76 *Ibíd.* Sentencia T-1021 de 2003.

2.4 EL COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

En busca de lograr que el acuerdo internacional contenido en la Convención fuese realidad, en la segunda parte de la misma –artículos 42 y ss.–, se creó el Comité de los Derechos del Niño que se encarga de estudiar y verificar la puesta en práctica del diseño protectivo dispuesto en el articulado de la Convención. Para ese efecto, los países miembros rinden informes al Comité, y éste, con lo recopilado periódicamente, presenta las denominadas Observaciones Generales, en las cuales a partir del contenido de la Convención y los instrumentos internacionales, expone el estado en que se encuentra el cumplimiento de los mismos, enfatizando en determinado tema y pudiendo *“formular sugerencias y recomendaciones generales basadas en la información recibida en virtud de los artículos 44 y 45 de la presente Convención. Dichas sugerencias y recomendaciones generales deberían transmitirse a los Estados Partes interesados y notificarse a la Asamblea General, junto con los comentarios, si los hubiere, de los Estados Partes”* –artículo 45-d-.

Entre las Observaciones Generales del Comité, se destacan: la No. 1 de 2001, sobre la educación; la No. 2 de 2002, sobre el papel de las instituciones nacionales independientes de derechos humanos en la promoción y protección de los derechos del niño; la No. 3 de 2003, sobre el VIH/SIDA y los derechos del niño; la No. 4 de 2003, sobre la salud y el desarrollo de los adolescentes en el Contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño; la No. 5 de 2003, sobre Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44); la No. 6 de 2003, sobre el trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen; la No. 7 de 2005, sobre la realización de los derechos del niño en la primera infancia; la No. 8 de 2006, sobre el derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes (artículo 19, párrafo 2 del artículo 28 y artículo 37, entre otros de la Convención); la No. 9 de 2006, sobre los derechos de los niños con discapacidad; la No. 10 de 2007, sobre los derechos el niño en la justicia de menores; la No. 11 de 2009, sobre los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención, y la No. 12 de 2009, sobre el derecho del niño a ser escuchado.

La Observación General No. 10, para el tema del presente Módulo, resulta relevante, porque reitera que en la aplicación de la Convención, debe tenerse en cuenta los instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos, en especial los atinentes a NNA, y destaca que entre los objetivos de esa observación está

Promover integración en una política nacional y amplia de justicia de menores de otras normas internacionales, en particular las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing), las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (Reglas de La Habana), y las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad).

Por otra parte, debe agregarse que a la Convención se suman dos protocolos facultativos, relativos a la participación de niños en los conflictos armados y a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en pornografía.

En las siguientes unidades se estudiarán estos instrumentos mencionados.

Ap

ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

A partir de la Convención y las observaciones generales del Comité, los y las discentes, deberán verificar si en el Código de la Infancia y la Adolescencia, se configuraron mecanismos para que NNA puedan expresar su opinión (artículo 12 Convención).

Igualmente, deberán verificar, si el Código de la Infancia y la Adolescencia, cumple con lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 40 de la Convención.

Ae

AUTOEVALUACIÓN

El 1° de agosto de 2009, en la ciudad de Cali, Jerry de 15 años y su hermano Roberto de 17 años, se deslizan por el balcón del apartamento donde viven e ingresan donde su vecino y sustraen de allí una video cámara valorada en un millón de pesos, sin que nadie note lo sucedido. Al llegar a su casa, Jerry y Roberto, se percatan, que en la cámara hay un video donde la hija del vecino, Patricia de 17 años, protagoniza varias escenas de sexo explícito con diferentes hombres, e inmediatamente llaman a sus amigos Juan y Pedro, quienes luego de ver el video, al otro día, informan de esto, a los padres de los mencionados hermanos. Al ser interrogados por sus padres, inicialmente los hermanos niegan lo sucedido, pero luego de varias bofetadas, Roberto admite lo sucedido y entrega la cámara junto con el video, en tanto que Jerry se torna agresivo pegándoles a sus padres, pero finalmente también admite su comportamiento y manifiesta estar arrepentido.

Los padres deciden acudir al Defensor de Familia para que los oriente sobre el camino a seguir, pues entienden que se trata de un acto muy grave, sobre todo por lo que vieron en el video, pero además porque Jerry es consumidor de estupefacientes, no hace caso a sus órdenes y abandonó sus estudios. Acuden con Jerry y le manifiestan al funcionario del ICBF que es su deseo que lo dejen internado en alguna

Ae

institución, pues ya no aguantan su rebeldía. A Roberto no lo llevan, porque está estudiando y salvo lo sucedido, presenta buen comportamiento. Agregan, que temen que sus hijos corran grave peligro cuando la familia de Patricia se entere de la situación.

- Asumiendo que usted es el Defensor de Familia, ¿Cuál sería su posición?
- ¿Variaría esa posición, si tuviese que asumir el rol de Fiscal?
- ¿Cuál sería su posición como Juez con función de control de garantías, si el o la Fiscal, le solicitan la imposición de medida de internamiento preventivo?

J

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional

Sentencias C-031 de 1995, T-1021 de 2003, C-507 de 2004, C-203 de 2005, C-1003 de 2007 y C-740 de 2008.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Sentencia del 18 de septiembre de 2003, Caso Bulacio vs Argentina.

Unidad 3

REGLAS MÍNIMAS DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUSTICIA DE MENORES (REGLAS DE BEIJING)

Og

OBJETIVO GENERAL DE LA UNIDAD

- Identificar las razones por las cuales se establecen reglas especiales para el juzgamiento de niños, niñas y adolescentes.
- Establecer el contexto de la responsabilidad penal para adolescentes.
- Conocer las pautas fundamentales que debe tener el juzgamiento de adolescentes.

Oe

OBJETIVOS ESPECÍFICOS DE LA UNIDAD

- Verificar si el contenido de la Ley 1098 de 2006, cumple con los estándares mínimos que proponen las Reglas de Beijing, en materia de juzgamiento de niños, niñas y adolescentes.
- Verificar si con las Reglas de Beijing se puede llenar los vacíos y ambigüedades que dejan algunas disposiciones de la Ley 1098 de 2006.

3.1 LA IMPUTABILIDAD O INIMPUTABILIDAD DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES A PARTIR DE SU RECONOCIMIENTO COMO SUJETOS DE DERECHO

RAPSODIA BOHEMIA⁷⁷

*¿Es esto la vida real?
¿Es esto simplemente fantasía?
Atrapado en un derrumbamiento
No hay escape de la realidad
Abre tus ojos
Mira a los cielos y observa
Sólo soy un pobre chico
No necesito compasión
Porque soy un va y viene
Un poco arriba, un poco abajo
Siempre que el viento sople,
realmente no tiene importancia para mí, para mí.*

*Mamá, acabo de matar a un hombre
Puse una pistola en su cabeza;
apreté el gatillo, ahora él está muerto;
mamá, la vida acaba de empezar,
pero ahora tengo que ir y dejarlo todo
Mama, oooh,
no quería hacerte llorar
Si esta vez no vuelvo mañana
sigue adelante,
sigue adelante como si realmente nada importase.*

*Demasiado tarde, mi hora ha llegado,
Escalofríos atraviesan mi espina dorsal
El cuerpo me duele todo el rato
Adiós a todos, tengo que partir,
Os he de dejar atrás y enfrentarme a la verdad*

77 *Rapsodia Bohemia. Canción escrita por Freddie Mercury.*

*Mama, ooh,
no quiero morir;
a veces desearía no haber nacido nunca.*

Ante un grave comportamiento, un joven aterriza en la realidad y se siente atrapado en la incertidumbre del futuro que le espera. Se desconoce la edad del personaje que narra la dramática situación, pero, para nuestro estudio es relevante preguntar: ¿qué le sucedería en caso que fuese un niño de 11 años, un adolescente de 15 años o un adulto de 19 años? ¿Cuál sería el procedimiento para seguir? ¿Cuál la respuesta del Estado y de la sociedad ante esa conducta? ¿Si esta persona no supera los 18 años, la responsabilidad debe ser asumida únicamente por él? ¿Hay alguien más que debe llamarse como corresponsable?

Muchas más preguntas podemos formular. Sin embargo, nos hemos centrado en estos interrogantes, porque en ellos, se expresan las mayores discusiones que se suscitan en la justicia penal juvenil:

1. Son los NNA, ¿imputables o inimputables?
2. ¿Cuál debe ser la respuesta de la sociedad ante los delitos realizados por NNA? ¿Se les debe imponer penas, medidas o sanciones?
3. ¿Cuáles son las garantías procesales que debe brindarse a los NNA que han incurrido en conductas delictuales?

Se precisa desde ahora, que los instrumentos internacionales no entregan una respuesta concreta a cada uno de estos interrogantes, sino que ofrecen elementos de juicio desde la óptica de los derechos humanos, y en especial de los derechos de NNA, para que cada Estado construya la respuesta que se amolde a su sistema jurídico, dentro del marco de los derechos humanos, en especial los de NNA. Y esto es así, porque cada Estado, acorde con su tradición jurídica, cultural, social, política, etc., debe adoptar la respuesta que mejor adhiera a sus intereses, pero, sin desconocer los compromisos que tiene frente a las prerrogativas consagradas en los instrumentos internacionales para NNA.

En otras palabras, no hay una respuesta uniforme pero sí, consenso frente a los mínimos argumentativos que debe contener cualquier respuesta, pues deben estar marcados por el respeto de los derechos de NNA.

Buscando responder la primera pregunta, encontramos que la Convención sobre los derechos del Niño, apunta a que los NNA, sean considerados sujetos de derecho y dispone un trato especial y diferenciado debido a su edad, cuando han avanzado en el terreno del derecho penal, pauta que permite entender que NNA pueden ser responsables de las mismas conductas punibles por las cuales deben responder los adultos, y por lo tanto, le son aplicables las mismas categorías jurídicas del derecho penal, pero con las limitantes y prerrogativas reconocidas a NNA. Relucen aquí las Reglas 2 y 3 de Beijing, y en especial la 4, que señala que la mayoría de edad no debe fijarse “... a una edad demasiado temprana habida cuenta de las circunstancias que acompañan la madurez emocional, mental e intelectual...”, explicando en su comentario que,

(...) La edad mínima a efectos de responsabilidad penal varía considerablemente en función de factores históricos y culturales. El enfoque moderno consiste en examinar si los niños pueden hacer honor a los elementos morales y psicológicos de responsabilidad penal; es decir, si puede considerarse al niño, en virtud de su discernimiento y comprensión individuales, responsable de un comportamiento esencialmente antisocial. Si el comienzo de la mayoría de edad penal se fija a una edad demasiado temprana o si no se establece edad mínima alguna, el concepto de responsabilidad perdería todo sentido. En general, existe una estrecha relación entre el concepto de responsabilidad que dimana del comportamiento delictivo o criminal y otros derechos y responsabilidades sociales (como el estado civil, la mayoría de edad a efectos civiles, etc.).

Por consiguiente, es necesario que se hagan esfuerzos para convenir en una edad mínima razonable que pueda aplicarse a nivel internacional (...).

Para determinar el momento a partir del cual NNA pueden responder penalmente, se toma en cuenta su grado de madurez emocional, mental e intelectual, aspectos que en el fondo apuntan, a las categorías de imputabilidad e inimputabilidad que maneja el derecho penal para establecer las consecuencias para quien realiza un comportamiento descrito como delito, así como el procedimiento a seguir y las penas o medidas que se deben adoptar.

En nuestro medio, la Ley 599 de 2000, señala que una persona es inimputable cuando “... en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados similares...”, para luego advertir, que “... Los menores de dieciocho (18) años estarán sometidos al Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil...”, dando a entender que los comportamientos delictuales de NNA, serían regulados de manera especial, pero, sin asumir para ellos la categoría de inimputables como era la tradición.

La Corte Constitucional al estudiar el tema, en sentencia C-839 de 2001, de manera dispersa, reconoce la viabilidad de establecer el procedimiento especial y diferenciado para NNA, a partir de los instrumentos internacionales, pero no llega al fondo del mismo, aludiendo a la situación irregular contemplada en el Código del Menor, vigente para esa época, codificación que consideraba inimputables a NNA⁷⁸.

A propósito de la edad como factor relevante para la imputabilidad, es preciso anotar, que la tradicional denominación de *menores*, que usualmente se utiliza para diferenciar a NNA de los adultos, desaparece en el Código de la Infancia y la Adolescencia, y con acierto se les empieza a denominar niño, niña y adolescente, invitando a abandonar aquel término, ante el tinte de superioridad que contiene y su parcial mirada hacia lo masculino, lo cual en el fondo generó por varios años, el desconocimiento o subordinación de los derechos prevalentes de los niños, pero

78 DECRETO 2737 DE 1989, artículo 30. Un menor se halla en situación irregular, cuando: 4. *Haya sido autor o partícipe de una infracción penal.*

Artículo 165. *Para todos los efectos, se considera penalmente inimputable el menor de dieciocho (18) años.*

con mayor acento de las niñas y las adolescentes⁷⁹. Con esto, el Código avanza también, en la reivindicación y respeto por los derechos de la mujer, al utilizar un lenguaje acorde con los principios y valores constitucionales, pues,

(...) Ciertamente es que el lenguaje jurídico y la cultura jurídica son un reflejo de las valoraciones vigentes en el contexto social dentro del cual se desenvuelven. No lo es menos, sin embargo, que tanto el lenguaje jurídico como la cultura jurídica tienen un enorme potencial transformador. La manera como se utiliza el lenguaje jurídico, el modo en que se fijan los contenidos de las definiciones por medio del mismo, la conciencia que se tiene respecto de que 'también se crean mundos por medio del lenguaje jurídico' no puede ser indiferente a los avances que se han producido, particularmente, luego de la Constitución de 1991. Ajustar el contenido de las definiciones jurídicas a lo dispuesto por la Ley Fundamental parece ineludible si se quiere superar la hegemonía de la razón patriarcal y si se desea ampliar los horizontes para dar lugar a una cultura jurídica verdaderamente incluyente. No se trata, pues, de cambiar el lenguaje corriente sino de ajustar el lenguaje jurídico a lo previsto por la Constitución y por los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos.

