

TRABAJO DE GRADO:
“ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL PARA
ADOLESCENTES EN COLOMBIA Y ARGENTINA”

IVANA KARERINA CUESTA HERRERA.

FACULTAD DE DERECHO.
UNIVERSIDAD LIBRE SEDE CARTAGENA.
CARTAGENA D. T Y C.
2012.

TRABAJO DE GRADO:
**“ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL PARA
ADOLESCENTES EN COLOMBIA Y ARGENTINA”**

IVANA KARERINA CUESTA HERRERA.

Dra. MORAIMA CABALLERO DE NIEVES.

Asesor de Tesis

Requisito para optar el Título de Abogado

**FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD LIBRE SEDE CARTAGENA**

Cartagena D.T. y C

2012.

PÁGINA DE ACEPTACIÓN.

Presidente de Tesis.

Jurado No 1.

Jurado No 2.

Cartagena de Indias, D.T. y C., _____ de 2012.

CONTENIDO

		PAG
1	RESUMEN	8
1.1	ABSTRACT	9
1.2	OBJETIVOS	9
1.2.1	OBJETIVO GENERAL	9
1.2.2	OBJETIVOS ESPECÍFICOS	9
1.3	METODOLOGÍA	10
1.3.1	Formas de la investigación	10
1.3.2	Tipo de investigación	10
1.3.3	Método de investigación	10
1.4	PALABRAS CLAVES	10
2	INTRODUCCION	11
2.1	PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	12
2.2	JUSTIFICACION DEL PROBLEMA	17
2.3	OBJETIVOS	19
2.3.1	OBJETIVOS GENERAL	19
2.3.2	OBJETIVOS ESPECIFICOS	19
2.4	HIPOTESIS	20
2.5	ESTRATEGIAS METODOLÓGICAS	20
2.5.1	FORMAS DE LA INVESTIGACIÓN	20
2.5.2	TIPOS DE INVESTIGACION	20
2.5.3	METODO DE INVESTIGACION	21
2.5.4	FUENTES, TECNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCION DE INVESTIGACION DE LA INFORMACION	21
2.5.4.1	Fuentes de recolección de la información	21

2.5.4.2	Técnicas de recolección de la información	21
2.5.4.3	Instrumentos de la recolección de información	21
3	CAPÍTULOS	22
3.1	PRIMER CAPITULO: RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES EN COLOMBIA	22
3.1.1	Como rasgos principales del modelo jurídico garantista, en el campo penal, pueden citarse los siguientes	24
3.1.2	Principio de oportunidad en el código de la infancia y adolescencia	35
3.1.3	Procedimientos especiales en los juzgamientos de menores en Colombia	39
3.2	SEGUNDO CAPITULO: RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES EN ARGEN	56
3.2.1	Propuesta respecto a cómo debe ser conformado un sistema de responsabilidad penal juvenil	60
3.2.2	Situación en Santa Fe (Argentina)	69
4	CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	77
4.1	CONCLUSIONES	77
4.2	RECOMENDACIONES	85
5	REFERENTES BIBLIOGRAFICOS	91

DEDICATORIA.

“Dios interviene en todas las cosas para bien de los que lo aman”

Romanos 8,28.

“¿Has visto a uno que se esmera en hacer bien lo que tiene que hacer? Pues ese no se quedara entre los últimos. Ese llegara de primero”

Salomón.

Excelencia y Eternidad de la Sabiduría

¿No clama la sabiduría, y da su voz la inteligencia?

En las alturas junto al camino,

A las encrucijadas de las veredas se para;

En el lugar de las puertas a la entrada de la ciudad,

A la entrada de las puertas de voces:

Oh hombres a vosotros clamo;

Dirijo mi voz a los hijos de los hombres.

Entended, oh simples, discreción;

Y vosotros, necios, entrad en cordura.

Oíd, por que hablaré cosas excelentes, y abriré mis labios para cosas rectas.

Porque mi boca hablara verdad, y la impiedad abomina mis labios.

Justas son todas las razones de mi boca; no hay en ellas cosa perversa ni torcida.

Proverbios 8. Del 1 al 8.

AGRADECIMIENTOS.

Este trabajo de grado, no hubiera sido posible sin la valiosa colaboración del doctor LUIS FERNANDO MACHADO LÓPEZ, Juez Penal para adolescentes con funciones de Control de Garantías y la doctora CARMEN CECILIA ARRIETA Juez Penal para adolescentes con funciones de Conocimiento, ya que me permitieron observar de cerca cómo funciona el sistema de Responsabilidad Penal para adolescentes desde los Juzgados en los cuales laboran, a ellos mis agradecimientos.

Para la doctora ELIZABETH RAMIREZ LLERENA mi asesora metodológica por su paciencia y dedicación, y la doctora MORAIMA CABALERO DE NIEVES, por aceptar ser mi asesora conceptual quien me aportó sus conocimientos sobre el tema objeto de este trabajo y su experiencia en la judicatura, mi gratitud. Finalmente mis agradecimientos al Instituto Colombiano de Bienestar familiar y a todos aquellos que colaboraron para que este trabajo de grado se hiciera realidad.

TRABAJO DE GRADO:
“ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL PARA
ADOLESCENTES EN COLOMBIA Y ARGENTINA”

1.- RESUMEN.

El fenómeno de la delincuencia juvenil es una realidad en nuestra sociedad,¹ siendo preocupante el aumento gradual del mismo. Cada vez son más los adolescentes que infringen la ley penal, fenómeno frente al cual el estado no ha sido indiferente, creando mecanismos para combatir este tipo de delincuencia y reeducar a estos infractores. Hoy a los adolescentes infractores a quienes se les haya declarado su responsabilidad penal no cumplen penas como cualquier adulto, son sancionados con amonestación, imposición de reglas de conducta, prestación de servicios a la comunidad, libertad asistida, internación en medio semi-cerrado y privación de la libertad en centros de atención especializados que cumplen en programas de atención especializados del Sistema Nacional de Bienestar Familiar donde son tratados por psicólogos, trabajadores sociales y un gran grupo de expertos en otras profesiones que colaboran para hacer de ellos, jóvenes y personas de bien.

¹ Urra Javier. Adolescencia y Violencia. Tópicos y Realidades. Revista de Estudios de Juventud. No 62. Septiembre de 2003.

1.1.- ABSTRACT.

The phenomenon of juvenile delinquency is a reality in our society, still worrying ramping thereof. More and more teens who violate the criminal law, a phenomenon against which the state has not been indifferent, creating mechanisms to combat this type of crime and re-educate these offenders. Today at the young offenders who have been declared criminal responsibility not serving sentences as any adult, are punishable by reprimand, imposing rules of conduct, providing community service, probation, confinement and deprivation among the semi-freedom in specialized care centers that meet specialized care programs of the National Family Welfare where they are treated by psychologists, social workers and a large group of experts in other professions who work for them, young and good people.

1.2.- OBJETIVOS.

1.2.1.- OBJETIVOS GENERALES.

Realizar un análisis comparativo de la legislación penal para adolescentes en Colombia y Argentina.

1.2.2.- OBJETIVOS ESPECÍFICOS.

a.- Interpretar todas y cada una de las normas que regulan, las sanciones para jóvenes infractores de la ley penal en Colombia.

b.- Indagar sobre las legislaciones, de países como Argentina, para realizar un análisis comparativo de los sistema de responsabilidad penal para adolescentes en otros países..

1.3.- METODOLOGIA.

1.3.1.- Formas de la investigación.

Esta es una investigación Jurídica Pura para el campo del Derecho, en la cual su objeto de conocimiento es analizar la normatividad de Responsabilidad Penal para Adolescentes en Colombia, comparándola con la Argentina.

1.3.2.- Tipo de investigación.

Esta es una investigación Descriptiva. Se analizarán datos que nos permitan realizar un análisis comparativo de la legislación penal para adolescentes en Colombia y Argentina.

1.3.3.- Método de investigación.

Con la presente investigación esperamos desde el método cualitativo, hacer una interpretación de textos jurídicos que nos permita realizar un análisis comparativo de la legislación penal para adolescentes en Colombia y Argentina.

1.4.- PALABRAS CLAVES.

Niño, Niña, Adolescente, Reducción, Ley Penal, Bienestar Familiar, Derechos Humanos, Derechos de los Niños.

TRABAJO DE GRADO:
“ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL PARA
ADOLESCENTES EN COLOMBIA Y ARGENTINA”

2.- INTRODUCCIÓN.

Si bien es cierto que los menores de edad son protegidos de manera especial por nuestro estado, a través de los instrumentos internacionales de derechos humanos, la Constitución² y las leyes, por estar entre la población más vulnerable, ello no impide que debido a circunstancias socio-económicas o socio-culturales, puedan llegar a cometer delitos y deban ser protegidos y reeducados debiendo implementarse para ello medidas de protección que garanticen que admitirán que cometieron un error que deben reparar y que no volverán a infringir la ley penal Colombiana, por ello, resulta de singular importancia analizar la eficacia de las normas penales aplicables a esta selectiva población.

También merecen analizarse las medidas de protección, restaurativas y de reeducación que pueden imponerse a los adolescentes que infringen la ley penal y la responsabilidad y compromiso por parte de las instituciones estatales, más exactamente el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar,³ que es el ente encargado del desarrollo y la protección integral a los niños, niñas y adolescentes.

² Constitución Política de Colombia. Editorial Leyer. Bogotá. 2012. Artículos 45, 7 y 1.

³ www.icbf.gov.co. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF. Consultado el día 25 de noviembre de 2012.

En ese orden de ideas también se expondrán los casos en qué debemos considerar a un adolescente víctima o victimario,⁴ exponiendo además la edad en que la ley considera se puede juzgar a un menor de edad por sus actuaciones, cuando estas van en contra de nuestro ordenamiento legal. También se examinarán a las autoridades competentes para conocer de los delitos cometidos por esta población especial, las medidas previas que se adoptan y lo que sucedería si ese menor infractor es reincidente en violentar la ley penal colombiana.

2.1.- PROBLEMA DE INVESTIGACION.

Al hablar de los adolescentes infractores,⁵ se hace necesario considerar la responsabilidad que le asiste al estado, ya que ella no está limitada a destinar recursos para su cuidado en centros de reclusión, sino a la vigilancia que debe ejercer durante el cumplimiento de la medida y su reincorporación a la vida familiar y social. Desde la expedición del código del menor en 1989,⁶ el tema de los adolescentes que infringen la ley penal ha tenido importantes avances. Inicialmente se crearon y pusieron en marcha programas especializados en instituciones y medios familiares, que han permitido el cumplimiento de las medidas impuestas por los jueces como respuesta a la conducta infractora. Al mismo tiempo, se han venido fortaleciendo modelos de atención más acordes con la dinámica social de los adolescentes que procuran intervenciones integrales y activación de redes sociales, institucionales y sectoriales.

⁴ Ley 1098 de 2006. Editorial Leyer. Bogotá. 2012. LIBRO II. SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES Y PROCEDIMIENTOS ESPECIALES PARA CUANDO LOS NIÑOS, LAS NIÑAS O LOS ADOLESCENTES SON VICTIMAS DE DELITOS. TITULO I. SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES Y OTRAS DISPOSICIONES.