*Tanto la Constitución de 1991 y los Convenios Internacionales sobre los derechos de las mujeres se encaminan a procurar que la mujer salga de esa condición de sometimiento, pasividad e **invisibilidad** en la cual por obra de sociedades marcadamente patriarcales estuvo sumida. De ahí la insistencia en demandar que el Estado promueva las condiciones para que la igualdad no quede convertida en letra muerta y se torne real y efectiva. Lejos de ser una norma*

79 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-370 de 2002. (...) Según mi criterio, ese condicionamiento no es procedente, por cuanto inevitablemente la inimputabilidad mantiene un sesgo peyorativo, debido a que esta figura en la teoría del delito, está estructurada sobre la idea de incapacidad del sujeto, ya sea cognitiva o valorativa. La incapacidad es entonces de la esencia misma del concepto de inimputabilidad. Y quien dice que alguien es incapaz, en cierta medida lo considera una persona inferior y no una persona distinta. Por ello intentar quitarle a la inimputabilidad esa connotación peyorativa equivale a intentar redefinir un cuadrado como una figura que no tiene cuatro lados. Pero es obvio que eso no puede hacerse, por cuanto es propio del cuadrado tener cuatro lados, así como es propio de la inimputabilidad considerar a la persona un incapaz, ya sea en términos cognitivos o volitivos (...) Salvamento parcial de voto del magistrado Eduardo Montealegre Lynett.

*caracterizada por su neutralidad, la Constitución de 1991 previó unos contenidos valorativos mínimos que han de ser respetados por todas las autoridades públicas y todos los ciudadanos y ciudadanas sin excepción (...)*⁸⁰.

Hecha esta precisión, podemos continuar. Si de lo que se trata es de establecer la imputabilidad o inimputabilidad de NNA, la mirada no sólo debe estar orientada a una simple pauta cronológica, sino a su capacidad de comprensión acorde con la definición legal de imputable, a esto se suma que en materia de garantía de derechos de NNA, “... la capacidad para participar y defenderse no es algo que vaya ligado, en absoluto, a una determinación cronológica, sino a una evolución madurativa. Un menor con catorce años de edad, pero con una mentalidad inferior no puede entender ni participar en el proceso. En otros casos, un menor traumatizado o intimidado por el proceso tampoco puede participar activamente en el mismo...”⁸¹.

De esta forma, si consideramos que la imputabilidad radica en la capacidad de culpabilidad o capacidad de comprender la ilicitud del hecho y de actuar conforme con dicha comprensión o como la capacidad de motivación o normalidad motivacional por los mandatos normativos⁸², tenemos que el ser humano consigue tal capacidad en la medida en que evoluciona hacia la adultez, de tal manera que al pasar de la niñez a la adolescencia, adquiere paulatinamente esa capacidad y por lo tanto, se puede señalar que le es exigible responder, igualmente de manera gradual.

Para establecer cuándo un NNA debe ser procesado por la justicia de menores –adolescentes–, generalmente se han utilizado tres criterios: (i) Biológico, según el cual el legislador establece límite a partir del cual se considera que la persona es responsable penalmente. (ii) Intelectual o de madurez, el cual apunta a la determinación de la capacidad de discernimiento de la persona para considerarla responsable de sus actos. Para el efecto se acude a los estudios de especialistas, y, (iii) Mixto, que combina los dos anteriores, fijando una edad, pero en cada caso se estudian las

80 *Ibíd.* Sentencia C-804 de 2006.

81 MORA ALARCÓN, José Antonio. *Derecho Penal y Procesal de Menores*. Tirant lo Blach, Valencia. 2002., p. 71.

82 MARTÍN CRUZ, Andrés. *Los fundamentos de la capacidad de culpabilidad penal por razón de la edad*. Comares, Granada, 2004., p. 15.

condiciones particulares del NNA, y en algunas legislaciones, se analiza también la gravedad de la conducta.

Del estudio realizado por el autor español Andrés Martín Cruz, de los distintos estadios y la forma como esa capacidad se va formando, las corrientes psicológicas -en especial la psicología evolutiva de Lawrence Kohlberg⁸³ que ha sido criticada por Carol Gilligan⁸⁴-, señalan que cuando

83 KOHLBERG, Lawrence. *La Teoría del desarrollo moral*. En: <http://depsicologia.com> (...) *El desarrollo moral es un proceso que tiene interés tanto para la psicología como para las teorías de la educación*. El psicólogo Lawrence Kohlberg, a partir de los trabajos llevados a cabo por Piaget, desarrolló una teoría que pretende explicar el desarrollo del razonamiento moral. Si para Piaget este desarrollo se producía en dos etapas, para Kohlberg son seis las etapas por las que hay que transitar para llegar al desarrollo moral pleno. El principal logro de Kohlberg proviene de que amplió la teoría de Piaget y defendió que el desarrollo moral es un proceso que se lleva a cabo durante toda la vida.

Kohlberg desarrolló tu teoría a partir de investigaciones y entrevistas con grupos de niños de corta edad. A esos niños les proponía una serie de dilemas morales y con posterioridad eran entrevistados para conocer las razones de los juicios morales que realizaban ante los dilemas. Muchos de los dilemas morales eran altamente complejos incluso para adultos por lo que los niños normalmente hacían juicios más simplificados de los que podría hacer un adulto. Con ello Kohlberg llegó a la conclusión de que el desarrollo moral de las personas dura toda su vida aunque también validó la teoría de que los seres humanos pasamos por una serie de etapas en nuestro desarrollo moral que él cifró en seis.

El primer estadio de ese desarrollo lo denominó obediencia y castigo; en esta primera etapa los niños descubren las reglas y tienen una obediencia ciega a las mismas. El segundo estadio denominado individualismo e intercambio, los niños se dan cuenta de que existen unas reglas pero también desarrollan su propio punto de vista. El tercer estadio, es el de las relaciones interpersonales los niños procuran adecuarse en su actividad a la moral del grupo en el que viven. El cuarto estadio es el de mantenimiento del orden social, el objeto de la moralidad sería mantener el orden social. El quinto estadio es denominado como de contrato social y de derechos individuales; en esta etapa la persona se da cuenta que ante un hecho existen diferentes puntos de vista morales por parte de la gente y también asumen que las leyes son importantes para el mantenimiento de la sociedad. El último estadio, esto es el sexto, sería el de los principios universales (...).

84 COMINS MINGOL, Irene. *Del Miedo a la Diversidad a la Ética del Cuidado: Una Perspectiva de Género*. Revista de ciencias sociales *Convergencia*, 33, septiembre-diciembre 2003., pp. 97-122. En: Tomado de <http://convergencia.uaemex.mx> (...) Kohlberg utilizó para su análisis dilemas hipotéticos; los sujetos debían resolver dilemas morales hipotéticos y a la luz de las diferentes soluciones se establecía una escala de desarrollo moral. Gilligan se preguntaba si los dilemas hipotéticos podían ser fiables o si era mejor realizar el análisis a partir de dilemas reales. Por último, curiosamente según la escala final del desarrollo moral de Kohlberg las mujeres alcanzaban un estadio de desarrollo moral inferior al de los hombres, lo que resultaba claramente sospechoso. Por todas estas razones, Gilligan inició un estudio sobre el desarrollo moral utilizando como sujetos a mujeres y usando dilemas reales tales como el aborto. Esta investigación descubrió una voz diferente en la respuesta moral de las mujeres que fue lo que Gilligan bautizaría como 'ética del cuidado'. Es importante señalar antes de seguir más adelante que esa distinta voz moral de las mujeres no responde a diferencias biológicas o innatas entre hombres y mujeres sino a una distinta socialización. Esta distinta voz se caracteriza por definir la moral en términos de relaciones interpersonales y no tanto de reglas o principios abstractos (...).

el adolescente supera los 14 años, va adquiriendo la suficiente capacidad intelectual y volitiva que se traduce en capacidad para empezar a responder ante la sociedad por los actos que realice en contra de ella. Al respecto señala el citado autor:

(...) Tal capacidad es sostenible por las tres razones que siguen. La primera, de carácter cualitativo, se base en el progreso que experimenta el elemento intelectual de la capacidad de culpabilidad. Al aumentar la capacidad de pensamiento formal, así como la de comprensión social y legal, también se eleva el entendimiento de la antijuridicidad de la conducta, que en este periodo estimamos suficiente porque muestra una aceptable comprensión abstracta de la ley, así como de las funciones que esta desempeña en la organización de la convivencia social. La segunda, también de naturaleza cualitativa, se cifra en que, a causa de la anterior revolución, sobreviene asimismo un nuevo aumento de la capacidad de autodeterminar la voluntad para obrar conforme a esa comprensión, pues ahora amplía el repertorio de causas de cumplimiento de la ley como la conformidad social, razones de tipo racional-beneficioso-utilitario, principios, etc., que le permite elegir entre ellas con mayor libertad antes de decidirse a actuar. De este modo, al ser suficiente el desarrollo de la capacidad intelectual, también lo es el de la capacidad volitiva. La tercera, de índole cuantitativa, consiste en que ha desaparecido la causa que desaconsejaba no reconocer capacidad de culpabilidad por razones cuantitativas, pues a los catorce años la generalidad de los menores normales ha entrado en la fase de pensamiento formal, y disponen de capacidad suficiente para comprender la antijuridicidad de su conducta, así como para autodeterminar su voluntad conforme a ella.

A partir de los dieciséis hasta los dieciocho años continúa desarrollándose la atenuada capacidad intelectual y volitiva del menor. Durante estos años el adolescente es cualitativamente distinto al del periodo anterior y al semiadulto, y, a pesar de que se ha incrementando su capacidad de culpabilidad, ésta aun continua siendo disminuida (...)⁸⁵.

85 MARTÍN CRUZ. *Ob. Cit.*, pp. 237-238.

Con esta justificación, entendemos que regidos por la fijación legal del rango de edades, en los cuales los adolescentes responderán bajo los parámetros del sistema penal para adolescentes⁸⁶, a los mismos habrá que tratarlos como imputables de “categoría especial” o con capacidad de culpabilidad disminuida⁸⁷. Esto genera que se les dispense un trato especial, pues en términos de igualdad, carecen de la misma capacidad motivacional de los adultos, razón por la cual, con las acciones afirmativas respaldadas en los artículos 13, 44 y 45 Constitucionales, el legislador diseña el procedimiento diferenciado⁸⁸, que igualmente está dispuesto desde los instrumentos internacionales.

(...) Una revisión sumaria del derecho comparado en cuanto al tema que ocupa la atención de la Sala confirma la proposición básica que

-
- 86 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-092 de 2002. (...) *De este modo, la Carta utiliza el término adolescentes para referirse a aquellos jóvenes que no han alcanzado aún la mayoría de edad, pero que tienen capacidad y madurez para participar en los organismos públicos y privados que tengan a cargo la protección, educación y progreso de la juventud, sin definir cuándo comienza y a qué edad termina la adolescencia. Lo que se buscó con tal consagración fue pues garantizar la protección y la formación física, psicológica, intelectual y social, así como la participación activa de los jóvenes en la vida cultural, deportiva, política, laboral y económica del país, promoviendo su intervención en las decisiones de los organismos que tienen a su cargo políticas respecto de ese grupo de la población. Así, la distinción entre niño y adolescente, no se hizo para efectos de la prevalencia de sus derechos, sino de la participación. La intención del constituyente no fue excluir a los adolescentes de la protección especial otorgada a la niñez, sino hacerla más participativa respecto de las adolecentes que le conciernen.*
- 87 *Ibíd.* Sentencia C-370 de 2002. (...) *Según mi criterio, ese condicionamiento no es procedente, por cuanto inevitablemente la inimputabilidad mantiene un sesgo peyorativo, debido a que esta figura en la teoría del delito, está estructurada sobre la idea de incapacidad del sujeto, ya sea cognitiva o valorativa. La incapacidad es entonces de la esencia misma del concepto de inimputabilidad. Y quien dice que alguien es incapaz, en cierta medida lo considera una persona inferior y no una persona distinta. Por ello intentar quitarle a la inimputabilidad esa connotación peyorativa equivale a intentar redefinir un cuadrado como una figura que no tiene cuatro lados. Pero es obvio que eso no puede hacerse, por cuanto es propio del cuadrado tener cuatro lados, así como es propio de la inimputabilidad considerar a la persona un incapaz, ya sea en términos cognitivos o volitivos (...). Salvamento parcial de voto del magistrado Eduardo Montealegre Lynett.*
- 88 *Ibíd.* Sentencia C- 184 de 2003. (...) *las medidas favorables pueden encontrar soporte constitucional en varias normas superiores que protegen de manera especial a ciertos sujetos, como sucede con las personas de la tercera edad, (artículo 46, C.P.), los discapacitados (artículo 47, C.P.), los adolescentes (artículo 45, C.P.), los niños y niñas (artículo 44, C.P.) y las mujeres (artículo 43, C.P.), por citar algunos ejemplos. En estos casos, el constituyente indica de manera expresa cual es el grupo de sujetos que puede ser beneficiado por una acción afirmativa y, en ocasiones, en qué consiste dicha acción, cuál es su finalidad o cuáles son las condiciones específicas en que éstas son constitucionalmente justificadas. Sobre los tipos de acciones afirmativas en diversos países de Europa y América y su fundamento, *Les discriminations positives*. En: *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, 1997. *Economica y Presses Universitaires d 'Aix-Marseille*. París, 1998.*

se ha venido estudiando, a saber, que los menores de edad sí pueden incurrir en responsabilidad penal, y que en consecuencia deben recibir un tratamiento jurídico-procesal adecuado a su condición de sujetos de especial protección, de conformidad con los principios de diferenciación y de especificidad (apartado 4.2.5.1.3) tanto del procedimiento como de las medidas a imponer. A nivel internacional existen profundas discrepancias en cuanto a ciertos asuntos puntuales relacionados con este tema, en particular en relación con la edad mínima a partir de la cual se puede entender que los niños son susceptibles de responsabilidad penal; sin embargo, la existencia de tales discrepancias no obsta para que exista un consenso internacional respecto de la posibilidad misma de someter a personas menores de edad a procesos judiciales rodeados de las garantías mínimas mencionadas, la cual se materializa en cada ordenamiento jurídico particular dentro del rango de edad allí establecido. En efecto, si bien los distintos sistemas jurídicos del mundo difieren en cuanto a los límites superior e inferior dentro de los cuales se puede declarar la responsabilidad criminal de los menores de edad –lo cual, como se reseñó, fue un factor importante que tuvo en cuenta la Corte Europea de Derechos Humanos para decidir sobre los casos de V. vs Reino Unido y T. vs Reino Unido–, la gran mayoría de ellos coincide en que los menores de 18 años sí pueden ser considerados responsables de cometer infracciones penales, y en que tienen derecho a recibir un trato jurídico adecuado durante los procesos orientados a establecer su responsabilidad individual, de conformidad con los principios de diferenciación y especificidad (...)»⁸⁹.

Se advierte entonces, que si bien el CIA no aludió expresamente a que los o las adolescentes eran imputables, al establecer que entre los 14 y 18 años, los o las adolescentes que incursionen en conductas delictuales, quedan sujetos al SRPA en un régimen especial y diferenciado, deja entrever que en efecto se les debe dispensar el tratamiento de imputables bajo los derroteros protectivos que su condición exige.

89 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-203 de 2005.

3.2 LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL O LA ADOLESCENTE

Ahora bien, en cuanto a la segunda pregunta -que está ligada con la anterior-, esto es, si a los adolescentes ubicados en la franja que se les considera imputables, en las condiciones señaladas se les debe imponer penas, medidas o sanciones, debe precisarse ante todo, que la Corte Constitucional en sentencia C-626 de 1996, destacó que la responsabilidad de carácter **punitivo** requiere necesariamente del fundamento subjetivo de culpabilidad, es decir, que antes de disponer una pena, medida o sanción, se debe establecer que la persona es culpable. Al efecto señaló:

(...) En nuestro sistema jurídico, ha sido proscrita, entonces, la responsabilidad objetiva, de lo cual resulta que el legislador no puede asumir, desde el momento en que consagra el tipo penal, que la sola circunstancia de haber incurrido un individuo en la conducta tipificada apareja la necesaria consecuencia de su responsabilidad y de la consiguiente sanción penal. Esta, al tenor del artículo 29 de la Carta, únicamente puede proceder del presupuesto de que al procesado “se le haya declarado judicialmente culpable” (resaltado en el texto).

*La culpabilidad es, por lo tanto,, supuesto ineludible y necesario de la responsabilidad y de la imposición de la pena, lo que significa que la actividad punitiva del Estado tiene lugar tan sólo sobre la base de la **responsabilidad subjetiva** de aquéllos sobre quienes recaiga...” (resaltado fuera de texto)⁹⁰.*

Esto significa, que siempre que el legislador se decida por describir una conducta y asignarle una sanción –pena o medida- para quien así actúe, deberá partir necesariamente de la demostración de su culpabilidad; en otras palabras, **la responsabilidad del adolescente requiere del elemento subjetivo o de culpabilidad, lo cual significa que debe demostrarse que su conducta es dolosa, culposa o preterintencional –artículo 21 y ss. Ley 599-**

90 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-226 de 2002, en el mismo sentido.

Al respecto, el Código de la Infancia y la Adolescencia guarda aparente silencio; sin embargo, debe entenderse que al establecer un **régimen de responsabilidad penal** donde se imponen sanciones luego del ejercicio de la acción penal, debe aplicarse toda la carga dogmática contenida en el Código Penal –tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, tentativa, coparticipación, etc.–, más aun, cuando por principio, al o la adolescente debe garantizársele como mínimo, los mismos derechos y condiciones que se les otorga a los adultos. **Se concluye entonces, que antes de imponerle una sanción al o la adolescente, debe demostrarse su culpabilidad.** En consecuencia, no puede tomarse al pie de la letra, el artículo 189 del CIA, pues el Juez antes de imponer medida al o la adolescente, debe pronunciarse sobre su responsabilidad, porque aquélla sólo procede como consecuencia de la última.

Del contexto de la Ley 1098, se puede afirmar entonces que el SRPA está ubicado en el derecho penal de acto y no en el de autor, como pudo pensarse con el sistema del Código del Menor⁹¹, ajustando así el SRPA a los postulados del estado social de derecho.

(...) De modo que proscritos como están la responsabilidad sin culpabilidad y el derecho penal de autor, acorde con el cual se excusa o sanciona al agente por sus virtudes, cualidades o principios y en general por la forma como conduzca su vida, es imperativo un derecho penal por el acto realizado, esto es, por el contenido de la voluntad que emerge de la conducta desarrollada, siendo desde esta perspectiva imperativo descartar por inadmisibile que a través del análisis de 'la personalidad de la acusada', se pueda llegar válidamente a sostener, como aparece en la sentencia impugnada sin el menor fundamento, que (...) no estaba en capacidad moral para ordenar la muerte de su ex novio.

Como es elemental entender, esta conceptualización del derecho penal de acto, en que se sustenta el principio de culpabilidad, se opone a la búsqueda de la responsabilidad penal a partir de asumir lo que el hombre es y no aquello que hace.

91 *Ibíd.* Sentencia C-839 de 2001. La Corporación pone de presente ese contexto en el estudio del Decreto 2737 de 1989.

De ahí que resulte inadmisibile que en el proceso de valoración de las pruebas, se repudie una versión a través de argumentos relacionados con el origen de la persona, sus características físicas, su condición económica, su creencia religiosa, su posición política o cultural, etc., o se le privilegie atendiendo con exclusividad a esta clase de motivaciones, caso este último que tampoco es válido por ser igualmente defectuoso, pues si la conculcación de este principio en el primer evento lo es por defecto, en éste lo sería por exceso en la aprehensión de su contenido objetivo (...)»⁹².

La responsabilidad de los y las adolescentes en el SRPA, es de carácter penal y por lo tanto, debe plegarse a las pautas que para la misma se consagran en el Código Penal, excepto lo relacionado a la punibilidad, la cual tiene una dimensión especial protectora, educativa y restaurativa.

3.3 NATURALEZA DE LAS SANCIONES EN EL SRPA

Precisado lo anterior, no podemos dejar de lado que a pesar del reconocimiento del interés superior de NNA que exige su educación y rehabilitación, la realidad muestra que cuando un NNA incursiona en el campo penal al cometer un delito, la sociedad le exige al Estado adoptar una medida o sanción, pues la defensa del orden público y los principios que orientan la administración de justicia están en juego. Pero, dichas medidas, ¿son más sancionadoras que educativas? ¿Son más educativas que sancionadoras? ¿Unas son sancionadoras y otras educativas? Estamos ante términos complementarios, es decir, “educamos mediante la sanción” o realmente lo que ha querido el legislador, ¿es educar durante la ejecución de las medidas?⁹³.

A pesar de no plasmarlo expresamente en el CIA, se puede entender que por medio de las sanciones o medidas, el legislador no pretende castigar en toda la extensión de la palabra⁹⁴, sino que busca que al momento de su

92 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 4 de febrero de 2004, rad. 13362, MP. Alfredo Gómez Quintero.

93 TOME TAMEME, J. *Ley Orgánica Reguladoras de la Responsabilidad Penal de los menores: especial consideración a las medidas sancionadoras educativas*. En: *Base de datos*. Bosch., Madrid, 2009.

94 COON, Denis. *Psicología*. 8 ed. Thomson learning, México, 2005, p. 331. Es importante

cumplimiento, las mismas se orienten a la efectiva reinserción social del o la adolescente mediante su protección, educación y restauración. Se aprecia entonces, que hay un componente de castigo con la restricción de derechos, pero en la ejecución, la sanción o medida no tiene un estricto sentido de retribución sino de protección –bienestar- y reinserción social del o la adolescente, porque el principio del interés superior del NNA así lo exige.

(...) Las aportaciones procedentes de la psicología evolutiva e infantil ampliamente señalan como presupuesto ineludible para cualquier intervención educativa subsiguiente al comportamiento infractor de menores y jóvenes, la exigencia de una apropiada responsabilización del menor infractor, de aquí mi preferencia⁹⁵ por los modelos de responsabilidad, en especial si aciertan en combinar la declaración formal de responsabilidad con intervenciones de carácter fundamentalmente educativo e integrador. Afirmado lo anterior, el que la responsabilidad sea calificada directamente como ‘responsabilidad penal’ o no podría hasta considerarse una cuestión de segundo orden; no he de ocultar, sin embargo, que siempre he sido partidario de ‘llamar a las cosas por su nombre’⁹⁶ y, como penalista, entiendo que todas las medidas individualizadas privativas o restrictivas de derechos fundamentales (en particular, la libertad), impuestas como respuesta a la realización, con discernimiento, de hechos delictivos, son, materialmente, sanciones penales⁹⁷ y así debería reconocerse,

acudir al aporte que las distintas corrientes de la psicología pueden brindar respecto de las consecuencias positivas o negativas del castigo y así determinar en el marco jurídico, si el mismo sirve para corregir un comportamiento indeseado. (...) *¿Qué tan efectivo es el castigo? Muchos suponen que el castigo pone fin a una conducta indeseable, pero, ¿siempre es así? En realidad su eficacia depende principalmente de su oportunidad, consistencia e intensidad. El castigo da resultado óptimos cuando se aplica en el momento de realizar la respuesta o inmediatamente después (oportunidad) y cuando se administra cada vez que se produzca -consistencia- (...).*

- 95 DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis. *Líneas directrices de un nuevo Derecho Penal juvenil y de menores.*, Instituto Vasco de Criminología, Cuaderno 2. Eguzkilore, 1988., p. 67. También GIMÉNEZ-SALINAS, Esther. *La mayoría de edad penal en la reforma, Política Criminal y Reforma penal.* Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal. Colomer, Madrid, 1993., pp. 637 ss. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel. *Minoría de edad y Derecho Penal Juvenil. Aspectos político criminales.* Instituto Vasco de Criminología, Cuaderno 12. Eguzkilore, 1988., p. 72.
- 96 GONZÁLEZ ZORRILLA, C. *La justicia de menores en España.* En: DE LEO, G. *La justicia de menores. La delincuencia juvenil y sus instituciones.* Teide, Barcelona, 1985., p. 131.
- 97 DE LA CUESTA ARZAMENDI. *El abandono del sistema tutelar: evolución del Derecho español en materia de protección y de tratamiento de los menores delincuentes y en peligro.* En: *Anales Internacionales de Criminología.* Vol. 37. Eguzkilore, 1999.,

requiriendo, por consiguiente, para su aplicación la previa declaración de la responsabilidad penal (ciertamente, 'de carácter especial' con respecto a la de los adultos)⁹⁸, adoptada conforme al Derecho penal de la culpabilidad⁹⁹ y a partir de los parámetros y garantías elementales propios del Estado de Derecho (...)¹⁰⁰.

Se puede afirmar por lo tanto, que a los adolescentes se les aplican sanciones o medidas con un carácter sancionatorio-educativo, enmarcadas dentro de la prevención especial y en consideración a que en el o la adolescente, confluye una responsabilidad penal disminuida que atiende a la etapa de la vida por la cual pasa, que no recibe la plenitud de la motivación normativa y por lo mismo, el Estado no puede desplegar la sanción en toda su intensidad por no estar en condiciones de igualdad real ante la ley, pues precisamente, la edad limita su capacidad de responder plenamente como el adulto, y de ahí, su trato especial¹⁰¹.

pp. 105 ss. BOLDOVA PASAMAR, M. A. *Principales aspectos sustantivos del nuevo Derecho Penal juvenil español*. En: *El nuevo Derecho penal juvenil español*. Zaragoza, 2002., p. 44. SILVA SÁNCHEZ, J. M. *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*. Barcelona, 1997., pp. 180 ss.

98 BOLDOVA PASAMAR. Ob. Cit., p. 44. SILVA SÁNCHEZ. *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*. Barcelona, 1997., pp. 180 ss.

99 CANTARERO BANDRÉS, Rocío. *Delincuencia juvenil y sociedad en transformación*. Madrid, 1988., p. 221. CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta y COLÁS TURÉGANO, Asunción. *La responsabilidad penal del menor*. Madrid, 2002., p. 48.

100 DE LA CUESTA ARZAMENDI. *¿Es posible un modelo compartido de reeducación y reinserción en el ámbito europeo?* En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, p. 27. En: <http://criminnet.ugr.es/recpc>

101 FIANDACA, Giovanni y MUSCO, Enzo. *Derecho Penal*. Parte general. Temis, Bogotá, 2006., p. 329. (...) *Pero cualesquiera que sean sus nexos con la culpabilidad, el fundamento penal de la imputabilidad debe buscarse en el terreno de las funciones de la pena. Si la amenaza de la sanción punitiva debe ejercer una eficacia preventivo-general, disuadiendo a los potenciales infractores de cometer delitos, un presupuesto necesario es que los destinatarios de aquella sean psicológicamente capaces de dejarse motivar por la amenaza misma. Si, de cara al sujeto trasgresor, la ejecución concreta de la pena debe tender a reeducarlo (prevención especial), es necesario que, una vez condenado, sea psicológicamente capaz de entender el significado del tratamiento punitivo. Ahora bien, no todos los individuos presentan en igual medida tal susceptibilidad para ser motivados por la norma, ni tal aptitud para asimilar la exhortación de la norma penal. En efecto, los sujetos inmaduros, tales como los menores hasta cierto límite de edad y las personas enfermas mentales o con problemas similares, deben ser considerados incapaces de sufrir la coacción psicológica de la pena o, en todo caso, incapaces de sufrirla en la misma medida en que la experimentan los adultos mentalmente sanos (...).*

Tal aspecto es reconocido en las recomendaciones de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad), cuando en sus principios fundamentales consagra que se debe reconocer el hecho de que “(...) *el comportamiento o la conducta de los jóvenes que no se ajustan a los valores y normas generales de la sociedad son con frecuencia parte del proceso de maduración y crecimiento y tienden a desaparecer espontáneamente en la mayoría de las personas cuando llegan a la edad adulta (...)*”.

A esto se puede añadir, que correspondiendo a la familia, la sociedad y el Estado, garantizar los derechos de NNA, deben asumir las deficiencias en el cumplimiento de esa obligación. La insuficiencia, irregularidad o la desatención de las acciones protectoras por parte de los corresponsables, surge entonces como un factor que incide en el trato especial que se dispensa a NNA.

En este punto, es importante considerar que siendo el delito un producto social, el Estado y la sociedad deben cumplir previamente el papel formador para que el adolescente tenga la opción de conocer y estar consciente de los comportamientos considerados irregulares por la legislación penal; por lo tanto, más que sancionar debe pensarse en prevenir y educar.