⁵ Ibídem.

⁶ Decreto 2737 DE 1989.

Dentro de las normas vigentes se han desarrollado actuaciones por parte de la Corte Constitucional,⁷ a través de decisiones que han modernizado el marco de acción del código del menor apuntando a la ampliación de los procesos de atención de derechos y protección integral, estos modelos tienen en cuenta el contexto relacional en el cual se genera el problema, señalando los derechos humanos como la guía principal en los proceso de atención⁸.

Como vemos los jóvenes y adolescentes, no solo tienen el privilegio de disfrutar de sus derechos, sino que también tienen la obligación de responsabilizarse por sus acciones y es cuando decimos que el Estado se vuelve un padre para los jóvenes que infringe la ley penal,⁹ ya que no solo debe hacerse presente en el momento de judicializarlos, sino también en el camino del cumplimiento de la sanción y en la resocialización del joven, garantizándole una nueva vida alejada de los delitos y contribuyendo a su educación, es así como vemos la gran importancia y responsabilidad que tiene el estado para con los menores. La prevención de la infracción penal para adolescentes es aún muy frágil, es de gran importancia identificar los riesgos desde tempranas edades, en sus diferentes ámbitos de socialización y poner en marcha estrategias que disminuyan en gran medida su vulnerabilidad al camino de la delincuencia de adultos y/o a la comisión de infracciones a la ley penal.

Entre 1991 y 1992 se diseñó y puso en marcha un plan de emergencia cuyo objetivo fue ubicar en centros especializados a los adolescentes que se encontraban en los anexos de las cárceles ordinarias, situación resuelta en enero de 1993, y llevar a cabo una acción decidida, orientada a la organización y

⁷ www.corteconstitucional.gov.co. Consultado el día 25 de noviembre de 2012.

⁸ Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. www.icbf.gov.co. Consultado el día 25 de noviembre de 2012.

⁹ Ley 1098 de 2006.

adecuación de instituciones y servicios en el país, lo cual se viene haciendo desde entonces con el liderazgo del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF.¹⁰

Esta doble condición de niño sujeto de derechos y objeto de protección, amplía el panorama de los modelos de atención. Se impulsa con mayor fuerza el llamado modelo tutelar que concibe al adolescente en conflicto con la ley penal como víctima de una sociedad que le ha negado oportunidades para acceder a la satisfacción de sus necesidades. Para lograr una respuesta eficaz se habla entonces de atención integral, con lo cual se busca que la atención ofrecida en los diferentes servicios cubra todas las dimensiones de vida de los adolescentes. En tal sentido, a partir de la Ley 80 de 1993,¹¹ se establecen un proceso de contrataciones basado en estándares de servicios integrales.

En la presente década, se ha venido consolidando una nueva mirada sobre la justicia para los menores de edad denominada justicia retributiva que representa una tendencia tanto a nivel mundial como específica para Latinoamérica. Desde esta nueva propuesta, que tiene coherencia plena con la doctrina de la protección integral y las doctrinas de derechos humanos, se concibe al adolescente que infringe la ley penal como sujeto con derechos pero también con responsabilidades acordes a su proceso particular de desarrollo. La respuesta judicial, pedagógica y social frente a dicha conducta desde el punto de vista de este modelo restaurativo, incluye de forma explícita el reconocimiento del daño causado por parte del adolescente, su responsabilidad en los hechos y la reparación a las víctimas. Pero también a diferencia del sistema de adultos,

¹⁰ www.icbf.gov.co. Consultado el día 25 de noviembre de 2012.

¹¹ Ley de Contratación Estatal en Colombia.

incluye la reparación al adolescente implicado y a su entorno familiar y comunitario¹².

Los conceptos de niñez y adolescencia y la forma como social y jurídicamente se concibe y explica la comisión de conductas infractoras de la ley por parte de los niños y los adolescentes, son los principales criterios para identificar un modelo de justicia y atención. En este sentido, podemos decir que la tendencia histórica muestra una paulatina transición entre el modelo tutelar que concibe al infractor menor de edad como una víctima de la sociedad, hacia un modelo restaurativo en el contexto de la protección integral donde se conjugan de manera armónica los derechos y las responsabilidades del sujeto, la reparación a las víctimas y la restauración de vínculos sociales¹³.

Es prudente mencionar las reglas más importantes a nivel internacional con respeto a la administración de justicia de menores por ello es imprescindible traer a colación las reglas de “Beijing¹⁴ ya que son las reglas mínimas que se deben tener en cuenta cuando de impartir justicia a menores se trata. Lo que se pretende con estas reglas es que sean aplicadas en todos los sistemas de justicia del mundo, este sistema funciona en el marco de condiciones nacionales y estructurales jurídicas diferentes, se estableció lo que se aceptó que constituía un principio general y una práctica satisfactoria para la administración de justicia de menores. Las reglas representan las condiciones mínimas aceptadas por las Naciones Unidas para el tratamiento de los delincuentes juveniles en todo sistema de tratamiento de esas personas. Los comentarios que acompañaban el texto fueron

¹² Evaluación del programa de atención a adolescentes en conflicto con la ley. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigación sobre Dinámicas Sociales. 2005.

¹³ Estudios del desenvolvimiento de jóvenes infractores. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. www.icbf.gov.co. Consultado el día 25 de noviembre de 2012.

¹⁴ Reglas de Beijing. Resolución 4033 de la Asamblea General de la ONU.

concebidos con el propósito de que se considerasen parte esencial del documento.

A manera de reflexión es bueno dejar claro el tránsito legislativo que enmarca un delicado tema como lo es la responsabilidad penal para adolescentes. Importante es hablar de las reglas de Beijing, estas reglas son unas normas de Derecho Internacional y son el mínimo de derechos y obligaciones para regular un tema tan delicado como la aplicación de sanciones a menores infractores.

En Colombia se aprobaron estas reglas contenidas la Resolución 4033 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, ONU;¹⁵ que es el desarrollo de garantías y responsabilidades que deben tener en cuenta todos los países a la hora de aplicar el derecho penal para los menores de edad; nuestro primer código de responsabilidad para adolescentes era ineficiente (Código del Menor), algo que era perjudicial tanto para los menores infractores como para la sociedad en sí y por ello se consideró necesario expedir un nuevo código que recogiera dichas deficiencias y pudiera ampliar su contenido, y es por ello que tenemos actualmente un código más claro y preciso a la hora de imponer justicia a los menores de edad, que muestra muchas garantías tanto para los jóvenes como para la sociedad, un código con alcances futuros y medios preventivos para la responsabilidad de adolescentes. Es muy importante resaltar que el tema de los niños, niñas y adolescentes es bastante complejo, ya que más que de obligaciones ellos gozan de una serie de derechos y de una u otra forma su sistema de responsabilidad es mucho más lapso que el sistema de responsabilidad para adultos, por ello es imprescindible que cuando se habla de este tema se analice minuciosamente su legislación, para no caer en errores y más aún cuando precisamente es nuestro trabajo de estudio, por ello es

¹⁵ Las Reglas de Beijing fueron adoptadas por la Resolución 4033 del 28 de noviembre de 1985 por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

importante hablar del artículo 140, de la Ley 1098 de 2006¹⁶ que establece las finalidades de este sistema de responsabilidad y nos dice que tanto el sistema como el proceso, tienen un carácter pedagógico y que debe garantizar la justicia restaurativa tal como lo había mencionado. Por todo lo anterior es preciso preguntarnos: ¿Cómo es la responsabilidad penal para adolescentes en Colombia y Argentina?

2.2.- JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA.

Es importante hablar de la trascendencia legislativa del fenómeno delincencial en el que participan menores, además son los que más incurren en conductas peligrosas manipulados por adultos que saben que por ser menores de edad, no pueden ser penalizados con las leyes de los Adultos. Por ello es importante reconocer que el código del menor expedido en 1989,¹⁷ es el primero que regula las normas que regían a todos los menores de 18 años, estas normas fueron imprecisas en su contenido. No había una clara diferenciación entre los niños, niñas y adolescentes que requieren protección por parte del Estado y entre los niños, niñas y adolescentes que infringen la ley penal. Solo para aquellos considerados peligrosos por su comportamiento o por el tipo de delito cometido, el sistema de justicia hace la distinción basado en un tipo de justicia retributivo de castigo y pago a la sociedad y para ello cuenta con anexos de menores en las cárceles de adultos. Los demás infractores de la ley, menores de edad, entran a un sistema de atención caracterizado por el sentido de la caridad y del control

¹⁶ Ley de Infancia y Adolescencia en Colombia.

¹⁷ Consejo Nacional de Política Económica y Social. República de Colombia. Departamento Nacional de Planeación. No 3629. Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes – SRPA: Política de Atención al Adolescente en Conflicto con la Ley.

sobre una población que genera en forma simultánea compasión y temor¹⁸. Como vemos este código tenía grandes deficiencias que lo hacían ineficaz y poco confiable, tanto para los adolescentes como para la sociedad, porque no tenían la plena seguridad de que el adolescente infractor se fuera a reeducar.

Es a partir de la expedición del código del menor mediante el decreto 2737 de 1989¹⁹ y de la Convención Internacional de los Derechos del Niño en el mismo año aprobada mediante la ley 12 del 22 de enero de 1991, que se inicia una transición importante en el sistema de justicia de niños, niñas y adolescentes, en Colombia.

El código establece de manera simultánea la condición de niños como sujetos de derechos y niños en situación irregular, por lo cual debe brindarse protección y reeducación, esta última específicamente para quienes infringen la ley. Incluir un título especial para los infractores de 12 a 18 años en el código, permitió establecer una primera diferencia que se reflejó en la organización y puesta en marcha de servicios especiales para esta población y para el cumplimiento de las medidas que el juez le impone.

Con el objeto de hacer operativas las disposiciones del código del menor y precisar las responsabilidades de cada una de las entidades involucradas en la prestación de estos servicios, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y el departamento nacional de planeación, elaboraron el documento CONPES 2561²⁰ denominado servicios de protección y reducción del menor infractor y

¹⁸ Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Dirección Técnica. www.icbf.gov.co. Consultado el día 25 de noviembre de 2012.

¹⁹ Consejo Nacional de Política Económica y Social. República de Colombia. Departamento Nacional de Planeación. No 3629. Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes – SRPA: Política de Atención al Adolescente en Conflicto con la Ley.

²⁰ *Ibidem*.

contraventor, aprobado y puesto en práctica a partir de 1991. Este documento define un plan de cofinanciación que asigna a los entes territoriales, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF²¹ y al Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA,²² las principales responsabilidades financieras dentro del programa.

2.2.- OBJETIVOS.

2.2.1.- OBJETIVOS GENERALES.

Realizar un análisis comparativo de la legislación penal para adolescentes en Colombia y Argentina.

2.2.2.- OBJETIVOS ESPECÍFICOS.

a.- Interpretar todas y cada una de las normas que regulan, las sanciones para jóvenes infractores de la ley penal en Colombia.

0

b.-. Indagar sobre las legislaciones, de países como Argentina, para realizar un análisis comparativo de los sistema de responsabilidad penal para adolescentes en otros estados.

²¹ www.icbf.gov.co. Consultado el día 25 de noviembre de 2012.