Se tiene entonces que la determinación de darle la denominación de sanción, obedece a la exigencia de garantizar los derechos propios de quien se somete a un sistema de naturaleza punitiva, pues se trata de una imposición limitativa de derechos fundamentales, pero que no sigue puntualmente todas las funciones señaladas en el Código Penal para la pena –artículo 4-, pues las mismas, en materia de adolescentes, están determinadas desde la misma Constitución Política y los instrumentos internacionales, esto es, a la protección y educación dentro de la situación particular en la cual se encuentre¹⁰².

102 MATO GÓMEZ, Juan C., MORALES GONZÁLEZ, José M., y COSTA CABANILLAS, Miguel. *Educación social especializada*. Ariel, Barcelona, 1999., p. 64. (...) *La justicia juvenil, como expresión de la reacción social formal, no puede ser disfuncional, aunque tenga su propia lógica, con las necesidades de los adolescentes y jóvenes. Las políticas públicas incluida la justicia, deben constituir una red que soporte y compense sus dificultades de socialización y sirva de apoyo para facilitar y promover su integración social.*

La confusión entre la justicia y la acción socioeducativa, resta eficacia a ambas (Funes y González, 1988). Cada una tiene su ámbito de autonomía. La justicia opera desde la lógica de la violación de las normas y la acción socioeducativa desde la lógica de las necesidades. Pero esta observación solo hace referencia

Siendo de naturaleza educativa, las sanciones o medidas pueden ser variadas en cualquier momento, atendiendo las necesidades del o la adolescente, aspecto de gran importancia, considerando que implica el otorgamiento de facultades discrecionales al funcionario o funcionaria judicial, pero determinadas a partir del bloque de constitucionalidad, no sólo para su imposición sino además, para su variación y control. En estas condiciones, se puede señalar que a los adolescentes se les imponen sanciones con carácter pedagógico y de protección, por lo cual más allá de denominárseles de una u otra forma, pues en el CIA se utilizan ambas expresiones con el mismo sentido¹⁰³, lo trascendente es su contenido.

3.4 GARANTÍAS PROCESALES DESDE LAS REGLAS DE BEIJING

La tercera pregunta, esto es, las garantías procesales, son las que finalmente nos introducen en el centro de este capítulo, pues con las Reglas de Beijing, se pretende precisamente, dar las pautas con las cuales se logrará respetar los derechos de los adolescentes que son señalados de incurrir en conductas punibles.

Establecido el carácter sancionatorio con una perspectiva protectora y educativa, se puede afirmar que la realización de una conducta punible por parte de un adolescente, implica el ejercicio de la acción penal por parte del Estado, lo cual exige la configuración de un sistema acusatorio para la investigación y juzgamiento, acorde con lo dispuesto en el acto Legislativo 03 de 2002, lo cual implica la creación de un proceso con sujetos

en el momento en que entra en acción una y otro, dejando a la justicia un ámbito más restringido. El tiempo de la acción socioeducativa no viene determinado por el delito, pero sí condicionado y se adapta a los acontecimientos vitales del sujeto.

Pero ¿en qué condiciones la justicia es funcional, y genera sinergia con la acción socioeducativa, tonel objetivo de inserción social?, ¿Cómo debe responder la justicia a las actuales condiciones de la socialización de los adolescente y jóvenes? A nuestro entender, debería ser una justicia centrada en la solución del conflicto social, tendiendo a devolver a instancias extrajudiciales la solución del conflicto y aportándoles a éstas una decisión investida por la autoridad del fiscal o del Juez; y centrada en los actores del conflicto: el menor o joven y la víctima, restituyendo real o simbólicamente a la víctima, disminuyendo la tensión y modulando la reacción social estereotipada del adolescente o joven (...).

103 El CIA, utiliza también el término *medida* en los artículos 140, 148, 152, 156, 159, 161, 177, 178, 185 y 189, para referirse a las sanciones.

que desempeñan un *rol o papel* determinado, básicamente de acusación y defensa, siendo el Juez quien de manera imparcial define la controversia a la luz de los parámetros constitucionales y legales, partiendo de las pruebas legalmente aportadas -artículo 372 Ley 906 de 2004-.

Tomando los instrumentos internacionales sobre NNA en los cuales se les reconoce como sujetos de derechos y no simples objetos de protección -la cual de todas maneras se mantiene pero con la participación del o la adolescentes que puede expresar su opinión frente a los asuntos que lo afectan-, se concluye que debe brindárseles plenas garantías procesales, las cuales como mínimo deben ser las mismas de los adultos, pero con un enfoque diferenciado y especialidad de “(...) *las leyes, órganos, objetivos, sanciones y modo de actuación propios del sistema de justicia de menores, que debe estar orientado hacia la promoción de su bienestar, su tutela y la garantía de proporcionalidad entre el hecho y la respuesta institucional (...)*”¹⁰⁴.

Se tiene entonces, que el proceso que se sigue a los adolescentes puede ser similar al de los adultos –aunque lo ideal sería un procedimiento especialmente diseñado-, pero debe contener además, los parámetros concretos sugeridos por los instrumentos internacionales, aplicables por medio del bloque de constitucionalidad, los cuales a grandes rasgos, se sintetizan así:

- Trabajo en prevención de la delincuencia juvenil, en especial en el establecimiento de mecanismos de apoyo constante a la familia y la comunidad.
- Adecuado manejo del dilema de los derechos del NNA vs defensa social, de tal forma que estos últimos no se impongan en detrimento de la protección y formación que requiere NNA. Esto implica además, que el carácter netamente retribucionista de la sanción ceda ante la educación y la protección.
- Aplicación de mecanismos alternativos de justicia que propendan por evitar la judicialización de los adolescentes y que éstos reciban la protección y formación acorde con sus condiciones particulares. Con

104 CORTE CONSTITUCIONAL, *sentencia C-203 de 2005*.

esta perspectiva, la justicia restaurativa tiene un amplio campo de acción, al igual que la aplicación del principio de oportunidad.

- Respeto por los derechos del adolescente, especialmente de las garantías procesales básicas tales como la presunción de inocencia, el derecho a ser notificado de las acusaciones, el derecho a no responder, el derecho al asesoramiento, el derecho a la presencia de los padres o tutores, el derecho a la confrontación con los testigos y a interrogarlos a éstos, y el derecho de apelación ante una autoridad superior.
- Establecimiento de personal especializado en el procesamiento y ejecución de la sanción, el cual debe ser permanentemente capacitado. Esto implica una visión y solución holista de cada asunto.
- La intervención del o la adolescente y sus padres o representantes.
- Otorgamiento de facultades discrecionales al funcionario encargado de fijar y controlar las medidas protectoras al NNA¹⁰⁵. Al efecto, la idoneidad y probidad del Juez son trascendentes, por lo cual debe fijarse mecanismos adecuados de control¹⁰⁶.

105 *Ibíd.* Sentencia T-397 de 2004. (...) *En la Sentencia C-997 de 2004, en relación con el interés superior del menor, la Corte precisó, las autoridades administrativas y judiciales encargadas de determinar el contenido del interés superior de los niños en casos particulares cuentan con un margen de discrecionalidad importante para evaluar, en aplicación de las disposiciones jurídicas relevantes y en atención a las circunstancias fácticas de los menores implicados, cuál es la solución que mejor satisface dicho interés; lo cual implica también que dichas autoridades tienen altos deberes constitucionales y legales en relación con la preservación del bienestar integral de los menores que requieren su protección – deberes que obligan a los jueces y funcionarios administrativos en cuestión a aplicar un grado especial de diligencia, celo y cuidado al momento de adoptar sus decisiones, mucho más tratándose de niños de temprana edad, cuyo proceso de desarrollo puede verse afectado en forma definitiva e irremediable por cualquier decisión que no atienda a sus intereses y derechos (...).*

106 CORTE INTERAMERICANA DE JUSTICIA. Caso Instituto de Reeduación del Menor vs Paraguay (2004). (...) 211. *A la luz de las normas internacionales pertinentes en la materia, la referida jurisdicción especial para niños en conflicto con la ley en el Paraguay, así como sus leyes y procedimientos correspondientes, deben caracterizarse, inter alia, por los siguientes elementos: 1) en primer lugar, la posibilidad de adoptar medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales; 2) en el caso de que un proceso judicial sea necesario, este Tribunal dispondrá de diversas medidas, tales como asesoramiento psicológico para el niño durante el procedimiento, control respecto de la manera de tomar el testimonio del niño y regulación de la publicidad del proceso; 3) dispondrá también de un margen suficiente para el ejercicio de facultades discrecionales en las diferentes etapas de los juicios y en las distintas fases de la administración de justicia de niños; y 4) los que ejerzan dichas facultades deberán estar especialmente preparados y capacitados en los derechos humanos del niño y la psicología infantil para evitar cualquier abuso de la discrecionalidad y para asegurar que las medidas ordenadas en cada caso sean idóneas y proporcionales (...).*

- Flexibilidad en las medidas, lo cual implica la posibilidad de variación o terminación en cualquier momento, así mismo, la combinación de las mismas en tanto propendan por la protección integral. Esto no significa que no se pueda adoptar posiciones fuertes, pero razonables y ponderadas, pues tanto la Convención como las Reglas, advierten que además del bienestar del NNA, se debe considerar la gravedad del delito y las necesidades de la sociedad; de otra forma, difícilmente el NNA asumirá el sentimiento de “culpa” que le permita recapacitar sobre el daño causado y su restauración. No se descarta entonces, que si la conducta amerita el internamiento preventivo o la privación de la libertad y se han agotado los mecanismos de convicción para hacer efectiva la medida –citaciones, llamados, requerimientos a los padres o éstos cohonestan la actividad del NNA o la propician, etc.-, se pueda acudir a su conducción o captura por medio de la Policía de la Infancia y la Adolescencia, eso sí, preservando las garantías respectivas y sin que se afecte la intimidad del NNA, reportando tal orden a bases de datos o registros no diseñados para que operen dentro del SRPA.

La importancia de la presencia del o la adolescente en el desarrollo del proceso, conlleva a que no cualquier situación pueda ser tomada para detener al mismo, más cuando estamos frente a sujetos en rangos de edades que de imponérseles medidas, las mismas perderían efectividad pasado el límite dispuesto en la ley para lograr su protección como NNA. El artículo 158 del CIA, en defectuosa redacción, no aclara la forma como operará el mecanismo de la persona ausente, pues los requerimientos señalados en la ley 906 de 2004, al aplicarse pueden exponer la intimidad del o la adolescente. Lo que sí queda claro, es que no puede el o la adolescente, enterados del proceso que se les adelanta, acudir a mecanismos evasores para paralizarlo o dilatarlo. Al respecto, la Corte Constitucional, destacó:

(...) Frente al cuestionamiento relativo a si la suspensión del juicio mientras comparece el adolescente acusado representa una afectación desproporcionada de los derechos de las víctimas, la Sala determinó que resulta ajustada a la Constitución, en la medida que la ausencia del menor tenga justificación y no obedezca simplemente a la renuencia a comparecer o a la contumacia como forma de eludir las obligaciones que ante sí mismo, las víctimas del delito, la sociedad y el Estado, contrajo con ocasión del delito. En este evento, no hay derecho

prevalente alguno, porque no existe ni puede existir el derecho de burlar la justicia y los derechos de las víctimas. Tampoco, la actuación elusiva del infractor representa una forma propia del interés superior del menor que legitime materialmente suspender el proceso, no adelantar el juzgamiento y permitir que la acción prescriba con el paso del tiempo. Por tal motivo, el artículo 158 del Código de la Infancia y la Adolescencia se declaró inexecutable, siempre y cuando no se den las circunstancias referidas (...)»¹⁰⁷.

- Evitar la estigmatización del NNA, respetando su intimidad. Se propende por evitar la publicidad o hacer pública la imagen del NNA e igualmente, la restricción en el acceso a las actuaciones y memorias del proceso, prohibiendo su utilización en procesos que como adulto puedan desarrollarse contra el mismo NNA –reglas 8 y 21-. Corresponde a todos los funcionarios que actúan en el SRPA, en especial a los jueces, aplicar rigurosamente estas pautas, pues acudir a los registros de adolescentes se puede convertir en una indebida práctica para argumentar la personalidad proclive al delito del delincuente adulto, trayendo sus registros como adolescente o lo que es más grave, para fundamentar una conducta delictiva, por ejemplo: fuga de presos, etc.
- Evitar las medidas privativas de la libertad, de tal forma que éstas se utilicen sólo como último recurso, por espacios breves y propendiendo por medidas alternativas.
- Personal especializado en el tratamiento y manejo de adolescentes.

Aunque parcialmente estas pautas son recogidas en el CIA, lo cierto es que las omisiones o inconsistencias legislativas deben ser resueltas por el operador del sistema, acudiendo al bloque de constitucionalidad al cual nos hemos venido refiriendo, pues allí se puede encontrar fundamentos para llenar los vacíos o controversias interpretativas que se presenten. En ese contexto, las observaciones Generales del Comité de Derechos del Niño, son herramientas útiles que proyectan el alcance de los Instrumentos Internacionales.

¹⁰⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-055 de 2010, MP. Juan Carlos Henao Pérez. expediente D-7807. Comunicado de prensa 5 del 3 de febrero de 2010.

A manera de conclusión, podemos afirmar que el CIA considera a los adolescentes mayores de 14 años, sujetos de derecho con capacidad de responder penalmente y por lo tanto, imputables con derecho a un tratamiento especial y diferenciado, a quienes se les aplican sanciones y/o medidas de carácter educativo y protector –no represivo-. Así mismo, que en consideración al principio del interés superior de NNA, están sujetos a todas las garantías procesales mínimas dentro de un proceso especial y diferenciado, el cual apunta a su protección integral y bienestar.

Ap

ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

- El o la discente, deberá analizar si el Juez Penal para adolescentes, luego se declara la responsabilidad del o la adolescente, le puede imponer simultáneamente varias sanciones, considerando la Regla 18 de Beijing, el artículo 40-4 de la Convención sobre los derechos del Niño y la Ley 1098 de 2006.
- El o la discente, deberá analizar si puede acumularse sanciones para un mismo adolescente, considerando la Regla 18 de Beijing, el artículo 40-4 de la Convención sobre los derechos del Niño y la Ley 1098 de 2006.

Ae

AUTOEVALUACIÓN

Ramiro de 15 años de edad, observando la precaria situación económica de su madre y la reciente muerte de su padre, decide aceptar el pago de \$5 millones que le ofrecen varios vecinos de la localidad de ciudad Bolívar en Bogotá, por matar a Rodolfo, reconocido expendedor de estupefacientes en las escuelas de esa localidad, y quien además, tiene varias condenas relacionadas con narcotráfico y hurto. Es así como recibe un revólver SW38, y el 17 de julio de 2008, cuando Rodolfo transitaba por una calle de la mencionada localidad, le dispara varias veces y le causa la muerte en el instante. Seguidamente, asustado, se refugia en su hogar, a donde horas más tarde llegan dos hermanos del fallecido, quienes arbitrariamente ingresan y le disparan varias veces, dejándolo gravemente herido. Estos sujetos son capturados por la policía y son procesados como adultos. Trasladado al centro asistencial, Ramiro recibe atención médica, y logra salvar su vida, pero los galenos reportan que el adolescente ha perdido la movilidad de sus miembros inferiores, de por vida, y advierten, que deben inmovilizarle provisionalmente sus brazos por seis meses. La Fiscalía inicia investigación y, 15 días después de la fecha de los hechos, ante Juez Penal para

Ae

Adolescentes con función de control de Garantías, solicita orden de captura contra Ramiro. Iniciada la audiencia, la Fiscal delegada para el SRPA, señala que la gravedad de los hechos amerita se expida la orden, pues se trata de un caso de sicariato y el joven ya fue dado de alta por los médicos que lo atendieron, razón por la cual la Fiscalía tiene suficientes elementos de juicio para pedir posteriormente su internamiento preventivo. Presenta registro civil de nacimiento del adolescente para acreditar su edad, copia del protocolo de necropsia de Rodolfo y copia de cinco entrevistas con testigos presenciales de los hechos. Acude igualmente, la Defensora de Familia, quien señala que el ICBF, inició actuación para la verificación y restablecimiento de derechos, tan pronto el director del hospital donde atendieron a Ramiro les informó de su situación. Señala que efectivamente, el adolescente fue dado de alta, pues los médicos consideraron que su recuperación podía darse en su hogar, pero que sus piernas quedarán sin su movilidad natural permanentemente y sus brazos deben estar inmovilizados por seis meses. Agrega que en el trámite administrativo que adelanta, se estableció que Ramiro no estaba estudiando, proviene de una familia desplazada, tiene dos hermanas de 13 y 14 años y un hermano de 18 años, cuenta con el apoyo de su madre, y su padre falleció recientemente en un accidente de tránsito. Finalmente, destaca las dificultades que han tenido para llegar al sitio donde se encuentra Ramiro, porque la comunidad manifiesta que no permitirá que se lo lleven pues les hizo un “favor” al matar a Rodolfo. Presenta informe al respecto.

- Como Juez con función de control de Garantías, ¿libraría la orden de captura?
- En el evento de que Rodolfo fuese citado y compareciera a la audiencia preliminar, y la Fiscalía luego de la imputación, pidiera la medida de internamiento preventivo, usted ¿acogería esa solicitud?

J

- ¿Podría imponer otra medida distinta al internamiento preventivo?

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional

Sentencias C- 092 de 2002, C-370 de 2002, C-184 de 2003, C-203 de 2005 y C-804 de 2006

Unidad 4

*REGLAS DE LA HABANA O REGLAS DE LAS NACIONES UNIDAS PARA MENORES PRIVADOS DE LA LIBERTAD
DIRECTRICES DE RIAD
REGLAS DE TOKIO O REGLAS DE NACIONES UNIDAS PARA MEDIDAS NO PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD*

Og

OBJETIVO GENERAL DE LA UNIDAD

Conocer la importancia que tienen estas reglas en el modelo de protección integral propuesto por la ONU.

Oe

OBJETIVOS ESPECÍFICOS DE LA UNIDAD

- Conocer los principios que rigen la privación de la libertad de niños, niñas y adolescentes.
- Reconocer los derechos y mecanismos que deben operar en la privación de la libertad de niños, niñas y adolescentes.
- Establecer pautas para el control de medidas desde la perspectiva judicial.
- Establecer la forma como debe operar la interdisciplinariedad en la ejecución de medidas privativas de la libertad y la forma como debe propiciarse la integración del infractor a la familia y a la sociedad.
- Establecer la importancia de la prevención, como mecanismo de protección de NNA.
- Verificar que para la protección integral del o la adolescente infractor, no es necesario privarlo de la libertad.

(...) Gary está en la cocina de su piso. Su novia esta enfadada con él porque hizo algo que la dañó. Ella le chilla y le empuja el hombro. Por la mente de Gary pasan muchas cosas, pero no hace nada por corregir los fallos de su pensamiento. Se encoleriza. La insulta. Cerca hay un cuchillo de cocina afilado. Gary lo coge y se lo clava, hiriéndola de gravedad.

Gibbs pregunta a los adolescentes: '¿Qué crees que pasó a Gary por la cabeza?' Dice Gibbs que las respuestas más frecuentes eran de este tenor: '¿Quién se ha creído que es? A mí no me pega nadie. Aquí mando yo y hago lo que me da la gana. ¿Cómo se atreve a tocarme?' Estos pensamientos se centran en uno mismo y no muestran ninguna empatía hacia la novia; tampoco imparcialidad, pues Gary puede hacer lo que quiera, mientras que la novia no. Son un buen ejemplo de la limitación que afecta en general a los menores antisociales de sexo masculino: parece que se han 'quedado en el nivel de satisfacer sus intensas necesidades, sin importarles las consecuencias para los demás' (Carducci, 1980, p. 157). En la primera línea, el criminólogo Samenow (1984) cita estas palabras de un delincuente de 14 años: "Nací con la idea de que haría lo que quisiera. Siempre pensé que las normas y las reglas no eran para mí" (p. 160) (...) ¹⁰⁸.

El desarrollo moral, la empatía, la interiorización de valores, etc., a la par con los factores de riesgo y las circunstancias que rodean el comportamiento delictual de NNA, deben analizarse con profundidad al momento de elegir un programa de acción para la prevención o para la definición de la sanción. No es una tarea fácil, así como la mayoría de los comportamientos pueden considerarse de poca gravedad y atendibles con medidas blandas, cuando se presentan conductas de relevante peligro en las cuales las víctimas y la sociedad reclaman por justicia, las medidas requerirán de especial cuidado; de ahí, la necesidad de trabajar interdisciplinariamente, en conjunto y en forma coherente, si queremos realmente unos efectos protectores para NNA. La predicción de bienestar en el futuro de NNA, depende de que corrijamos los errores del presente y propiciemos un verdadero ambiente de protección a partir de nuestra particular realidad.

108 HOFFMAN, Martín L. *Desarrollo Moral y empatía*. Idea Book, Barcelona, 2000., pp. 243-244.

4.1 ALCANCE DE LAS REGLAS DE LA HABANA

Ante la vulnerabilidad en la cual quedan los NNA al ser privados de la libertad y las deplorables condiciones en las cuales por lo general se les mantenía, la ONU expide estas reglas, propugnando por el respeto de los derechos humanos y la seguridad de NNA y el fomento de su bienestar físico y mental –reglas 1, 3, 12-, que incluye: “... *la detención, el encarcelamiento o la prisión...*”¹⁰⁹, se utilicen como último recurso, por el período mínimo necesario y limitarse a casos excepcionales, sin excluir la posibilidad de disponer su libertad antes de ese tiempo. Se propende entonces, por la utilización de mecanismos alternativos en procura de contrarrestar los efectos perjudiciales del internamiento y fomentar la utilización de medidas que se desarrollen en libertad.

Estas reglas buscan servir de referente “... *para brindar alicientes y orientación a los profesionales que participen en la administración del sistema de justicia de menores...*” –regla 5- para lo cual invitan a su **difusión e incorporación en las legislaciones internas**, buscando sensibilizar constantemente a la comunidad sobre la importancia “... *del cuidado de los menores detenidos y su preparación para su reintegración a la sociedad...*” –reglas 7 y 8-.

Partiendo de la protección integral, se orientan a que a los NNA se les garantice el derecho a “... *disfrutar de actividades y programas útiles que sirvan para fomentar y asegurar su sano desarrollo y su dignidad, promover su sentido de responsabilidad e infundirles actitudes y conocimientos que les ayuden a desarrollar sus posibilidades como miembros de la sociedad...*” –regla 12-.

Invitan a que se realice un control efectivo de las medidas, por una parte, en lo relativo a “... *La protección de los derechos individuales de los menores por lo que respecta especialmente a la legalidad de la ejecución de las medidas de detención será garantizada por la autoridad competente...*” –regla 14-, función que el artículo 177 par. 2 del CIA radica en cabeza del Juez que dictó la medida. Este aspecto resulta de particular importancia para la rehabilitación del o la joven, toda vez que se trata de la autoridad que fijó la medida y señaló las pautas que se deben seguir, convirtiéndose en punto

109 CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, artículo 37-b.

de referencia frente al cual el o la adolescente asume su responsabilidad y del cual esperan apoyo y comprensión en la ejecución de la sanción. Esto implica que el Juez, con seriedad, autoridad y responsabilidad, esté al tanto de los avances o tropiezos que tenga el adolescente y lo escuche –entrevista-, motivándolo y si es necesario, reclamándole por las deficiencias que se detecten. Se trata de ser un verdadero interlocutor y transmisor del mensaje que lanza la ley en busca de erradicar las conductas irregulares y lograr que los valores y principios que orientan el sistema, se inculquen al o la adolescente.

(...) Por otra parte, Richardson nos advierte que son los jóvenes los que tienen que hacer el esfuerzo mayor por cambiar. En ocasiones podemos hacer y decir las formas de forma correcta y los jóvenes, por alguna razón, continúan con una agresividad fuera de control. Los adolescentes necesitan aprender que sus conductas les llevan a unas consecuencias lógicas y naturales. No podemos por lo tanto, ignorar la conducta, y pretender que ellos nada pueden hacer para modificarla.

Es más fácil decir que hacer, pero si somos capaces de ver la conducta del joven más allá de la conducta irracional y sin sentido, les podemos ayudar en seis aspectos distintos:

1. *Les comunicamos que somos más sensibles a sus luchas internas y estamos más abiertos a hablar sobre sus problemas.*
2. *Podemos focalizar la atención en mejorar su autoconcepto, cambiándolo por otro más ajustado a la realidad, donde los sujetos adquieran motivación y perspectiva para proponer algo diferente a lo que han hecho hasta ahora con sus vidas.*
3. *Podemos trabajar con los jóvenes, sus familias y otros profesionales para eliminar, reducir o reinterpretar algunos de los problemas u obstáculos que existen en sus vidas, facilitando de esa manera el proceso de cambio.*
4. *Podemos enseñar a los jóvenes a reconocer sus ‘disparadores emocionales’ (programa ART) y, por consiguiente, ayudarles a prevenir algunos de los comportamientos que les causan mayores dificultades para progresar hacia un estilo de vida prosocial.*

5. *Podemos incrementar nuestra probabilidad de responder de manera empática y racional a sus desafíos, ayudando así a que se haga menos frecuente el ciclo de comportamiento agresivo.*
6. *Podemos también modelar formas más apropiadas para responder a las tensiones y problemas de la vida, actuando de manera profesional ante esas conductas de oposición y desafío (...)*¹¹⁰.

Por otra parte, “... los objetivos de integración social deberán garantizarse mediante inspecciones regulares y otras formas de control llevadas a cabo, de conformidad con las normas internacionales, la legislación y los reglamentos nacionales, por un órgano debidamente constituido que esté autorizado para visitar a los menores y que no pertenezca a la administración del centro de detención...” –regla 14-, tarea que del contexto del CIA –artículos 79, 52, 146, 163 par. 3 y 205-, correspondería esencialmente, a las Defensorías de familia, con la colaboración “... del Estado en cabeza de todos y cada uno de sus agentes...”- artículo 11 CIA.

Respecto de los NNA en “*detención preventiva*”, recuerda, que están cobijados por la presunción de inocencia, por lo cual exhortan a que se imponga en casos excepcionales, buscando aplicar medidas sustitutorias, a la vez que invitan a que se otorgue máxima prioridad a estos casos para que la detención sea lo más breve posible –regla 17-. En tanto NNA se encuentren bajo “*detención*” debe mantenerse la garantía de asesoramiento jurídico gratuito, y respetarse la confidencialidad de las comunicaciones que se sostenga con tal motivo.

Enseñan que al interior de los centros de internamiento, a los NNA, debe brindárseles la oportunidad de “... *efectuar un trabajo remunerado y de proseguir sus estudios o capacitación, pero no serán obligados a hacerlo...*” –regla 18b-, sin que esto se convierta en motivo de la detención. Igualmente, debe dárseles la posibilidad de recibir y conservar material de entretenimiento, en la medida que “... *sea compatible con los intereses de la administración de justicia...*”- regla 18c-.

¹¹⁰ GARRIDO GENOVÉS, Vicente y ALBA ROBLES, José Luis. *La relación Terapéutica entre el Educador y el delincuente juvenil*. En: *Manual de Intervención Educativa en Readaptación Social*. Vol. 1. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005., pp. 225-226.

La administración de los centros de internamiento debe tener parámetros y protocolos para la recopilación de la información individual de los NNA que permanezcan allí, los cuales deben tener carácter confidencial, estar actualizados y permitir acceso solamente a personal autorizado. Sobre ese expediente, el NNA tendrá derecho a la rectificación de afirmaciones inexactas, infundadas o injustas por medio de un tercero apropiado y debe ser destruido en su debido momento –regla 19-. Concordando con la regla 21 de Beijing, estos registros no pueden ser utilizados como antecedentes ni con algún otro objetivo en la justicia de adultos; de ahí, la prohibición contenida en el artículo 159 del CIA, que resulta poco afortunada en su redacción, pues realmente dentro del SRPA, lo que se debe permitir, es acudir a esos registros para establecer la reincidencia o el incumplimiento del o la adolescente a las sanciones impuestas con anterioridad, y junto a las demás pautas dispuestas por el legislador para definir las sanciones y determinar cuál será la más adecuada. La prohibición a que se refiere la regla, no varía aun cuando el adolescente mientras esté bajo la medida, cumpla los 18 años de edad, pues fue bajo los lineamientos protectores del SRPA, que se impuso la misma; por lo tanto, si no puede tenerse como antecedentes y la información de los expedientes es confidencial, mal puede requerirse o exigirse por quienes actúan en la justicia penal para adultos, copias o información de allí recogido, y menos cuando se trata de tomarlas para fundar una acusación o condena contra el o la adolescente que ha llegado a su mayoría de edad.