²² www.sena.edu.co. Consultado el día 25 de noviembre de 2012.

2.4.- HIPÓTESIS.

“En Colombia con el modelo jurídico garantista, y la implementación de la ley 1098 de 2006 han disminuido las sanciones impuestas a los adolescentes infractores de la ley penal, por tal razón en este trabajo se busca comparar los dos modelos a aplicar en materia de responsabilidad penal juvenil, como lo es el jurídico garantista y el tutelar, en Colombia y Argentina respectivamente²³

2.5.- ESTRATEGIAS METODOLÓGICAS.

2.5.1.- Formas de la investigación.

Esta es una investigación Jurídica Pura para el campo del Derecho, en la cual su objeto de conocimiento es analizar la normatividad de Responsabilidad Penal para Adolescentes en Colombia, comparándola con la Argentina.

2.5.2.- Tipo de investigación.

Esta es una investigación Descriptiva. Se analizarán datos que nos permitan realizar un análisis comparativo de la legislación penal para adolescentes en Colombia y Argentina.

²³ Ley 1098 de 2006 Código de Infancia y Adolescencia, comentado por la procuraduría.

2.5.3.- Método de investigación.

Con la presente investigación deductiva esperamos desde el método cualitativo, hacer una interpretación de textos jurídicos que nos permita realizar un análisis comparativo de la legislación penal para adolescentes en Colombia y Argentina.

2.5.4. FUENTES, TECNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE LA INFORMACIÓN.

2.5.4.1.- Fuentes de Recolección de la información.

Como fuentes para la recolección de la información se usara la secundaria ya que serán los textos jurídicos, los que nos permitan realizar un análisis comparativo de la legislación penal para adolescentes en Colombia y Argentina.

2.5.4.2.- Técnicas de Recolección de la información.

La información se recolectará a través de la aplicación de Fichas Bibliográficas.

2.5.4.3.- Instrumentos de Recolección de la información.

La información se recolectará mediante la aplicación de los formatos de las fichas Bibliográficas.

3.- CAPITULOS.

3.1.- PRIMER CAPITULO: SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES EN COLOMBIA (MODELO JURÍDICO-GARANTISTA).

El sistema que impera en Colombia en materia de menores infractores de la ley Penal,²⁴ es el sistema Jurídico Garantista, ya que los adolescentes responden por las conductas antijurídicas que realicen.

Ajustar la legislación nacional a la letra y al espíritu de la Carta Política de 1991²⁵ y de los instrumentos internacionales de derechos humanos, suponía tener incorporado a la normativa interna importantes cuerpos normativos de carácter internacional, en especial, la Convención sobre los Derechos del Niño, las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil “Directrices de Riad”, las Reglas Mínimas para la Administración de la Justicia de Menores “Reglas de Beijing” y las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de la Libertad.

Dicha adhesión permitió, en desarrollo del bloque de constitucionalidad por parte de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, consolidar una reforma acorde con los mandatos internacionales y que exigían un cambio sustancial de la legislación.

Por virtud de la adopción de los postulados de la esfera internacional, en respuesta a la problemática de los adolescentes en conflicto con la ley penal, el Código de la Infancia y la Adolescencia²⁶ formula un conjunto de acciones,

²⁴ www.secretariassenado.gov.co. Consultado el día 25 de noviembre de 2012.

²⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-203 de 2005. M.P. Manuel José Cepeda. Expediente. D-5366.

²⁶ Ley 1098 de 2006.

procedimientos y medidas, que desde la perspectiva del interés superior y la prevalencia de sus derechos están orientadas a su protección y bienestar.

Por supuesto, tal cometido no podría estar asegurado sin el reconocimiento y positivización de los principios y de las garantías procesales que deben rodear los procesos de investigación y juzgamiento que se adelanten contra los adolescentes acusados de violar la ley penal y, que por fortuna, plasma acertadamente el legislador en el nuevo Estatuto.²⁷

Así, en desarrollo del principio de especificidad y diferenciación, la ley establece el denominado Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, definido como el conjunto de principios, normas, procedimientos, autoridades judiciales especializadas y entes administrativos que rigen o intervienen en la investigación, juzgamiento de los delitos cometidos por adolescentes entre catorce (14) y dieciocho (18) años de edad y el tratamiento para su reeducación. Lo anterior, atendiendo que las Reglas de Beijing²⁸ disponen que los Estados Partes deben tomar las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpable de haber infringido estas leyes, (Artículo 40.3). En consonancia con el principio de justicia especializada, que se erige como uno de los aspectos fundamentales que contempla la ley, se organiza la jurisdicción especial de adolescentes. Con la atribución de nuevas funciones a órganos ya existentes, y la creación de órganos encargados de la investigación y juzgamiento de los delitos y de la ejecución de las sanciones. También, como entes de apoyo, se organiza la

²⁷ *Ibíd.*

²⁸ Las Reglas de Beijing fueron adoptadas por la Resolución 4033 del 28 de noviembre de 1985 por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

policía judicial y el cuerpo técnico especializado adscritos a la Fiscalía Delegada ante los Jueces Penales para Adolescentes.²⁹

3.1.1.- Como rasgos principales del modelo jurídico garantista, en el campo penal, pueden citarse los siguientes:

1.- Diferenciación y especificidad del derecho penal, en cuanto a las normas, las autoridades e instituciones, la estructura del proceso, los procedimientos y las sanciones, aunque se nutren de principios que rigen el derecho penal en general, tales como el de legalidad, tipicidad y culpabilidad. En estos términos, el sistema de responsabilidad penal es diferente del que se aplica a los adultos y toma en cuenta las circunstancias específicas propias de la condición de menor infractor.

2.- Jerarquización de la función judicial. Des judicialización. Propende una intervención judicial mínima, es decir, que cuando sea apropiado y deseable deben adoptarse medidas para tratar a los adolescentes infractores de la ley penal sin recurrir a procedimientos judiciales.

3.- Diferenciación de grupos etarios. Para efecto de intervención penal, debe establecerse una edad mínima a partir de la cual los menores son destinatarios de la ley, y tomando en cuenta las etapas de desarrollo propias de la edad, dentro de dicha categoría, diferenciar grupos etarios con el propósito de posibilitar mayores garantías para los grupos más jóvenes.

²⁹ Aponte Cardona, Alejandro. Manual para el Juez de Control de Garantías en el Sistema Penal Acusatorio. Consejo Superior de la Judicatura. Bogotá. 2006. Comisión redactora del Código Penal. Trabajos preparatorios. Actas del Nuevo Código Penal Colombiano. Parte Especial. Volumen II y III. Colección Pequeño Foro. 1981.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias C-288/02, T-815/02, T-719/03, T-976/03, C-370/06, C-209/07, C-228/02, C-209/07, T-794/04.

4.- Proceso judicial garantista. Exige el reconocimiento y respeto de todos los derechos y garantías procesales mínimas, qué sistema de responsabilidad penal para adolescentes le corresponde al niño como persona y por su especial condición. El proceso debe ser flexible, en el sentido que propende a alternativas de terminación del proceso diferentes a la sentencia, como la conciliación y los arreglos con la víctima. Además, el proceso debe ser sumario al proponer una intervención procesal mínima y con la mayor celeridad posible. Garantía de la doble instancia.

5.- Plantea la posibilidad de formas anticipadas de terminación del proceso.

6.- Proporcionalidad y flexibilidad en las sanciones aplicables. Aplicación de la que mejor convenga con el interés superior del niño y en forma proporcionada a la gravedad del delito y a las circunstancias del delincuente.

7.- Discrecionalidad. El funcionario debe estar en capacidad de modificar las medidas a imponer al infractor, en atención a sus condiciones individuales y en función a su proceso de protección y reeducación.

8.- Exigencia de personal especializado en asuntos de la niñez y adolescencia, que permita garantizar la idoneidad profesional de quienes intervienen en el proceso.

9.- Carácter eminentemente pedagógico, tanto del proceso, como de las medidas.

a.- Enfoque pedagógico de la Escuela Judicial.

La Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla,³⁰ como Centro de Formación Judicial Inicial y Continuada de la Rama Judicial tiene un modelo pedagógico que se caracteriza por ser participativo, integral, sistémico y constructivista; se fundamenta en el respeto a la dignidad del ser humano, a la independencia del juez o la jueza, el pluralismo y la multiculturalidad, y se orienta hacia el mejoramiento del servicio.

Es participativo, más de mil Magistrados, Magistradas, Jueces, Juezas, Empleados y Empleadas judiciales participan como formadores, generando una amplia dinámica de reflexión sobre la calidad y pertinencia de los planes educativos, módulos de aprendizaje autodirigido y los materiales 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 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 y las participantes.

Es sistémico porque nos 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.

³⁰ www.ejrlb.net. Consultado el día 25 de noviembre de 2012.

El modelo se basa en el respeto a la dignidad humana.³¹ El sistema de justicia representa uno de los pilares del sistema social de cualquier comunidad, representa 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, a los derechos individuales y colectivos de las personas y al derecho superior de los niños y las niñas.

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 prestan a la comunidad.

b.- Aprendizaje activo.

Este modelo educativo³² 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; que invita a compartir y generalizar las experiencias y aprendizajes obtenidos, sin excepción, por todas las y los administradores (as) 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.

³¹ Ibidem.

³² Ibidem.

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; 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" 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 no son simples animadores del aprendizaje, sino gestores de una realidad que les es propia, y en la cual construyen complejas interacciones con los usuarios de esas unidades organizacionales.

c.- 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*",³³ organizaciones que aprenden "*learning organizations*", y redes de aprendizaje "*learning networks*".³⁴ 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

³³ Ibidem.

³⁴ Teaching and Learning: Towards the Learning Society; Bruselas, Commission European, 1997.

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 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.

d.- Currículo integrado-integrador.

En la búsqueda de nuevas alternativas para el diseño de los currículos³⁵ se parte de la construcción de núcleos temáticos y problemáticos, producto de la investigación y evaluación permanentes. Estos núcleos temáticos y problemáticos no son la unión de asignaturas, sino el resultado de la integración de diferentes

³⁵ Ibidem.

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 a 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 y formadora será formativo solamente en el caso de que los y las participantes, a medida que reciban los mensajes magistrales, los reconstruyan 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.

e.- Planes de Estudio.

Los planes de estudio se diseñaron de manera coherente con el modelo educativo presentado y en esta labor participó el grupo de pedagogos y pedagogas vinculados al proyecto, expertos en procesos formativos para adultos con conocimientos especializados y experiencia. Así mismo, participó la Red de Formadores y Formadoras Judiciales constituida para este programa por aproximadamente 150 Magistrados, Magistradas, Juezas, Jueces, Empleados y Empleadas, quienes con profundo compromiso y motivados exclusivamente por su vocación de servicio, se prepararon a lo largo de varios meses en la Escuela Judicial, tanto en la metodología como en los contenidos del programa, con el

propósito de acompañar y facilitar el proceso de aprendizaje que ahora le invitamos a desarrollar a través de las siguientes etapas:

Etapa I. Reunión inicial. El propósito de esta etapa es presentar los objetivos y la estructura del programa; el afianzamiento de las metodologías del aprendizaje auto dirigido; la conformación de los subgrupos de estudio con sus coordinadores y distribución de los temas que profundizará cada subgrupo.

Etapa II. Estudio y Análisis Individual. Se busca la interiorización por cada participante de los contenidos del programa mediante el análisis, desarrollo de casos y ejercicios propuestos en el módulo, consulta de jurisprudencia y doctrina adicional a la incluida en los materiales educativos. Así mismo, elaboración y envío virtual o impreso de un informe individual con el fin de establecer los intereses de los participantes para garantizar que las actividades presenciales respondan a éstos.

Etapa III. Investigación en Sub grupo. Pretende la profundización colectiva del conocimiento sobre los temas y sub temas acordados en la reunión inicial y la preparación de una presentación breve y concisa (10 minutos) para la mesa de estudios junto con un resumen ejecutivo y la selección de casos reales para enriquecer las discusiones en el programa.

Etapa IV. Mesa de estudios o Conversatorio. Es el escenario por excelencia de construcción de conocimiento a través del intercambio entre todos y todas las participantes de experiencias y saberes y el desarrollo o fortalecimiento de competencias en argumentación, interpretación, decisión, dirección, etc., alrededor de las presentaciones de los subgrupos, el estudio de nuevos casos de la práctica judicial previamente seleccionados y estructurados por los formadores y formadoras con el apoyo de los expertos, así como la simulación de audiencias.

Identificación de los momentos e instrumentos de aplicación a la práctica judicial y a partir de éstos, generación de compromisos concretos de mejoramiento de la función judicial y de estrategias de seguimiento, monitoreo y apoyo en este proceso.

Etapa V. Pasantías. El proceso de aprendizaje se complementa con experiencias concretas de la cotidianidad dirigidas a confrontar los conocimientos adquiridos con la realidad que se presenta en los despachos y actuaciones judiciales (sean escritas u orales), mediante el contacto directo de los discentes (pasantes), con las situaciones vividas en la práctica judicial, en las diferentes áreas (civil, penal, laboral, administrativo, etc.) bajo la orientación y evaluación de los Jueces, Juezas, Magistradas y Magistrados titulares de los respectivos cargos.

Etapa VI. Aplicación a la práctica judicial. Incorporación de los elementos del programa académico como herramienta o instrumento de apoyo en el desempeño laboral mediante la utilización del conocimiento construido en la gestión judicial. Elaboración y envío del informe individual sobre esta experiencia y reporte de los resultados del seguimiento de esta fase en los subgrupos.

Etapa VII. Experiencias compartidas. Socialización de las experiencias reales de los discentes en el ejercicio de la labor judicial, con miras a confirmar el avance en los conocimientos y habilidades apropiados en el estudio del módulo. Preparación de un resumen ejecutivo con el propósito de contribuir al mejoramiento del curso y selección de casos reales para enriquecer el banco de casos de la Escuela Judicial.

Etapa VIII. Actividades de monitoreo y de refuerzo o complementación. De acuerdo con el resultado de la fase anterior se programan actividades

complementarias de refuerzo o extensión del programa según las necesidades de los grupos en particular.

Etapa IX. Seguimiento y evaluación. Determinación de la consecución de los objetivos del programa por los participantes y el grupo mediante el análisis individual y el intercambio de experiencias en subgrupo.

f.- Productivos y constructivos.

Esta clase de programas educativos han significado un quiebre radical del “sistema de protección”³⁶ basado en una concepción “asistencial” del “problema del menor en situación irregular”,³⁷ pero sobre todo, han chocado frontalmente con una “justicia de menores”³⁸ que se quedó rezagada en el derecho tutelar y no logra entender los imperativos y métodos de una pedagogía liberadora.

Podría decirse que, mientras los Jueces y las Juezas han seguido pensando y aplicando el derecho tutelar, de espaldas a los instrumentos internacionales, muchos de estos educadores ya están aplicando los principios pedagógicos y psicológicos, que inspiraron la Convención Internacional de los Derechos del Niño (CIDN).³⁹

El reto de aplicar la Ley 1098 de 2006 (CIA) va más allá de adoptar un nuevo código de infancia y adolescencia; pasa por el diseño de políticas públicas que hagan realidad el principio de la corresponsabilidad de la familia, la sociedad y el Estado en la atención y tratamiento de los niños, niñas y adolescentes, diferenciando claramente entre aquellos que se hallan en situaciones de abandono

³⁶ Ibidem.

³⁷ Ibidem.

³⁸ Ibidem.

³⁹ www.unicef.org. Consultado el día 25 de noviembre de 2012.

o riesgo y aquellos que infringen la ley penal, frente a los cuales, la judicatura y los distintos niveles institucionales, deben asumir una posición clara de respeto por sus derechos y especialmente el debido proceso, pero también exigirles el cumplimiento de sus deberes y hacerles el juicio de reproche que corresponde al derecho penal, previa consideración del grado de evolución de sus facultades, en orden a que respondan por sus actos al margen de la ley, de manera atenuada y pedagógica, en armonía con la Constitución y los Instrumentos Internacionales (Bloque de Constitucionalidad), pero proporcionada a la falta cometida, enteramente justa para con la víctima y satisfactoria para la sociedad⁴⁰.

No pueden los Jueces y Juezas eludir las discusiones que estos planteamientos generan, ni desconocer el compromiso ético que supone la función jurisdiccional, de manera particular en el Sistema de Responsabilidad Penal para los Adolescentes, en el que ya no es posible aplicar fría y omnímodamente la ley, al margen de toda consideración de orden sociológico, psicológico y pedagógico, pues ello equivale a desconocer por completo al adolescente, como destinatario de nuestras decisiones⁴¹.

Estamos ante el desafío de asumir el nuevo perfil del Juez de Adolescentes, que debe guardar el necesario equilibrio entre los justos reclamos de la comunidad, frente al incremento de la criminalidad, producto de la utilización de los y las adolescentes en la realización de toda clase de hechos punibles, y las exigencias del derecho internacional de los derechos humanos, aplicable en Colombia por virtud del Bloque de Constitucionalidad, que propugna por la protección integral de los niños, niñas y adolescentes, como sujetos titulares activos de derechos, pero también los considera responsables por el cumplimiento de sus deberes y por eso

⁴⁰ Agudelo Betancur, Nodier, La inimputabilidad Penal, Segunda Edición, Librería la Constitución Ltda., Santafé de Bogotá, 1994

⁴¹ Bonasso, Alejandro, Adolescentes en conflicto con la ley penal: Derechos y Responsabilidades. www.iin.oea.org. Consultado el día 25 de noviembre de 2012.

ha generado un sistema estricto y claramente judicial, que involucra a la Fiscalía General de la Nación y a los Jueces Penales para Adolescentes⁴².

A las medidas preventivas, propias de las políticas públicas de infancia y adolescencia, que deben desarrollarse cada vez con mayor alcance en Colombia, han de sumarse ahora las actuaciones judiciales frente a los y las adolescentes infractores (as) que, plenamente rodeados de garantías procesales, tienen derecho a esperar de sus Jueces y Juezas una actitud ética, responsable y, sobre todo, pedagógica, para superar las huellas que dejan en sus mentes y en sus cuerpos, sus propias acciones delincuenciales y resarcir, hasta donde sea posible, el daño causado a las víctimas de sus crímenes, muchos de ellos de la máxima gravedad, tales como homicidios, secuestros y otros que han generado desconcierto y ⁴³zozobra en todos los estamentos sociales, sobre todo en el contexto de las actuaciones de los grupos armados al margen de la ley. El equilibrio, para no caer en sanciones draconianas, ni en medidas inocuas, que sólo generen impunidad y desánimo en la comunidad, le corresponde ahora a todos los actores del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, pero sobre todo a los Jueces y Juezas, como directores de un proceso judicial para los adolescentes, que consulte realmente las exigencias y garantías plenas del derecho penal de adultos y los principios específicos del derecho penal juvenil.

3.1.2.- Principio de oportunidad en el código de la infancia y adolescencia.

Para hacer un análisis acertado de este principio en el Código de la Infancia y la Adolescencia, resulta necesario estudiarlo como opción criminal y como principio

⁴² - Dolz Lago, Manuel de Jesús, Comentarios a la Legislación penal de Menores, Tirant Lo Blanch, Valencia (España), 2007.

⁴³ - García López, Eric, Edad Penal y Psicología Jurídica: la necesidad de una respuesta social al adolescente infractor”, México, Agosto de 2004.

procesal constitucional, su aplicación dentro de la ley 906 de 2004, y por ultimo verificar la procedencia de este principio bajo los parámetros de la ley 1098 de 2006.⁴⁴

La corte constitucional señalo que el acto legislativo 03 de 2002 acogió la fórmula del principio de oportunidad reglada, regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, es decir, que al momento de aplicarlo para suspender, interrumpir o renunciar al ejercicio de la acción penal, lo podrá hacer solo fundamentándolo en alguna de las causas expresamente señaladas en la ley, con el debido control de legalidad ante un juez de control de garantías⁴⁵.

Es importante hacer énfasis en algunos de los principios que rigen el Sistema de Responsabilidad para Adolescentes en Colombia, por ello nos dedicaremos a estudiar en esta parte del ensayo un extracto jurisprudencial, que logra darle asidero a la investigación:

- **Sentencia T-1155 de 2001.**

Principio del interés superior del menor, surge con desarrollo constitucional de decisiones políticas fundamentales, respecto al valor que el menor ocupa en las sociedades contemporáneas.

Para que una determinada decisión pueda justificarse en nombre del mencionado principio, es necesario que se reúnan, al menos cuatro condiciones básicas: (1) en

⁴⁴ Protección que brinda el Estado Colombiano al Menor Infractor bajo los parámetros de la ley 1098 de 2006 con especial referencia al interés superior. Oscar Hernando Marín Castro, David Andrés Fonseca, Proyecto de Grado Universidad Libre sede Cartagena 2009.

⁴⁵ Sentencia C-673 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández. www.corteconstitucional.gov.co. Consultado el día 25 de noviembre de 2012.

primer lugar el interés del menor en cuya defensa se actúa, debe ser real, es decir debe hacer relación a sus particulares necesidades y a sus especiales actitudes físicas y psicológicas (2) en segundo término debe ser independiente del criterio arbitrario de los demás y por tanto su existencia y protección no depende de la voluntad de los padres o caprichos de los funcionarios públicos encargados de protegerlo; (3) en tercer lugar se trata de un concepto racional, pues la garantía de su protección se predica frente a la existencia de intereses en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de este principio; (4) por último, debe demostrarse que dicho interés tiende a lograr un beneficio jurídico supremo consistente en el pleno y armónico desarrollo de la personalidad del menor.

Al respecto la corte constitucional en la Sentencia T-408 de 1995,⁴⁶ con ponencia del Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, consideró: el denominado interés superior, es un concepto de suma importancia que transformó sustancialmente el enfoque tradicional que informaba el tratamiento de los menores de edad. En el pasado, el menor era considerado menos que los demás y por consiguiente su intervención y participación en la vida jurídica (salvo algunos actos en los que este podía intervenir mediante representante) y en la gran mayoría de situaciones que lo afectaban eran prácticamente inexistentes o muy reducidas.