Estas Reglas también exigen que para el ingreso en el NNA, se debe exigir una orden de autoridad competente que debe consignarse inmediatamente en el registro –regla 20-, orden que en Colombia sólo la puede emitir, por escrito, el Juez facultado para el efecto, tal y como lo dispone el artículo 28 constitucional y lo reitera implícitamente el artículo 160 del CIA. Se busca evitar que personas no autorizadas, dispongan sobre la libertad del NNA, como solía suceder con algunas autoridades administrativas, y que sea el Juez quien con conocimiento de causa y en forma razonable, ordene la privación de la libertad cuando la ley lo permita.

Del ingreso y la variación de las condiciones del internamiento, se debe informar a los padres o personas a cargo del NNA –regla 22-.

Estas instituciones deben tener un reglamento en el cual se establezcan las condiciones de la privación de la libertad, señalando los derechos y obligaciones de cada interno, la organización, las condiciones disciplina-rias y en general, los detalles de la forma como se desarrolla la medida o sanción. De ese reglamento, se debe suministrar copia al NNA y ayudarle a comprenderlo él mismo –reglas 24 y 25-.

Al ingreso, se debe elaborar un informe sobre las condiciones del NNA, y preparar un informe psicológico y social, al igual que uno médico, con el objeto de decidir el lugar más adecuado para el NNA en el centro, así como para determinar el tratamiento y el programa que deberán aplicarse -reglas 23 y 27-. Para tal efecto, se debe tener como criterio primordial, la asistencia que mejor se adapte a sus necesidades concretas, procurando su bienestar e integridad física y mental –regla 28-.

(...) 131. Los detenidos deben contar con revisión y atención médica preferentemente a cargo de un facultativo elegido por ellos mismos o por quienes ejercen su representación o custodia legal. Los resultados de cualquier examen médico que ordenen las autoridades – y que no debe ser practicado en presencia de las autoridades policiales- deben ser entregados al juez, al detenido y a su abogado, o bien, a éste y a quien ejerza la custodia o representación del menor conforme a la ley¹¹¹. La Corte ha señalado que la atención médica deficiente de un detenido es violatoria del artículo 5 de la Convención Americana¹¹².

132. Los establecimientos de detención policial deben cumplir ciertos estándares mínimos¹¹³, que aseguren la observancia de los derechos y garantías establecidos en los párrafos anteriores. Como ha reconocido este Tribunal en casos anteriores, es preciso que exista un registro de detenidos que permita controlar la legalidad de las detenciones¹¹⁴.

111 EUROPEAN COURT HR. Council of Europe. Committee on the Prevention of Torture. 9th General Report [CPT/Inf (99), 12], par. 37-41.

112 *Ibíd.* Caso Cantoral Benavides. *Supra* nota 30, párr. 85 y 106. En igual sentido: *Ibíd.*, para. 33-34.

113 *Ibíd.* Caso *Dougoz vs Greece* Judgment of 6 march 2001. Reports of Judgments and Decisions 2001-II, para. 46 and 48. Council of Europe. Committee on the Prevention of Torture, European Union. 9th General Report [CPT/Inf (99), 12], par. 33-34.

114 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Juan Humberto Sánchez, *supra* nota 4, par. 189. Caso de la Panel Blanca (*Paniagua Morales y otros*). Reparaciones, *supra* nota 30, par. 203.

Esto supone la inclusión, entre otros datos, de: identificación de los detenidos, motivos de la detención, notificación a la autoridad competente, y a los representantes, custodios o defensores del menor, en su caso y las visitas que éstas hubieran hecho al detenido, el día y hora de ingreso y de liberación, información al menor y a otras personas acerca de los derechos y garantías que asisten al detenido, indicación sobre rastros de golpes o enfermedad mental, traslados del detenido y horario de alimentación.

Además el detenido debe consignar su firma y, en caso de negativa la explicación del motivo. El abogado defensor debe tener acceso a este expediente y, en general, a las actuaciones relacionadas con los cargos y la detención (...)¹¹⁵.

Debe propenderse por la organización de centros abiertos donde las medidas de seguridad sean escasas o nulas y el número de internos o internas lo menos numeroso posible, lo cual permite que el tratamiento pueda tener carácter individual y se posibilite el acceso de la familia del NNA “... Convendrá establecer pequeños centros de detención e integrarlos en el entorno social, económico y cultural de la comunidad...” –regla 30-.

Las instituciones para la privación de la libertad, deben contar con instalaciones que satisfagan todas las exigencias de higiene y dignidad –regla 31-, de tal forma que permitan el cumplimiento del objetivo de la medida dispuesta y se reduzca al máximo, los posibles riesgos a los cuales puedan estar expuestos los NNA, en especial frente a los incendios. “... Los centros de detención no estarán situados en zonas de riesgos conocidos para la salud o donde existan otros peligros...” -regla 32-¹¹⁶.

El respeto por la intimidad, la individualidad de espacios y las condiciones de aseo, deben ser preocupación constante, con miras al bienestar del NNA, visión en la cual se incluye la posibilidad de permitirle la posesión

115 *Ibíd.* Sentencia del 18 de septiembre de 2003. Caso *Bulacio vs Argentina*.

116 *Ibíd.* Al respecto, debe recordarse la Sentencia del 2 de septiembre de 2004, Caso *Instituto de Reeducación del Menor vs Paraguay*. Cuando la Corte Interamericana de derechos Humanos, estudió una situación a partir del incendio en un centro de internamiento en ese país. En la actualidad, cursa denuncia ante la Comisión Interamericana de derechos Humanos, por la muerte, originada en un incendio, de 10 adolescentes privados de la libertad, en el centro “Tiempo de crecer” en Puerto Montt, Chile.

de objetos personales y disponer de lugares seguros para guardarlos, igualmente y en lo posible, el uso de sus propias prendas de vestir, pero eso sí, “... Los centros de detención velarán porque todos los menores dispongan de prendas personales apropiadas al clima y suficientes para mantenerlos en buena salud. Dichas prendas no deberán ser en modo alguno degradantes ni humillantes. Los menores que salgan del centro o a quienes se autorice a abandonarlo con cualquier fin podrán vestir sus propias prendas...” –regla 36-.

La alimentación debe ser garantizada, “... adecuadamente preparada y servida a las horas acostumbradas, en calidad y cantidad que satisfagan las normas de la dietética, la higiene y la salud y, en la medida de lo posible, las exigencias religiosas y culturales. Todo menor deberá disponer en todo momento de agua limpia y potable...” –regla 37-.

Punto central del internamiento es la educación¹¹⁷, de ahí que se exija que en la ejecución de la medida, se facilite el acceso a la misma, en lo posible fuera de la institución, “... en escuelas de la comunidad, y en todo caso, a cargo de maestros competentes, mediante programas integrados en el sistema de instrucción pública, a fin de que, cuando sean puestos en libertad, los menores puedan continuar sus estudios sin dificultad...”, igualmente, se debe permitir el acceso a una biblioteca “... bien provista de libros y periódicos instructivos y recreativos que sean adecuados; se deberá estimular y permitir que utilicen al máximo los servicios de la biblioteca...”. Con el avance de la informática, debe propenderse por la formación y uso adecuado de la Internet.

Atendiendo la normatividad nacional e internacional sobre el trabajo de NNA, se les debe permitir trabajar en la labor que deseen y recibir una remuneración justa, “... de ser posible en el ámbito de la comunidad local, que complemente la formación profesional impartida a fin de aumentar la posibilidad

117 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-507 de 2004. (...) El desarrollo libre, armónico e integral del menor en una sociedad democrática, por ejemplo, depende en gran medida de recibir una educación adecuada. El Estado debe crear las condiciones para asegurar la posibilidad de que los menores puedan (i) acceder al sistema educativo y (ii) permanecer en él. De forma similar, la jurisprudencia constitucional ha resaltado la importancia de la recreación, pues cuando a un niño se le priva de su derecho al juego, no sólo se le está negando la recreación, se le está privando la posibilidad de desarrollarse libre, armónica e integralmente. El juego le permite al menor socializarse, interactuar con otros niños; trabajar en equipo o desarrollar su imaginación. El vacío emocional y afectivo de un menor cuando se le priva de su derecho de recreación tiene un impacto negativo en su formación y en su interacción con los demás niños de su edad (...).

de que encuentren un empleo conveniente cuando se reintegren a sus comunidades...”-reglas 45 y 46-

En procura de lograr una formación integral, se propende porque se programen jornadas de deporte y recreación, lo mismo que permitir el ejercicio de las actividades religiosas acordes con el culto que profesen. La atención del estado de salud del NNA, implica también, que se le dispense el cuidado que requiera en caso de enfermedad física o mental o cualquier padecimiento, informando oportunamente a su familia o acudiente, de su estado de salud, accidente o muerte. En este último evento, el pariente más próximo tendrá derecho a examinar el certificado de defunción y pedir que le muestren el cadáver y disponer su último destino en la forma como decida; además, “... *deberá practicarse una investigación independiente sobre las causas de la defunción, cuyas conclusiones deberán quedar a disposición del pariente más próximo. Dicha investigación deberá practicarse cuando el fallecimiento del menor se produzca dentro de los seis meses siguientes a la fecha de su liberación del centro de detención y cuando haya motivos para creer que el fallecimiento guarda relación con el período de reclusión...*” –reglas 56 y 57-

Se debe “... *organizar programas de prevención del uso indebido de drogas y de rehabilitación administrados por personal calificado. Estos programas deberán adaptarse a la edad, al sexo y otras circunstancias de los menores interesados, y deberán ofrecerse servicios de desintoxicación dotados de personal calificado a los menores toxicómanos o alcohólicos...*” –regla 54.

En caso de enfermedad o accidente grave, del fallecimiento de un pariente del o la NNA, deberá informársele y “... *darle la oportunidad de asistir al funeral del fallecido o, en caso de enfermedad grave de un pariente, a visitarle en su lecho de enfermo...*” –regla 58-

Deberá utilizarse todos los medios posibles para que “*tengan una comunicación adecuada con el mundo exterior*” y autorizarle la comunicación y visitas de sus familiares y amigos, preservando su intimidad, así como la salida para visitar su hogar y su familia, y otorgar permisos especiales para salir por motivos educativos, profesionales u otras razones de importancia. “... *En caso de que el menor esté cumpliendo una condena, el*

tiempo transcurrido fuera de un establecimiento deberá computarse como parte del período de cumplimiento de la sentencia...” –reglas 59 y 60-

Desde el punto de vista formativo, es de vital importancia que como estímulo por los avances o logros conseguidos por el NNA, se concedan permisos de salida, cuando así lo aconsejen los profesionales encargados del programa al cual se somete, y por supuesto, con el análisis razonable del Juez que controla la sanción o medida¹¹⁸, quien finalmente los concede, al entrar el NNA a su disposición con motivo del proceso que se le adelanta. Esos permisos que deben ir sujetos al compromiso de buen comportamiento por parte del NNA y a que regresará al internamiento en el momento cuando se le indique, permiten al Juez, medir el efecto de la medida y el cambio de comportamiento del beneficiado, así como establecer hasta qué punto está en condiciones de regresar a su medio familiar y social o la posibilidad de variar la medida. Para tal efecto, resulta muy importante, entrevistar personalmente al NNA.

Debe prohibirse al personal, portar y utilizar armas o acudir a instrumentos de coerción o a la fuerza¹¹⁹, salvo que se haya

*(...) agotado y fracasado todos los demás **medios de control** y sólo de la forma expresamente autorizada y descrita por una ley o un reglamento (...) casos en los cuales (...) esos instrumentos no deberán causar humillación ni degradación y deberán emplearse de forma restrictiva y sólo por el lapso estrictamente necesario (...), debiendo*

118 *Entre los aspectos que debe analizar el Juez, está la gravedad del delito cometido, el tiempo de internamiento que lleva el NNA en relación con la sanción fijada, el cumplimiento de las obligaciones del NNA y su disciplina en el interior del establecimiento, el compromiso de su familia frente al cumplimiento del permiso, etc.*

119 *COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Observación General 8, párr. 15. (...) El Comité reconoce que hay circunstancias excepcionales en que los maestros y determinadas personas, como por ejemplo los que trabajan con niños en instituciones y con niños en conflicto con la ley, pueden encontrarse ante una conducta peligrosa que justifique el uso de algún tipo de restricción razonable para controlarla. En este caso también hay una clara distinción entre el uso de la fuerza determinado por la necesidad de proteger al niño o a otros y el uso de la fuerza para castigar. Debe aplicarse siempre el principio del uso mínimo necesario de la fuerza por el menor tiempo posible. También se requieren una orientación y capacitación detalladas, tanto para reducir al mínimo la necesidad de recurrir a medidas restrictivas como para asegurar que cualquier método que se utilice sea inocuo y proporcionado a la situación y no entrañe la intención deliberada de causar dolor como forma de control (...)*

tomarse las precauciones adecuadas (...) para impedir que el menor lesione a otros o a sí mismo o cause importantes daños materiales. En esos casos, el director deberá consultar inmediatamente al personal médico y otro personal competente e informar a la autoridad administrativa superior (...) –reglas 64 y 65-.

Señala que los procedimientos disciplinarios deberán contribuir al orden y respetar la dignidad de NNA, y queda prohibido (...) *el trato cruel, inhumano o degradante, incluidos los castigos corporales, la reclusión en celda oscura y las penas de aislamiento o de celda solitaria, así como cualquier otra sanción que pueda poner en peligro la salud física o mental del menor. Estarán prohibidas, cualquiera que sea su finalidad, la reducción de alimentos y la restricción o denegación de contacto con familiares. El trabajo será considerado siempre un instrumento de educación y un medio de promover el respeto del menor por sí mismo, como preparación para su reinserción en la comunidad, y nunca deberá imponerse a título de sanción disciplinaria. No deberá sancionarse a ningún menor más de una vez por la misma infracción disciplinaria. Deberán prohibirse las sanciones colectivas (...) –regla 67-.*

Debe garantizarse el debido proceso en esos procedimientos, lo cual incluye la definición la conducta constitutiva de la infracción, sus consecuencias, la autoridad competente, al igual que la posibilidad de apelación. “... *Los informes de mala conducta serán presentados de inmediato a la autoridad competente, la cual deberá decidir al respecto sin demoras injustificadas. La autoridad competente deberá examinar el caso con detenimiento...*” –regla 69-. De esas actuaciones debe levantarse acta –reglas 69 y 70-.