Con la solidificación de la investigación científica, en disciplinas tales como la medicina, la sociología, la psicología, etc., se hicieron patentes los rasgos y características propias del desarrollo de los niños, hasta establecer su carácter singular como personas y, la especial relevancia que a su estatus debía otorgar la familia, la sociedad y el estado.

⁴⁶ Sentencia T-408 de 1995, con ponencia del Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz. www.corteconstitucional.gov.co. Consultado el día 25 de noviembre de 2012.

Esta nueva visión del menor se justificó tanto de una perspectiva humanista que propone la mayor protección de quien se encuentra en especiales condiciones de indefensión, como desde la ética que sostiene que solo una adecuada protección del menor garantiza la formación de un adulto sano, libre y autónomo. La respuesta del derecho a estos planteamientos consistió en reconocerle al menor una caracterización jurídica específica fundada en su interés prevalente. Tal reconocimiento quedó plasmado en la Convención de los Derechos del Niño (artículo 3) y en Colombia en el Código del menor (decreto 2737 de 1989). Conforme a estos principios, la Constitución Política⁴⁷ elevó al niño a la posición de sujeto merecedor de especial protección por parte del estado, la sociedad y la familia (artículos 44 y 45).⁴⁸

Significa lo anterior que el niño es un sujeto privilegiado. En Sentencia T-283 de 1994, con ponencia del Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, se explica: la consideración del niño como sujeto privilegiado de la sociedad produce efectos en distintos planos. La condición física y mental del menor, convoca la protección especial del estado y le concede validez a las acciones y medidas ordenadas a mitigar su situación de debilidad que de otro modo serían violatorias del principio de igualdad (C.P artículo 13). Dentro del gasto público social, las asignaciones dirigidas a tender los derechos prestacionales en favor de los niños deben tener prioridad sobre cualquier otras (C.N. artículo 350). Todas las personas gozan de legitimidad para exigir el cumplimiento de los derechos de los niños y las sanciones de los infractores (C.N. art.44). La coordinación de derechos y regulación de los conflictos que entre estos se presenten en el caso de que se vea comprometido el de un menor, debe resolverse según la regla *pro infans* (C.P. art 44)”⁴⁹.

⁴⁷ Código del Menor. Decreto 2737 de 1989.

⁴⁸ Constitución Política de Colombia. Editorial Leyer. Bogotá. 2012.

⁴⁹ Sentencia T 283 de 1994, Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz.

3.1.3.- Procedimientos especiales en los juzgamientos de menores en Colombia.⁵⁰

Una de las primeras falencias del sistema de juzgamiento de los menores de edad en Colombia es la homologación procesal que impone la Ley 1098 de 2006,⁵¹ cuando reseña que el procedimiento aplicable en los casos en los cuales el procesado sea un menor de edad sea el mismo que se aplica para los adultos, esto es, el procedimiento penal consagrado en la Ley 906 de 2004.⁵² Si bien la idea del legislador es permitir que los procesos en los cuales se pretenda determinar la responsabilidad penal de un menor de edad cuente con los mismos términos expeditos del procedimiento ordinario, ello no es necesariamente garantía de una correcta administración de justicia toda vez que no puede difuminarse la calidad del sujeto objeto del proceso so pretexto de la necesidad de eficiencia en la evacuación de esa clase de procedimientos. Al respecto, hay dos puntos claves para resaltar porque la concepción actual del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes cuenta con serios vicios de inconstitucionalidad:, el primero de ellos es el hecho de que instrumentos internacionales que versan de forma concreta sobre el tema como las Reglas de

⁵⁰ Según Andrés Fernando Ruiz Hernández. El presente Artículo es realizado dentro de la línea de investigación de Derecho Penal y Constitución del grupo de investigación Reconciliación con la Dignidad y la Justicia - Red Humana, semillero de investigación Juan Fernández-Carrasquilla, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, UPTC, Tunja. Abogado Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, UPTC; especialista en Derecho Constitucional, Universidad Nacional de Colombia; magíster en Derecho Comercial, Universidad Externado de Colombia; estudios de maestría en Derecho Penal, Universidad Libre; diplomado en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, Convenio Quinta Brigada del Ejército Nacional y la Universidad Autónoma de Bucaramanga; diplomado en Control, Investigación y Judicialización del Narcotráfico, Convenio Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, UNODC, y la Universidad Santo Tomás de Bogotá. Docente Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, UPTC; Universidad de Boyacá, UniBoyacá y Universidad Industrial de Santander, UIS. Actualmente, juez promiscuo municipal de Muzo, Boyacá. Tunja, Colombia.

⁵¹ Ley de Infancia y Adolescencia.

⁵² Ley de Código de Procedimiento Penal en Colombia bajo el Sistema Acusatorio.

Beijing⁵³ expresamente se pronuncian sobre la necesidad de contar con normas no solo procesales sino sustantivas que sean aplicables única y exclusivamente al juzgamiento de las personas menores de edad; así pues, es necesario citar la regla 2.3.⁵⁴ Veamos:

Regla 2.3: En cada jurisdicción nacional se procurará promulgar un conjunto de leyes, normas y disposiciones aplicables específicamente a los menores delincuentes, así como a los órganos e instituciones encargados de las funciones de administración de la justicia de menores, conjunto que tendrá por objeto:

a. Responder a las diversas necesidades de los menores delincuentes, y al mismo tiempo proteger sus derechos básicos;

b. Satisfacer las necesidades de la sociedad;

c. Aplicar cabalmente y con justicia las reglas que se enuncian a continuación, Como puede observarse en los instrumentos internacionales, bajo ninguna circunstancia puede pretenderse que una misma normatividad regule el sistema de responsabilidad penal de los adultos y de los menores. Esta necesidad de diferenciación normativa incluye, por supuesto, la normatividad procesal, toda vez que en ningún lado se limita la necesidad de diferenciación normativa al aspecto sustantivo sino que, además, adelantar juzgamientos con fines diversos bajo un mismo procedimiento implica, necesariamente, que el procedimiento

⁵³ Reglas establecidas por la Asamblea General de la ONU.

⁵⁴ Ibidem.

derivado de uno primario no arrojará resultados positivos como se anotará posteriormente.

Si bien la constitución de una jurisdicción especial con reglas especiales en el juzgamiento de los menores de edad infractores de la ley penal en los instrumentos internacionales da lugar a la configuración de los principios de diferenciación y especificidad que, según la Corte Constitucional, se aplican en nuestra legislación, es imperioso reseñar cómo, en ocasiones, esa diferenciación y especificidad más que erigirse como presupuestos coherentes de un adecuado juzgamiento de menores de edad aparecen en la realidad procesal para al contrario de sus fines y objetivos generar menoscabo manifiesto en la carga de derechos que le asiste al menor infractor no solo como menor sino como sujeto pasivo de un proceso penal.

En segundo lugar, superando las razones normativas, una de las consecuencias de aplicar el mismo procedimiento tanto a adultos como a menores de edad es, justamente, la desnaturalización de los fines de un sistema de responsabilidad penal para menores, toda vez que no puede pretenderse que materialmente un mismo procedimiento funja como medio idóneo para materializar los fines propios de la pena impuesta a un mayor de edad delincuente y, a la vez, opere perfectamente como instrumento procesal apto para la aplicación de medidas correctivas en un menor de edad; lo anterior dado que es clara la diferenciación que se hace en los artículos 4 de la Ley 599 de 2000 y 178 de la Ley 1098 de 2006. La primera de las normas citadas trata el tema de las funciones de la pena, siendo taxativo que la imposición de una pena producto

de un proceso penal busca en el adulto condenado la prevención general, la retribución justa, la prevención especial, la reinserción social y la protección al condenado; en la segunda norma, las sanciones consagradas en la Ley 1098 de 2006 ni siquiera cuentan con la calidad de pena y su finalidad y función son radical y diametralmente distintas a las de la pena, puesto que las sanciones del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes tienen una finalidad educativa y restaurativa. Además, la misma Ley 1098 de 2006 en su artículo 140 inciso primero señala taxativamente que “en materia de responsabilidad penal para adolescentes tanto el proceso como las medidas que se tomen son de carácter pedagógico, específico y diferenciado respecto del sistema de adultos, conforme a la protección integral”. A este respecto, al pronunciarse sobre las medidas de seguridad, la Corte Constitucional menciona que estas “no tienen como fin la retribución por el hecho antijurídico, sino la prevención de futuras y eventuales violaciones de las reglas de grupo”.⁵⁵

Queda claro, entonces, que no es capricho de los instrumentos internacionales pretender el establecimiento de tratamientos normativos diferenciados para el juzgamiento de los menores de edad y de los adultos pues salta a la vista la imposibilidad material de alcanzar los fines y objetivos de uno y otro tratamiento punitivo cuando se cuenta con un mismo medio procesal, toda vez que su naturaleza es completamente opuesta y excluyente.

⁵⁵ Regla 2.3 de las 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 4033 de 28 de noviembre de 1985.

No obstante la conveniencia de contar con normas exclusivas para el juzgamiento de los menores de edad, para el caso particular de Colombia, la implementación del procedimiento establecido en la Ley 906 de 2004⁵⁶ en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes no se ha dado en términos adecuados. El artículo 140 de la Ley 1098 de 2006⁵⁷ establece en su inciso segundo que en el evento en que se configure un conflicto normativo entre las disposiciones de la Ley 1098 de 2006⁵⁸ y cualquier otra norma, prevalecerá la primera lo que, de contera, se traduce en que cualquier contradicción entre la Ley 906 de 2004⁵⁹ y la 1098 de 2006⁶⁰ implica la prelación de la segunda respecto de la primera, siempre bajo la observancia de los principios de la protección integral y de la prevalencia del interés superior del niño. Pero... ¿qué hacer cuando la misma Ley 1098 de 2006⁶¹ pervierte la aplicación del procedimiento establecido en la Ley 906 de 2004⁶² en perjuicio de los menores? La solución a este interrogante no es pacífica, como se verá a continuación.

Se ha mencionado desde el inicio de este escrito que la Corte Constitucional ha calificado a los menores como “población de protección especial”, lo cual está claramente establecido a la luz de los mandatos contenidos en la Carta Política y en los diversos tratados internacionales que versan sobre derechos humanos y que hacen parte del bloque de constitucionalidad. A partir de esta situación, la aplicación de un trato diferenciado entre un adulto y un menor de cara a la materialización de los derechos del segundo es constitucionalmente admisible, lo cual es uno de los parámetros jurisprudencialmente desarrollados por la Corte Constitucional para justificar el rompimiento del derecho a la igualdad en

⁵⁶ Código de Procedimiento Penal en Colombia bajo el Sistema Acusatorio.

⁵⁷ Ley de Infancia y Adolescencia de Colombia.

⁵⁸ Ibidem.

⁵⁹ Código de Procedimiento Penal en Colombia bajo el Sistema Acusatorio.

⁶⁰ Ley de Infancia y Adolescencia de Colombia.

⁶¹ Ibidem.

⁶² Código de Procedimiento Penal en Colombia bajo el Sistema Acusatorio.

aplicación y desarrollo del test de igualdad, lo cual no es del resorte de este ensayo. Empero, aplicar un trato diferenciado entre un menor y un adulto en perjuicio del primero desconoce el texto constitucional, los diversos tratados sobre derechos humanos constitutivos del bloque de constitucionalidad, deslegitima cualquier test de igualdad y, sobre todo, se erige como una flagrante violación del derecho fundamental de igualdad que, al ceñirse como un vicio de la Ley 906 de 2004 en sede de aplicación al menor infractor de la ley penal, afecta la constitucionalidad de toda la actuación procesal. Para dar sustento a lo afirmado, se considera prudente hacer cita de dos situaciones contempladas en la Ley 1098 de 2006 que modifican la Ley 906 de 2004 en lo atinente al procedimiento penal para menores: el procedimiento reglado por el Código de la Infancia y la Adolescencia en los casos en los que el menor infractor es capturado en flagrancia y la prohibición expresa de celebrar acuerdos entre fiscalía y defensa.

Respecto del primer evento, había una violación a los derechos a la igualdad y al debido proceso en sede de los principios de debido proceso estricto sensu, principio de defensa, principio de presunción de inocencia y principio de contradicción probatoria. En efecto, al estudiar el texto del artículo 191 de la Ley 1098 de 2006,⁶³ allí se modificaba completamente el procedimiento a seguir en caso de que un menor fuere capturado en flagrancia, toda vez que de acatarse la remisión normativa al Código de Procedimiento Penal la captura en flagrancia estaría reglada por lo establecido en el artículo 302 del mencionado estatuto procesal; así pues, el artículo 191 goza de prevalencia no solo por ser norma especial aplicable sino por el mandato de primacía legal que ya se ha mencionado se encuentra contenido en el artículo 140 de la Ley 1098 de 2006. Así pues, la regulación especial que traía el artículo 191 de la Ley 1098 de 2006 acerca del

⁶³ Ley de Infancia y Adolescencia de Colombia.

procedimiento a seguir en caso de que un menor de edad fuese capturado en flagrancia desplazaba en su aplicación a lo reglado por la Ley 906 de 2004.

Esta norma a todas luces es más garantista que el peligrosísimo régimen señalado por la norma acusada, ya que esta última establecía que una vez se legalizara la captura del menor en el término de 36 horas, el fiscal del caso solicitaría al juez que legalizó la captura, es decir, al juez de control de garantías, que enviara la actuación al juez de conocimiento para que este último citara a audiencia de juicio oral dentro de los 10 días hábiles siguientes. Es de anotar que el artículo 191 señalaba, en el aparte acusado, que dentro de la solicitud que la fiscalía elevaba al juez de control de garantías estaba contenida la acusación. Como es fácilmente apreciable, esta norma deformaba hasta los más elementales principios de separación funcional de competencias que erige la Ley 906 de 2004 en busca de un proceso penal efectivo y eficiente pero sobre todo legal y legítimo, ya que la primera inconsistencia del texto legal mencionado es que no discrimina entre las funciones de control de garantías y las de conocimiento, porque en un debido proceso con separación y delimitación clara de competencias funcionales en virtud de la Ley 906 de 2004 jamás un juez constitucional de control de garantías conoce de un escrito de acusación.

Aparte de la confusión funcional competencial, el procedimiento reglado por el artículo 191 de la Ley 1098 de 2006 implicaba que de la legalización de la captura se diera un salto directo a la audiencia de juicio oral, lo cual se traduce en la omisión de las audiencias de formulación de imputación, de acusación y preparatoria; a este respecto, se hace imperioso aclarar que una cosa es la etapa procesal del juicio y otra muy distinta es la audiencia de juicio oral en la medida en que la primera es el género y la segunda es la especie, ya que la segunda es parte constitutiva de la primera, es decir, la etapa procesal del juicio está conformada por tres audiencias a saber: (I) Audiencia de Formulación de

Acusación, (II) Audiencia Preparatoria y (III) Audiencia de Juicio Oral. Así pues, la omisión de las tres actuaciones inicialmente anotadas es clara, lo que se traduce en un desconocimiento flagrante del derecho fundamental al debido proceso pues en la audiencia de formulación de imputación la fiscalía le comunica al hasta entonces indiciado que es sujeto de una investigación y le señala la conducta punible de la cual lo considera responsable. Aunado a ello, en la audiencia de formulación de imputación empieza a materializarse el derecho de defensa, lo cual implica que eliminar de la actuación procesal la audiencia de formulación de imputación es cercenar de forma indebida y, naturalmente, inconstitucional el ejercicio del derecho de defensa, el cual se erige como uno de los derechos procesales fundamentales estructurales y básicos en un Estado democrático. En idéntico sentido, al establecer el artículo 191 de la Ley 1098 de 2006 que de la audiencia de legalización de captura se pasara directamente a la audiencia de juicio oral se omite también la realización de la audiencia de formulación de acusación, lo cual configuraba nuevamente un desconocimiento del derecho fundamental al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política de 1991 por desconocimiento de varios de sus principios fundantes. En efecto, la omisión de la audiencia de formulación de acusación conlleva un desconocimiento de los derechos procesales fundamentales del “imputado”, ya que en esa audiencia se evacúa lo referente a causales de incompetencia, impedimentos, recusaciones, nulidades y las observaciones que se tengan que hacer respecto del cumplimiento de los requisitos formales que debe cumplir el escrito de acusación y que debe darse traslado a la defensa para que se pronuncie respecto de los eventos citados.

Omitir la realización de la audiencia de formulación de acusación equivale a negar a la defensa la posibilidad de pronunciarse sobre la concurrencia de causales de incompetencia, impedimentos, recusaciones, nulidades y, peor aún, es impedirle que se pronuncie sobre el cumplimiento de los requisitos del escrito de acusación,

lo que implica, a su vez, que el escrito de acusación que el fiscal anexaba a la solicitud que hacía al juez de control de garantías para enviar al juez de conocimiento en los términos de la norma demandada era totalmente arbitrario y exento de control alguno, ya que no es solo la defensa la que no podía hacerle observaciones de cara a lograr aclaración, adición o corrección tal como lo establece el artículo 339 de la Ley 906 de 2004, sino que, de contera, se negaba la posibilidad de que el ministerio público hiciera pronunciamientos en los términos ya señalados, es decir, respecto de las causales de incompetencia, impedimentos, recusaciones, nulidades o del cumplimiento de los requisitos del escrito de acusación.

Pues en esta misma audiencia es cuando el ministerio público se puede pronunciar al respecto. Es de anotar que al inicio de la audiencia de formulación de acusación se da traslado del escrito de acusación a los sujetos procesales, justamente para efectos de la realización del control de legalidad de ese escrito, lo cual implicaba que al no haber audiencia necesariamente se omitía la etapa procesal para la realización del control de legalidad del escrito de acusación. Así pues queda claro, entonces, que la omisión de esa audiencia en términos prácticos implicaba el rompimiento de un principio estructural del sistema acusatorio, como la igualdad de armas cuya traducción constitucional, el derecho a la igualdad, se ve necesariamente cercenado también puesto que fiscalía y defensa ya no se encontraban en igualdad de condiciones cuando la norma mencionada eximía de cualquier tipo de control formal y material al escrito de acusación que presentaba la fiscalía, lo cual agravaba la situación de manifiesta inconstitucionalidad en el sentido de que la vulneración del derecho a la igualdad degeneraba también en una limitación indebida del derecho al debido proceso en sus principios de defensa técnica y de contradicción.

No obstante lo anterior, se desconocía igualmente el principio de contradicción probatoria ya que al no celebrarse la audiencia de formulación de acusación, se estaba omitiendo la etapa dentro de esa audiencia en la que la fiscalía realiza su descubrimiento probatorio, es decir, cuando la fiscalía señala cuáles son las pruebas que pretende hacer valer en la etapa de juicio oral. Si se tiene en cuenta que el artículo 337 de la Ley 906 de 2004 en el numeral 5 establece que entre los requisitos del escrito de acusación debe ir mencionado el descubrimiento probatorio, la norma demandada al permitir al fiscal mencionar sus pruebas en el escrito de acusación pero sin que se realizara audiencia de formulación de acusación le permitía al ente acusador que introdujera sus pruebas en el juicio oral, lo que no ocurría con la defensa y ello rompía y desconocía el principio de igualdad de armas propio de un sistema acusatorio como se verá a continuación al tratar el tema de la audiencia preparatoria, lo que se traduce en la violación clara y concreta del debido proceso.

De la misma manera, al no realizarse la audiencia de formulación de acusación, se desconocía el espíritu o la finalidad de la misma, la cual es “adelantar el juicio cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, se pueda afirmar, con probabilidad de verdad, que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe”.

Como se puede ver, la no realización de la mencionada diligencia permitía inferir, inválidamente, que la conducta existió y que el capturado era su autor o partícipe, lo cual derivaba, como se verá más adelante, en un desconocimiento tajante del principio constitucional de presunción de inocencia, lo que resalta, aún más, lo inconstitucional que se tornaba la audiencia de legalización de la captura en flagrancia del menor señalada en el artículo 191 de la Ley 1098 de 2006.

Hasta este punto, entonces, el procedimiento especial que se aplicaba en el evento en que un menor fuere capturado en flagrancia demostró romper principios estructurales del sistema acusatorio, lo cual generaba, de contera, la vulneración del derecho fundamental a la igualdad al diseñar un tratamiento más gravoso para los menores que para los adultos y se desconocían principios constitucionales constitutivos del derecho fundamental al debido proceso como los hasta ahora vistos. No obstante lo anterior, concurría en este punto una “inconstitucionalidad reiterada”, si cabe la expresión, ya que con la configuración de varias situaciones se desconocía en pluralidad de ocasiones un mismo principio fundamental. Tal es el caso de la defensa que, como ya se vio, sufría un primer menoscabo al omitirse la audiencia de formulación de acusación al favorecer indebidamente las pretensiones de la fiscalía de acuerdo con lo ya expuesto. Pero es reiterada su vulneración con la omisión de la audiencia preparatoria, ya que así como al no realizarse audiencia de formulación de acusación era imposible que la fiscalía hiciera su descubrimiento probatorio pero se le permitía introducir sus pruebas por medio de la enunciación de las mismas en el escrito de acusación que le entregaba al juez de control de garantías y que este remitía al juez de conocimiento, al omitir la audiencia preparatoria era procesalmente imposible para la defensa realizar su descubrimiento probatorio, es decir, la defensa no contaba con la etapa procesal consagrada para que pudiera descubrir sus pruebas a practicarse en el juicio oral, lo que implicaba que al momento del juicio oral solo podían practicarse las pruebas de la fiscalía por estar en el escrito de acusación pero no se practicarían pruebas de la defensa por no haber hecho descubrimiento probatorio como consecuencia de la omisión de la etapa procesal pertinente que es, como se ha mencionado, la audiencia preparatoria.