Se recomienda tener “*inspectores calificados o una autoridad debidamente constituida de nivel equivalente*”, independiente, para que realice visitas periódicas, sin previo aviso y sin restricciones con el objeto de verificar el funcionamiento de la institución en lo concerniente “... *al cumplimiento de las reglas relativas al ambiente físico, la higiene, el alojamiento, la comida, el ejercicio y los servicios médicos, así como cualesquiera otros aspectos o condiciones de la vida del centro que afecten a la salud física y mental de los menores. Todos los menores tendrán derecho a hablar confidencialmente con los inspectores...*”. En el caso de detectar alguna anomalía, deber informarla a la

autoridad competente para que inicie la investigación pertinente y exija las responsabilidades correspondientes –reglas 73 y 74¹²⁰–.

El NNA tiene derecho a formular peticiones o quejas al director de la institución o a cualquier autoridad, y recibir la respuesta a las mismas, ya sea asesorado o directamente –reglas 75 y 76–.

Las medidas y su ejecución deben estar diseñadas para lograr que el NNA se reintegre a su familia y la sociedad –regla 79– de tal forma que se debe ir creando las condiciones para lograr ese objetivo.

El personal debe ser suficiente y especializado -educadores, instructores profesionales, asesores, asistentes sociales, siquiátras y sicólogos- de tal forma que se aprovechen “... todas las posibilidades y modalidades de asistencia correctivas, educativas, morales, espirituales y de otra índole disponibles en la comunidad y que sean idóneas, en función de las necesidades y los problemas particulares de los menores reclusos...” –regla 81–.

Ese personal debe ser cuidadosamente seleccionado, con

(...) una remuneración suficiente para atraer y retener a hombres y mujeres capaces. Deberá darse en todo momento estímulos a los funcionarios de los centros de detención de menores para que desempeñen sus funciones y obligaciones profesionales en forma humanitaria, dedicada, profesional, justa y eficaz, se comporten en todo momento de manera tal que merezca y obtenga el respeto de los menores y brinden a éstos un modelo y una perspectiva positivos (...) –regla 83–.

En el marco del programa educativo individual al cual debe someterse el adolescente para cumplir la sanción, debe fijarse metas, estímulos y pautas de disciplina, sin desbordar el contenido de la sanción ni sus derechos. La

120 ONG. Defensa internacional de niñas y niños (DNI). *Informe de Anna Volz. Poner fin a la Violencia contra los Niños en los Sistemas de Justicia. Estrategias para el Compromiso de la Sociedad Civil en el seguimiento al Estudio de la ONU.* Ginebra, noviembre de 2009. (...) *Muchos Estados están fracasando en sus obligaciones de prevenir el maltrato debido a la falta de supervisión eficaz en el sistema de justicia. Esta es, por lo tanto, un área donde la sociedad civil puede ofrecer asistencia técnica y pericia para ayudar a los Estados a desarrollar sistemas de supervisión. Éstos pueden a su vez llevar a cabo su propia supervisión de los lugares de detención para revelar las violaciones y dotar a los niños de una voz donde el gobierno ha fracasado (...).*

importancia del conocimiento de las condiciones en las cuales se ejecuta la sanción por parte del adolescente, aconseja que sea el Juez como controlador de la misma, quien deba explicar su alcance, máxime si es él quien luego puede disponer su modificación, suspensión o terminación.

Por último, en la observación General 10 de 2007, el Comité de los derechos del Niño¹²¹, insiste en el respeto por los siguientes aspectos:

(...) 87. Todo niño privado de libertad tiene derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y visitas. Para facilitar las visitas, se internará al niño en un centro situado lo más cerca posible del lugar de residencia de su familia. Las circunstancias excepcionales en que pueda limitarse ese contacto deberán estar claramente establecidas en la ley y no quedar a la discreción de las autoridades competentes.

88. El Comité señala a la atención de los Estados Partes las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, aprobadas por la Asamblea General en su resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990. El Comité insta a los Estados Partes a aplicar plenamente esas reglas, teniendo en cuenta al mismo tiempo, cuando proceda, las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos (véase también la regla 9 de las Reglas de Beijing).

A este respecto, el Comité recomienda que los Estados Partes incorporen esas reglas en sus leyes y reglamentos nacionales y las difundan en los idiomas nacionales o regionales correspondientes, entre todos los profesionales, ONG y voluntarios que participen en la administración de la justicia de menores.

89. El Comité quiere destacar que, en todos los casos de privación de libertad, son aplicables, entre otros, los siguientes principios y normas:

- *El medio físico y los locales para menores deben responder a su finalidad, es decir, la rehabilitación de los menores, teniéndose*

121 CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, artículo 44.

debidamente en cuenta sus necesidades de intimidad, de estímulos sensoriales y de oportunidades de asociarse con sus compañeros y de participar en actividades deportivas, artísticas y de esparcimiento.

- *Todo menor en edad de escolaridad obligatoria tiene derecho a recibir una enseñanza adaptada a sus necesidades y capacidades y destinada a prepararlo para su reinserción en la sociedad. Además, siempre que sea posible, tiene derecho a recibir formación para ejercer una profesión que lo prepare para un futuro empleo.*
- *Todo menor tiene derecho a ser examinado por un médico inmediatamente después de su ingreso en un centro de menores/correccional y a recibir atención médica adecuada durante su estancia en el centro, cuando sea posible, en servicios e instalaciones sanitarios de la comunidad.*
- *El personal del centro debe fomentar y facilitar contactos frecuentes del menor con la comunidad en general, en particular comunicaciones con sus familiares, amigos y otras personas o representantes de organizaciones prestigiosas del exterior, y la oportunidad de visitar su hogar y su familia.*
- *Sólo podrá hacerse uso de coerción o de la fuerza cuando el menor represente una amenaza inminente para sí o para los demás, y únicamente cuando se hayan agotado todos los demás medios de control. El uso de coerción o de la fuerza, inclusive la coerción física, mecánica y médica, deberá ser objeto de la supervisión directa de un especialista en medicina o psicología. Nunca se hará uso de esos medios como castigo.*
- *Deberá informarse al personal del centro de las normas aplicables, y se sancionará adecuadamente a los que hagan uso de la coerción o la fuerza vulnerando esas normas.*
- *Toda medida disciplinaria debe ser compatible con el respeto de la dignidad inherente del menor y con el objetivo fundamental del tratamiento institucional; deben prohibirse terminantemente las medidas disciplinarias que infrinjan el artículo 37 de la Convención, en particular los castigos corporales, la reclusión en celda oscura y las penas de aislamiento o de celda solitaria, así como cualquier otra sanción que pueda poner en peligro la salud física o mental o el bienestar del menor.*

- *Todo niño tendrá derecho a dirigir, sin censura en cuanto al fondo, peticiones o quejas a la administración central, a la autoridad judicial o a cualquier otra autoridad competente e independiente, y a ser informado sin demora de la respuesta; los niños deben tener conocimiento de estos mecanismos y poder acceder a ellos fácilmente.*
- *Deberá facultarse a inspectores calificados e independientes para efectuar visitas periódicas y para hacerlas sin previo aviso por propia iniciativa; deberán hacer especial hincapié en mantener conversaciones con los menores en condiciones de confidencialidad (...).*

En estas recomendaciones también se destaca, el llamado para que se respete el derecho al acercamiento familiar, derecho que en nuestro medio con frecuencia se desconoce sin justificación razonable, al advertirse que el internamiento preventivo –artículo 181 CIA- o la privación de la libertad –artículo 187 CIA- se realiza en sitios distantes del medio familiar y sociocultural del NNA, bajo la excusa de que no hay instituciones para el internamiento o no se justifica tenerlas debido al alto costo y la poca utilización de las mismas, sin reparar en el impacto negativo que esto genera en su formación y desarrollo integral.

Esta situación, puede admitirse solamente de manera excepcional, cuando las circunstancias lo ameritan por motivos de seguridad o con un motivo fundado que permita pronosticar peligro para la integridad del o la adolescente, por ejemplo: en delitos de alto impacto cuando se avizore una reacción violenta de la víctima o la misma comunidad. Estas esporádicas situaciones, no pueden convertirse en la generalidad como viene ocurriendo, con el pretexto de la falta de recursos para la creación o sostenimiento de instituciones, pues con ello se privilegia la ineficiencia administrativa más que los intereses prevalentes de NNA.

No se trata de exigir la creación de numerosos centros de internamiento para adolescentes, sino de aplicar la privación de la libertad como último recurso y por el plazo más breve posible¹²² –artículo 40-4 de la

122 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Bulacio*, supra nota 6, párr. 135. En el mismo sentido, artículo 37.b de la Convención sobre los Derechos del Niño; y Reglas 13 y 19 de las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas

Convención-, y si ésta es necesaria, establecer mecanismos que propicien la reintegración del adolescente a su medio en condiciones que garanticen sus derechos. Corresponde entonces a las autoridades encargadas ejecutar las medidas –artículo 177 num. 6 inc. 2 Ley 1098 de 2006-, disponer lo necesario para lograr que esta clase de medidas cumplan su objetivo pedagógico y formativo –artículo 161 Ley 1098 Ibíd.-, presentando al Juez, alternativas razonables para la ejecución de las mismas; de lo contrario, se debe dar aplicación al inciso 2, del artículo 162 de la Ley 1098 Ibíd., esto es, la “*libertad provisional*” o “*detención domiciliaria*”, figuras, que si bien son ajenas al SRPA, deben ser entendidas, como alternativa de decisión cuando el ICBF, no tiene institución adecuada para el cumplimiento de la medida. Eso sí, debe darse aviso de tal situación a los organismos de control respectivos –artículo 210 le 1098 Ibíd.- para que adopten los correctivos del caso, pues si el Juez tiene razones suficientes para disponer una medida que implique privación de la libertad, es porque la misma se requiere y debe ejecutarse.

4.2 ALCANCE DE LAS DIRECTRICES DE RIAD

En este documento, la ONU expone que para evitar que NNA se introduzcan en el mundo del delito, debe trabajarse en prevención, en especial, por medio de políticas públicas, el fomento de la educación y el desarrollo e integral de NNA. Esa fue precisamente una de las conclusiones que presenta el Secretario General de las Naciones Unidas, en el *Informe sobre la Juventud Mundial 2005*.

(...) En algunos instrumentos de las Naciones Unidas se prefieren los enfoques sociales a los judiciales para el tratamiento de jóvenes delincuentes. En las Directrices de Riad se afirma que la prevención de la delincuencia juvenil es parte esencial de la prevención del delito en la sociedad, y en las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing) se recomienda el establecimiento de medidas positivas para promover el bienestar general del menor y reducir la necesidad de que intervenga el

de Beijing), 1985.

*Estado*¹²³. Suele considerarse que la intervención en etapas tempranas es la mejor forma de prevenir la delincuencia juvenil, y que la justicia reformativa es la mejor forma de impedir la reincidencia.

86. Hay diversas opciones normativas para hacer frente a la delincuencia juvenil y al delito partiendo de dos criterios opuestos: o bien 'frenar y neutralizar' o bien 'captar y rehabilitar' a los jóvenes delincuentes. En las Reglas de Beijing se indicó que 'siempre que sea posible, se adoptarán medidas sustitutorias de la prisión preventiva, como la supervisión estricta, la custodia permanente, la asignación a una familia o el traslado a un hogar o a una institución educativa'¹²⁴. El peligro de una mayor contaminación delictiva mientras los menores se encuentran en prisión preventiva debería promover la adopción de nuevas medidas innovadoras para evitar esa medida cautelar. La aplicación de la ley no es la única respuesta al comportamiento antisocial de los jóvenes, como tampoco es muy eficaz la labor puramente preventiva o represiva en el caso de jóvenes que ya han tenido problemas con la justicia. No siempre es necesario encarcelar a los jóvenes, pues hay pruebas de que los programas comunitarios son alternativas valiosas. Por otra parte, la detención de un pequeño grupo de delincuentes reincidentes, que se sabe que han cometido la mayoría de los delitos registrados, parece haber tenido un efecto positivo sobre la tasa de delitos (...) ¹²⁵.

En estas directrices, se establecen tres niveles de prevención: la primaria, que busca promover la justicia y la igualdad de oportunidades, erradicando la pobreza y la marginalidad; la secundaria, con el apoyo a NNA de mayores riesgos, por ejemplo: hijos de desplazados, madres cabeza de familia, de reclusos, indígenas, etc., y terciaria, creando mecanismos para evitar que NNA tengan contacto con el sistema judicial, así como la reincidencia.

Es importante que dentro de las políticas públicas y en general, en el diseño de programas de prevención, se ataquen los factores de riesgo que impulsan al o la adolescente a incursionar en el ámbito penal; de ahí, la

123 ONU. Asamblea General. Resolución 45/112. New York, 1985.

124 *Ibid.* Resolución 40/33.

125 *Ibid.* Informe sobre la Juventud mundial. Informe del secretario general, párr. 85. New York, 2005.

importancia de establecer cuáles son esos factores para tomar medidas oportunas frente a los mismos. Así, la pobreza, la deserción escolar, las familias disfuncionales, el maltrato, el uso indebido de estupefacientes y alcohol, el entorno social inestable, etc., son factores que inciden en el comportamiento delictivo de los y las adolescentes, y es allí donde el Estado debe actuar con mayor énfasis.

(...) Con demasiada frecuencia, las políticas relativas a la juventud son impulsadas por estereotipos negativos acerca de los jóvenes, incluidos la delincuencia, el uso indebido de drogas y la violencia. Sin embargo, la mayoría de los jóvenes no participan en esas actividades, y la mayor parte de los que sí lo hacen desisten con el tiempo. Por el contrario, los jóvenes deben considerarse como asociados imprescindibles para construir la sociedad del futuro. Los gobiernos a todos los niveles deberían elaborar y aplicar políticas integradas para la juventud, estableciendo vínculos entre las diferentes esferas prioritarias para el desarrollo de los jóvenes. Las esferas prioritarias del Programa de Acción Mundial inciden unas en otras. Por lo tanto, existen razones de peso para que los gobiernos formulen políticas relativas a la juventud globales e integradas. También persiste la necesidad de prestar especial atención a diversos grupos de jóvenes desfavorecidos en el proceso de seguimiento del Programa de Acción Mundial. En particular cabe mencionar las necesidades especiales de los jóvenes con discapacidades, los migrantes jóvenes y los jóvenes indígenas (...)¹²⁶.

Recomiendan las directrices, una actividad interdisciplinaria con la participación de los sectores público y privado, las comunidades y los mismos NNA, en procura de evitar la delincuencia juvenil, con programas que generen la socialización e integración de todos los NNA. En este sentido, se asigna por lo tanto, tareas a la familia, la comunidad, los medios de comunicación, lo mismo que al Estado en materia de educación y política social eficaz.

126 *Ibíd.*, párr. 95.

En las directrices 52 y siguientes, se alienta a los Estados para que promuevan leyes en favor del trato digno hacia los NNA, así como para que se advierta sobre la gravedad de su utilización en actividades delictivas.

Al final, propende por la interacción y coordinación, con carácter multidisciplinario e intradisciplinario, de todos los que de una u otra forma se dedican al trabajo con los jóvenes, en el ámbito interno e internacional, propiciando el intercambio de información, experiencias y conocimientos relacionados con la delincuencia juvenil –directrices 60 y siguientes–.

4.3 ALCANCE DE LAS REGLAS DE TOKIO

Estas reglas, a las cuales se debe acudir con mayor frecuencia, pues al aplicar el principio de la privación de la libertad como último y excepcional recurso, hace que la gran mayoría de sanciones se cumplan en libertad, buscan que el infractor, manteniéndose junto a su familia, se reintegre a la sociedad, a la vez que se logre un equilibrio entre “... los derechos del delincuente, los derechos de las víctimas y el interés de la sociedad en la seguridad pública y la prevención el delito...”¹²⁷.

Se fomenta entonces, “... una mayor participación de la comunidad en la gestión de la justicia penal, especialmente en lo que respecta al tratamiento del delincuente, así como fomentar entre los delincuentes el sentido de su responsabilidad hacia la sociedad...” –regla 1.2.–, y a la par, evitar el impacto nocivo que el internamiento genera en el infractor, más cuando no se cuenta con instituciones adecuadas y la tradicional visión de la “cárcel” o “centro de internamiento” parte de la exclusión o separación del infractor de su medio familiar y social.

Si bien este instrumento está dirigido tanto a adultos como a NNA, el mensaje que envía se orienta a la inclusión del sancionado a la comunidad, y que las actividades que él realice en cumplimiento de la sanción, tengan esa finalidad, alientan la intervención mínima y la fijación de medidas alternativas a la privación de la libertad.

127 VARELA, Oswaldo et al. *Entre la Psicología y el Derecho*. Lexis Nexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2006., p. 74.

(...) A fin de asegurar una mayor flexibilidad, compatible con el tipo y la gravedad del delito, la personalidad y los antecedentes del delincuente y la protección de la sociedad, y evitar la aplicación innecesaria de la pena de prisión, el sistema de justicia penal establecerá una amplia serie de medidas no privativas de la libertad, desde la fase anterior al juicio hasta la fase posterior a la sentencia. El número y el tipo de las medidas no privativas de la libertad disponibles deben estar determinados de manera tal que sea posible fijar de manera coherente las penas (...)-Regla 2.3-

Sugieren las reglas, la preparación de informes de investigación social, sobre el entorno del infractor –regla 7-, previo a la imposición de la sanción, así como una serie de medidas no privativas de la libertad – regla 8-, y la posibilidad de sustituirlas con el fin de “... evitar la reclusión y prestar asistencia a los delincuentes para su pronta reinserción social...” –regla 9-. Recomienda la claridad y precisión en las obligaciones que se impongan al infractor, ilustrándolo con suficiencia al respecto y brindándole el apoyo profesional especializado que requiera. Ante el incumplimiento de las obligaciones, propicia el análisis de la situación, buscando que si hay lugar para modificar la medida, se busquen alternativas antes de llegar a la privación de la libertad.

CONCLUSIÓN

Podemos señalar que el panorama que ofrecen los instrumentos internacionales exige una mirada hacia el reconocimiento de los derechos de NNA y su inclusión como miembros visibles de la sociedad, lo cual implica que familia, sociedad y Estado se comprometen no sólo a hacer efectivos tales cometidos sino a crear un ambiente favorable que los hagan realidad.

Frente a NNA que infringen la ley penal, se busca un trato diferenciado y especial, marcado por una perspectiva educativa y protectora, instando a los corresponsables a trabajar en materia de prevención y erradicación de los factores de riesgos que generan sus conductas, así como en programas que propendan por la rehabilitación y la inserción del NNA infractor, basados en la protección y la educación.

Esta loable propuesta se torna compleja cuando NNA, reinciden en conductas delictivas o realizan graves comportamientos marcados por la violencia, situaciones frente a las cuales las víctimas y la sociedad reclaman medidas drásticas, y llegan a exigir que se les dispense un trato similar al de los delincuentes adultos. Se plantea así el dilema protección-educación frente a sanción-retribución, que se balancea a favor de la protección del NNA, sin llegar a desconocer la gravedad del delito que exige adoptar medidas fuertes pero sin perder la perspectiva educativa.

La corresponsabilidad de la familia, la sociedad y el Estado, exige que coordinadamente se trabaje en prevención, con políticas que permitan la participación e inclusión de NNA, y al mismo tiempo, se garanticen procesos adecuados y respetuosos de los derechos de NNA, lo cual incluye la imposición de medidas o sanciones para atender las necesidades del NNA y su ejecución bajo específicas reglas que busquen su protección.

Este es el marco que presenta el conjunto de instrumentos internacionales sobre los derechos de NNA, el cual se integra al sistema de la Ley 1098 de 2006, por medio del bloque de constitucionalidad, en los términos analizados en este módulo.

Ap

ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

El o la discente, deberá elaborar diez reglas para el manejo y control de una institución donde son internados adolescentes hombres. También debe señalar, si hay alguna variación en caso de que se tratara de mujeres.

Ae

AUTOEVALUACIÓN

Pedro de 17 años, permanece en un centro de internamiento de adolescentes, pues un Juez Penal para Adolescentes le impuso sanción de privación de la libertad por dos años, como responsable del delito de tentativa de homicidio.

Pedro lleva un año, cumpliendo debidamente la sanción, y sus profesores destacan su compromiso con los objetivos trazados por el equipo interdisciplinario, razón por la cual deciden acudir ante el Juez que le impuso la sanción y le piden que le conceda a Pedro, un permiso para salir de la institución por ocho días para que pueda estar con su familia.

- Usted es el Juez a quien le presentan esa petición, ¿Cuál sería su decisión?

J

JURISPRUDENCIA

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 18 de septiembre de 2003. Caso Bulacio vs Argentina.

B

BIBLIOGRAFÍA

BARBA, JOSÉ BONIFACIO. *Educación para los derechos humanos*. Fondo de Cultura Económica. México, 2003.

BELOF, MARY. *Derecho. Infancia y Familia*. Gedisa, Barcelona, 2000.

B

- CASTELLANOS GARCÍA, FRANCISCO. *La reintegración de adolescentes en conflicto con la ley*. Reintegra, México, 2007.
- COON, DENIS. *Psicología*. Thomson, México, 2005.
- COMINS MINGOL, IRENE. *Del Miedo a la Diversidad a la Ética del Cuidado: Una Perspectiva de Género*. Revista de ciencias sociales *Convergencia*, septiembre-diciembre, 33, 2003. En: <http://convergencia.uaemex.mx>
- DE LA MATA BARRANCO, NORBERTO J. *El principio de Proporcionalidad Penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- DE MAUSE, LLOYD. *Historia de la Infancia*. Alianza, Madrid, 1974.
- DELGADO LLANO, LUIS FERNANDO. *Fundamentos del Sistema Penal para Adolescentes*. Consejo Superior de la Judicatura - Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla". Bogotá, 2008.
- DICKENS, CHARLES. *Oliver Twist*. Rol Andes. Bogotá, 1999.
- DOLZ LAGO, MANUEL JESÚS. *Comentarios a la Legislación Penal de Menores*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2007.
- FIANDACA, GIOVANNI Y MUSCO, ENZO. *Derecho Penal. Parte general*. Temis. Bogotá, 2006.
- FUCITO, FELIPE. *Sociología del Derecho*. Editorial Universidad. Buenos Aires, 1993.
- GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO. *Infancia-adolescencia de los Derechos y de la Justicia*. Doctrina jurídica contemporánea. México, 1999.
- GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO Y BELOF, MARY. *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*. Temis. Bogotá, 2004.

B

GARRIDO GENOVÉS, VICENTE Y ALBA ROBLES, JOSÉ LUIS. *La relación Terapéutica entre Educador y el delincuente juvenil*. En: *Manual de Intervención Educativa en readaptación Social*. Vol. 1. Tirant lo Blanch. Valencia, 2005.

GUTIÉRREZ, JOAN MANUEL. *Comentarios al anteproyecto de ley Orgánica por el que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, del 12 enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, febrero 2006. En www.noticiasjuridicas.com.

HALL GARCÍA, ANA PAOLA. *La responsabilidad Penal del Menor*. Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2004.

HARRIS, PHILIP W., WELSH, Wayne y BUTLER, Frank. *Un siglo de Justicia Juvenil*. En: *Recopilación Justicia Penal siglo XXI, Una Selección de Criminal Justice 2000*. Granada, 2006. En: www.ncjrs.gov.com.

HOFFMAN MARTÍN, L. *Desarrollo Moral y empatía*. Idea Book, Barcelona, 2000.

JUSTICIA PARA CRECER 4. *Revista especializada en justicia juvenil restaurativa*. Terre de hommes y Encuentros. Casa de la Juventud. Lima, 2006.

LANDROVE DÍAZ, GERARDO. *Introducción al Derecho Penal de Menores*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

MANILI, PABLO LUIS. *El Bloque de Constitucionalidad*. En: *La Ley*. Buenos Aires, 2005.

MARTÍN CRUZ, ANDRÉS. *Los fundamentos de la capacidad de culpabilidad penal por razón de la edad*. Comares, Granada, 2004.

MONROY CABRA, MARCO GERARDO. *Derecho de Menores*. Wilches, Bogotá, 1983.

B

- MORA ALARCÓN, JOSÉ ANTONIO. *Derecho Penal y Procesal de Menores*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- ORTEGA ESTEBAN, JOSÉ. *Educación Social Especializada*. Ariel, Barcelona, 1999.
- PADIAL ALBÁS, MARÍA ADORACIÓN Y TOLDRÁ ROCA, MARÍA DOLORES. *Estudios jurídicos sobre la protección de la infancia y de la adolescencia*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007.
- TOME TAMEME, J. *Ley Orgánica Reguladoras de la Responsabilidad Penal de los menores: especial consideración a las medidas sancionadoras educativas*. En: *Base de datos*. Bosch, Madrid, 2009.
- UPRIMNY YEPES, RODRIGO, ANGARITA UPRIMNY, INÉS Y PARRA VERA, ÓSCAR. *Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario*. Consejo Superior de la Judicatura - Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla". Bogotá, 2006.
- UPRIMNY YEPES, RODRIGO. *Bloque de Constitucionalidad, derechos Humanos y proceso Penal*. Consejo Superior de la Judicatura - Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla". Bogotá, 2006.
- VARELA, OSWALDO ET AL. *En recopilación Entre la Psicología y el Derecho*. Lexis Nexis Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2006.

Septiembre de 2010

Homenaje a los Magistrados y Magistradas Inmolados en el Holocausto del Palacio de Justicia 1985 – 2010



Pedro Elías Serrano Abadía

Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, 1985

Fue uno de los profesionales del Derecho distinguido del Departamento del Valle del Cauca; nació en Buenaventura el 20 de Noviembre de 1928. En Popayán en donde cursó estudios de primaria y secundaria en el Liceo de la Universidad del Cauca; más tarde viajó a Bogotá para adelantar estudios de Derecho en la Universidad Nacional, obteniendo el título de Doctor en Derecho y Ciencias Políticas con especializaciones en ciencias penales y penitenciarias. Su tesis de grado versó sobre el delito de bigamia.

En el curso de su carrera profesional se desempeñó como Juez 1 Penal Municipal, Relator del Honorable Tribunal Superior de Cali, Juez 2 Penal del Circuito, Juez 3 Superior, Fiscal del honorable Tribunal Superior de Cali, Magistrado de la Sala Penal del Honorable Tribunal Superior de Cali y varias veces elegido presidente en la sala de la misma corporación.

Los anteriores cargos los desempeñó en forma ininterrumpida hasta Julio de 1976, fecha en la cual fue designado como Magistrado de la Sala de Casación Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia de la que fue su presidente en el periodo 1981-1982, continuando en el desempeño de su cargo hasta la fecha de su fallecimiento.

La judicatura y la cátedra fueron su vida; su vocación intelectual el Derecho Penal, motivo por el cual con un grupo de destacados juristas fundó la Universidad Santiago de Cali, de la cual fue profesor y secretario general, institución de la que han egresado decenas de abogados que fueron sus discípulos. También fue catedrático de la Universidad San Buenaventura.

Por su vocación intelectual y su trayectoria jurídica, se hizo acreedor a varias condecoraciones, entre ellas la Orden de Boyacá en el grado de Gran Cruz, dada por la Presidencia de la República en homenaje póstumo.

Otras condecoraciones fueron: Ciudades condecoradas del Valle del Cauca, otorgada por la gobernación del Valle del Cauca; Honor al Mérito, por la Alcaldía de Cali y el Tribunal Superior de Buga; Honor al Mérito Judicial José Ignacio de Márquez, concedido por el gobierno nacional; Honor al Mérito por la Universidad Santiago de Cali.

Como Miembro fundador del colegio de Abogados Penalistas del Valle del Cauca, esta corporación le confirió en 1981 la distinción del Colegiado Honorario.



UNIÓN EUROPEA



UNIVERSIDAD MILITAR
NUEVA GRANADA



MINISTERIO
DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA

Bloque de Constitucionalidad
en el Sistema de Responsabilidad
Penal para Adolescentes