Aunado a lo anterior y como confirmación de la violación del debido proceso que contenía la redacción original del artículo 191 del Código de la Infancia y la Adolescencia, la audiencia preparatoria es la etapa en la cual el juez de

conocimiento señala el orden en que debe presentarse la prueba y al no realizarse esta diligencia no había etapa para que el juez de conocimiento determinara el orden de la presentación de la prueba, lo que a la postre viciaría el contenido y desarrollo de la audiencia de juicio oral pues es impensable que el juez de conocimiento practicara pruebas en la audiencia de juicio oral tan solo porque la fiscalía las menciona en el escrito de acusación que le envía el juez de control de garantías, más aún cuando se ha omitido la etapa procesal en la cual él mismo debe determinar el orden de presentación de las pruebas. Ello implica que al no tener el juez de conocimiento la oportunidad de determinar ese orden, en el juicio oral quedaba necesariamente ligado a evacuar: (I) solamente las pruebas de la fiscalía pues esta tuvo oportunidad de mencionarlas en el escrito de acusación, lo cual no ocurría con la defensa justamente con ocasión de la extirpación de la audiencia preparatoria y (II) evacuar las pruebas en el orden que la fiscalía reseñaba en el escrito de acusación, con lo cual se configura, igualmente, una usurpación de funciones pues no es la fiscalía sino el juez de conocimiento el que debe entrar a determinar ese orden.

En el mismo sentido es necesario mencionar que en la audiencia preparatoria es la etapa procesal en la cual es dable realizar estipulaciones probatorias y la no realización de esta audiencia cuando se trata de la captura de un menor en flagrancia reafirmaba una vez más la negación del principio de solicitud de pruebas radicado en cabeza de la defensa pues al no realizarse esta diligencia, la defensa estaba impedida para realizar estipulaciones probatorias con la fiscalía, lo que materialmente implica el rompimiento del principio constitucional de contradicción probatoria.

Para finalizar el análisis de la pluralidad de situaciones inconstitucionales que encerraba el artículo 191 de la Ley 1098 de 2006, (en el artículo citado se resalta) es imperioso resaltar cómo las situaciones que degeneraban en aspectos

inconstitucionales que se han mencionado hasta este punto concurrían de forma derivativa, es decir, al reglar el artículo 191 de la Ley 1098 de 2006 de forma especial el procedimiento para la captura en flagrancia de menores desplazaba la aplicación de las reglas sobre captura en flagrancia de la Ley 906 de 2004 y se generaban situaciones que derivaban en el desconocimiento y la vulneración de principios, derechos y garantías de resorte constitucional pues, como se ha visto, ese procedimiento especial del artículo 191 de la Ley 1098 de 2006 tácitamente eliminaba etapas procesales claves que generaban el estado de cosas inconstitucionales a las cuales se ha hecho alusión. Pero quizá el aspecto más relevante que reseñaba el artículo 191 de la Ley 1098 de 2006 al realizar sobre el mismo un control de constitucionalidad en sentido abstracto era la configuración directa del desconocimiento al principio superior de la presunción de inocencia.

Nótese cómo la norma analizada resolvía que ante una situación de captura en flagrancia el menor aprehendido pasaría, en lo que a actuación procesal se refiere, de la audiencia de legalización de captura directamente a la audiencia de juicio oral, lo que se traduce en la imposibilidad de entrar a estudiar si el menor actuó bajo alguna causal de ausencia de responsabilidad.

En efecto, la norma atacada desconocía de manera absoluta el principio de presunción de inocencia contenido en el artículo 29 de la Constitución Política de 1991 pues al no celebrarse las etapas consagradas en la Ley 906 de 2004 ya mencionadas (audiencia de formulación de imputación, audiencia de formulación de acusación y audiencia Preparatoria) se tenía que con el solo hecho de la flagrancia se estaba presumiendo la responsabilidad penal del menor capturado, ya que la norma atacada enseñaba que la actuación se enviaría al juez de conocimiento para que señalara dentro de los 10 días hábiles siguientes fecha para la realización de la audiencia de juicio oral y que esa solicitud enviada al juez de conocimiento incluiría la acusación. Si retomamos lo mencionado

anteriormente, al señalar cuál es la finalidad de la audiencia de acusación, la misma se da cuando "...de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, se pueda afirmar, con probabilidad de verdad, que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe".

Es decir, al pasar directamente de la legalización de la captura en flagrancia al juicio oral, mediando escrito de acusación pero sin que se haya hecho audiencia de formulación de acusación, la fiscalía estaba presumiendo que existe conducta punible y que el menor es responsable. Para ejemplificar la violación de la presunción de inocencia, se puede citar el caso de un menor de 17 años que es capturado en flagrancia hurtando alimentos acosado por el hambre. En este evento hipotético, el menor era capturado, legalizada su captura y enviada la actuación junto con escrito de acusación al juez de conocimiento para la celebración de audiencia de juicio oral y por el único hecho de haber sido capturado en flagrancia, se estaba presumiendo la responsabilidad penal del menor en lo referente a la comisión de la conducta punible de hurto pues la fiscalía nunca entraba a determinar que en este caso pudiera estar configurándose una causal de ausencia de responsabilidad como el estado de necesidad. De otra manera, es menester mencionar que la defensa no podía alegar la aparición de esa causal de ausencia de responsabilidad, sencillamente porque nunca tenía la oportunidad procesal para hacerlo pues como se puede desprender de todo el análisis hasta acá realizado la defensa solo intervenía en dos audiencias y en ambas de forma muy limitada: (I) la audiencia de legalización de captura y (II) la audiencia de juicio oral para rebatir sin pruebas propias y sin ejercicio del principio de contradicción lo que la fiscalía da por sentado es una conducta punible en la cual el menor capturado es autor o partícipe.

Corolario de la magnitud que tenía el desconocimiento de la presunción de inocencia en los eventos de captura en flagrancia de un menor es el hecho de que

al “saltar” de la audiencia de legalización de captura a la audiencia de juicio oral tampoco se abría la posibilidad de hacer solicitud de preclusión por dos motivos principales, a saber: (I) legalmente se estipulaba que posterior a la audiencia de legalización de captura la actuación subsiguiente era taxativamente la audiencia de juicio oral, lo cual implicaba que si la fiscalía consideraba que no existía conducta punible, que no había tipicidad de la conducta o que había imposibilidad de continuar con el ejercicio de la acción penal, etc., sería en la audiencia de juicio oral en la cual debía solicitar se decretara la preclusión de la investigación y (II) no es concebible una solicitud de preclusión por parte de la fiscalía, ya que el artículo 331 de la Ley 906 de 2004 señala: “En cualquier momento, a partir de la formulación de imputación, el fiscal solicitará al juez de conocimiento la preclusión, si no existiere mérito para acusar”. Ello implica por elemental comprensión semántica la imposibilidad de solicitar preclusión puesto que la misma procede si no existiere mérito para acusar y es claro, de la lectura del artículo 191 de la Ley 1098 de 2006, que ya ha habido acusación: la misma iba anexa a la solicitud que el fiscal entregaba al juez de control de garantías una vez finalizada la actuación preliminar de control de legalidad de la aprehensión del menor para que este enviara la actuación al juez de conocimiento.

El análisis acerca de la seria y grave inconstitucionalidad que encerraba en varias aristas la norma estudiada con ocasión de la acumulación de resultados nocivos en contra, finalmente, del segundo derecho fundante de un Estado Social y Democrático de Derecho como la libertad más aún al tratarse de menores de edad, sujetos estos de especial protección reconocida incluso en instrumentos internacionales, fue ratificado por la Procuraduría General de la Nación, ya que en su intervención en el expediente D-7681, por medio del cual la Corte Constitucional estudió la demanda de acción pública de inconstitucionalidad del artículo 191 de la Ley 1098 de 2006, menciona que la acción de inconstitucionalidad efectivamente no solo dejó al descubierto la pretermisión de

las etapas procesales, sino también las consecuencias inconstitucionales que generaban esas omisiones con ocasión de una regulación normativa especial y concreta de la captura en flagrancia respecto de los menores que modificó por completo el acucioso procedimiento que para la misma situación regula la Ley 906 de 2004 al tratarse de procesados para mayores de edad. Además, considera el ministerio público, que la entidad de la inconstitucionalidad que se manifiesta en el artículo demandado va mucho más allá de lo reseñado por el actor, puesto que no solo se vulneraban los derechos fundamentales esbozados como soportes de la acción pública de inconstitucionalidad, sino que la norma atacada, incluso, se torna violatoria del mandato del artículo 44 de la Constitución Política de 1991,⁶⁴ que eleva a rango de fundamentalidad los derechos de los niños y expresamente reseña que los mismos prevalecen sobre los derechos de los demás; la Procuraduría en lo atinente al tratamiento del principio de presunción de inocencia respecto de los menores dice:

“Así las cosas resulta claro que el proceso penal para adultos ha sido diseñado distinguiendo etapas procesales, cada una de ellas dirigidas a determinar sólidamente, progresivamente y con fuerza de verdad judicial: la autoría, el grado de culpabilidad, la existencia de los hechos y si hay o no eximentes de responsabilidad, elementos todos que se dirigen a disolver la duda con la que se inicia toda la actuación penal. En caso contrario, cuando la duda prevalece en la actuación, el proceso penal ha previsto momentos en los que quede de manifiesto la inexistencia del hecho, o la incerteza sobre la autoría, o que el sujeto investigado se encontraba cobijado por una causal eximente de responsabilidad, para que en aras de los principios de economía procesal, la investigación finalice antes de llegar a la audiencia de juicio oral. La legislación para la infancia, en forma contraria, al eludir las audiencias de formulación de imputación y de

⁶⁴ Constitución Política de Colombia. Editorial Leyer. Bogotá. 2012.

acusación coloca al adolescente infractor en condiciones más gravosas que aquellas que debe soportar un adulto”⁶⁵. Lo que además significa que el legislador hizo una copia incompleta, fragmentada y no garantista del proceso de los adultos para aplicarla a los menores, poniendo en riesgo un cúmulo de valores, principios y derechos fundamentales.

Por último, el ministerio público es enfático en mencionar que el proceso penal para los adolescentes infractores no se confeccionó teniendo en cuenta las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores, Reglas de Beijing, por lo cual aparte de conceptualizar a favor de despachar favorablemente las pretensiones de declaratoria de inexecutable, solicitó a la Corte Constitucional exhortar al legislador para que en la legislatura siguiente debatiera y aprobara un proceso penal especial para los adolescentes en el cual se observaran las Reglas de Beijing, de 1985; la Corte Constitucional consideró válidos los argumentos de la demanda y en acopio del concepto de la Procuraduría General de la Nación y el de la Defensoría del Pueblo, emitió la sentencia C-684/09, por medio de la cual declaró la inexecutable parcial del artículo 191 de la Ley 1098 de 2006.

⁶⁵ Concepto de la procuraduría general de la Nación

3.2.- SEGUNDO CAPITULO: SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES EN ARGENTINA (MODELO TUTELAR).

El sistema tutelar se basa en sacar al niño del sistema penal de adultos y dejarlo bajo la tutela del Estado, que lo considera incapaz. El actual sistema penal de menores, en la República Argentina, se encuentra conformado por: a) la ley del Patronato de Menores (No 10.903), b) el Régimen Penal de la Minoridad (leyes 22.278 y 22.803), y c) por el Código Procesal Penal de la Nación, en sus artículos arts. 28 (competencia del tribunal de menores para aquellos hechos que estén reprimidos con pena privativa de la libertad mayor de tres años), 29, inc., 1ero (competencia del Juez de menores de instrucción), y por todos los artículos que integran el Capítulo II, del Título II del Libro III (arts.410 al 414).

A lo largo de este capítulo, se expondrán los graves problemas de índole constitucional que apareja la aplicación de un modelo de sistema penal tutelar o asistencial como el que actualmente todavía se encuentra vigente en Argentina⁶⁶.

Veamos cuáles son:⁶⁷

a.-) Principio de igualdad ante la ley (artículo 16 C.N.): Se le da un trato diferencial a niños y adolescentes, con la única finalidad de someterlos a un régimen penal en el que les son respetados todos sus derechos y garantías constitucionales.

b.-) Principio de legalidad (art. 18 C.N.): las leyes que rigen el sistema penal de menores en nuestro país incriminan, en algunos casos, estados y no conductas tipificadas en la ley penal que sirvan de antecedentes para la aplicación de una

⁶⁶ Cosacov Eduardo y Croacia, Laura. Menores en conflicto con la ley penal. Poder Judicial de Córdoba.

⁶⁷ Simo, J. Carlos. Informes sobre adolescentes en conflicto con la ley penal. La Voz del Interior. . Poder Judicial de Córdoba.

sanción. Por añadidura, se puede observar en el artículo 412 del código ritual una flagrante violación a este principio.

Así mismo, siguiendo a Raúl Horacio Viñas, se puede afirmar que *“La consecuencia inmediata del hecho delictivo, realizado por un menor entre 16 y 18 años, consiste en que el juez toma a su respecto una disposición provisoria que es una medida de neta índole tutelar. En primer lugar, de custodia obligada del menor por juez, que procurará su protección integral y, con ella, su adecuada formación (...) en segundo lugar, puede restringir los derechos propios de la patria potestad. Esta disposición provisoria (que puede durar hasta los 18 años sin que el imputado sepa aún si, finalmente, va a ser sancionado penalmente o no), se convierte en definitiva, cuando se determina a través de los estudios que se le realizan al joven, que éste se haya abandonado, falta de asistencia, en peligro material o moral, o presenta problemas de conducta. El juez, en estos casos, dispondrá definitivamente del joven por auto fundado, previa audiencia de los padres, tutor o guardador”*.⁶⁸

Esa resolución no es apelable, por lo que también se estaría violando la garantía constitucional del “doble conforme” o de la “doble instancia” (art. 18 de la C.N.).⁶⁹ Ello es así, ya que la asistencia técnica del joven no cuenta con otros mecanismos, para poner en crisis una medida de tamaña gravedad, debido a que la así llamada “disposición” constituye, sin lugar a dudas, la aplicación de una pena por parte del Estado.

c.-) Principio de reserva (art. 19 C.N.): este principio entra claramente en conflicto con las leyes que integran el sistema penal de menores, pues éstas otorgan al juez dentro del expediente tutelar una absoluta discrecionalidad para la

⁶⁸ Viñas Raúl Horacio. Delincuencia Juvenil y Derecho Penal de Menores. Ediciones Ediar. 1983.

⁶⁹ Ibidem.

“disposición” (provisoria o definitiva) del menor , no sobre la base de lo que hizo sino de lo que es.

Por otra parte, la regla nº 4 del art. 413 del C.P.P.N. vulnera el derecho a la intimidad del menor, lo que también entra en colisión con aquel principio constitucional.

d.-) Garantía de juicio previo: por vía de la llamada “disposición” (equivalente a una pena, tal como se explicara en los párrafos que anteceden), se le aplica al “menor” una sanción punitiva, sin que exista un juicio previo de irreprochabilidad, pasado en autoridad de cosa juzgada.

e.-) Garantía del proceso legal previo: problema idéntico al visto en el punto anterior, pues este principio alude *“al procedimiento previo a la sentencia, supuesto por la ley fundamental tal que, precisamente, le procure los elementos para la decisión del tribunal respecto a la imputación deducida, esto es, los elementos que le permitan construir, sobre todo, la premisa fáctica donde apoyar su resolución, aplicando la ley penal o prescindiendo de su actuación”*.⁷⁰

f.-) Garantía de defensa en juicio: es evidente que la defensa de un “menor”, en el proceso penal vigente, sufre un menoscabo absoluto, ya que no tiene la más mínima posibilidad de hacer valer sus derechos, frente a la excesiva discrecionalidad que tiene un juez de menores.

En dicha norma, se hace una remisión al art. 76 del código penal argentino según el cual, de acuerdo a las circunstancias, se puede disponer provisoriamente la internación del menor, en calidad de inimputable. De tal modo, se asimila la

⁷⁰ Ibidem.

inimputabilidad, prevista en el art. 34, inc. 1ero. del Código Penal argentino, con la particular configuración psicofísica del niño en razón de su edad, en su condición de “persona en estado especial de desarrollo” como lo llama la doctrina de la Protección Integral, de las Naciones Unidas.

El artículo 413, del mismo texto normativo, también ofrece una sumatoria de reparos, en lo concerniente al debido respeto de la garantía en cuestión, que aparece violada en forma reiterada y flagrante.

Por empezar, su regla N° 2 determina que “el imputado sólo asistirá al debate cuando fuere imprescindible, y será alejado de él en cuanto se cumpla el objeto de su presencia”.

La regla N° 3, a su vez, impone la obligación de que asista al debate el asesor de menores recuérdese que éste es quien no sólo aporta los informes socio-ambientales, sino quien también dictamina en el incidente tutelar sobre la conveniencia de que el joven sea internado o no con facultades idénticas a las de un defensor técnico, pudiendo intervenir en la discusión incluso cuando el imputado tenga su propio patrocinio privado. No cabe ninguna duda, de que esta norma constituye otra ostensible violación del principio de la defensa técnica, al afectar directamente la garantía constitucional que estamos analizando, pues hace recaer en una misma persona el asesor de menores dos funciones totalmente contrapuestas: por un lado, “defiende” al acusado y, por el otro, dictamina si éste debe ser sometido a una medida de seguridad (equiparada a una pena).

Quedo claro, entonces, que la obligada presencia y consabida participación del asesor de menores, cuando al joven acusado lo está asesorando un abogado defensor, debería ser eliminada.

Finalmente, el artículo 414 del C.P.P. señala que el tribunal, de oficio o a pedido de parte, puede reponer las medidas de seguridad y educación adoptadas con respecto al menor. A tal efecto, se “podrá” (facultativo del juez) practicar una información sumaria conveniente, debiéndose oír a los “interesados”, en una audiencia previa al dictado de la resolución. Esta norma, en donde se regula la reposición de una medida de seguridad, desconoce palmariamente no sólo la garantía puesta en estudio en estos párrafos, sino hasta incluso las más básicas que posee cualquier persona en un estado de derecho”⁷¹.

g.-) Principio de inocencia: a partir de lo expuesto en los párrafos precedentes, sea cual fuere el resultado final del proceso, aún puede el juez, si lo cree necesario, igualmente disponer de una medida de manera definitiva.

h.-) Principio de publicidad: la regla nro. 1º del artículo 413 del código penal argentino hace prevalecer el derecho de intimidad del “menor” sobre la publicidad pero, tal como se ha señalado doctrinariamente, ambos principios no tienen el mismo rango normativo y, por lo tanto, siempre debe primar el principio de publicidad, pues éste emana de la forma republicana de gobierno.

3.2.1.- Propuesta respecto a cómo debe ser conformado un sistema de responsabilidad penal juvenil.

Tomando, como punto de partida, las disquisiciones técnico-jurídicas efectuadas a lo largo del presente trabajo, se entiende que todo sistema de responsabilidad

⁷¹ Cosacov Eduardo y Croacia, Laura. Menores en conflicto con la ley penal. Poder Judicial de Córdoba.

penal juvenil debe responder a los fundamentos de la doctrina sobre “*protección integral de los derechos del niño*”.⁷²

En efecto, un cuerpo normativo de esas características, que tenga como fin regular las situaciones de índole penal en las que se vean involucrados niños y adolescentes, debe contener la totalidad de los conceptos que se proponen en aquélla.

Para configurar un sistema jurídico de ese tipo, deben tener aplicación, en forma concatenada y mancomunada, los siguientes cuerpos normativos: I) la Constitución Nacional; II) la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño; III) la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica); IV) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; V) las reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de Menores (Reglas de Beijing); VI) las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de la Libertad (Reglas de Riadh); y VII) las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riadh).⁷³

La primera medida a adoptar, es pues la de proclamar una cláusula constitucional específica, análoga a la que se encuentra en la Constitución de la República Federativa del Brasil (art. 227), que asigne jerarquía constitucional a todo lo relacionado con el niño y el adolescente, sobre todo en cuanto al respeto irrestricto

⁷² Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil: directrices de Riadh *Volumen 2 de Normas internacionales relativas a los derechos de los niños y niñas*, Normas internacionales relativas a los derechos de los niños y niñas. Defence for Children International, Geert Cappelaere. Defensa de los Niños-Internacional, 1998.

⁷³ Ibidem.

de sus derechos y garantías, quedando, de esa manera, convertido en sujeto de derecho pleno.

A partir de allí, y con ajuste a las normas de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (a más de los otros tratados, pactos, e instrumentos internacionales antes mencionados), se debería ir dando marco a un sistema penal integral, donde sea materia principal la protección de los derechos y las garantías procesales de los niños y jóvenes que se vean sometidos al mismo.

Por tanto, un sistema ideado en clave de “protección integral” debe establecer:

El respeto irrestricto del principio de igualdad ante la ley, traducido en el reconocimiento de que al niño y al joven les corresponden, en plenitud, todos los derechos y las garantías fundamentales que poseen los demás ciudadanos (mayores de edad) en un estado democrático;

a.-) La seguridad de que no podrá ser sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes;

b.-) La prohibición absoluta de aplicarles ningún tipo de tortura física o psíquica;

c.-) El derecho a recurso por violación de derechos fundamentales;

d.-) La fijación de la edad en que cesa la inimputabilidad (de acuerdo al grado de madurez de los niños y a otros parámetros que se toman en cuenta para discernir la cuestión).

e.-) Una clara diferenciación entre el joven que comete un hecho tipificado legalmente en el Código Penal, y aquél otro que sólo incurra en una actitud que no alcanza la calificación de “delito” o quien, de acuerdo a las circunstancias del caso,

vea amenazados o directamente vulnerados sus derechos fundamentales, ya que es evidente que uno y otro deben ser tratados de manera distinta. La situación del primero deberá ventilarse dentro de un proceso penal, mientras que la del segundo requiere que se le brinden todas las medidas asistenciales, tutelares o sociales que sean necesarias para asegurar su bienestar y su normal inserción en la sociedad.

Para ello, se deberán crear órganos, independientes del Poder Judicial o del Ministerio Público, que tengan la misión de tomar decisiones, de supervisar y de comunicar, a la institución de contralor que corresponda, el correcto cumplimiento de dichas medidas.

De tal manera, quedará acatado el precepto de brindar a todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna, las medidas especiales de protección y asistencia que sean menester, a fin de evitar que éstos sean explotados social y laboralmente.

Va de suyo que, por ende, será totalmente ilegal la aplicación de cualquier medida de seguridad que, por tiempo indeterminado, implique la privación de libertad en perjuicio de niños o adolescentes inmersos en tales situaciones. Veamos ahora los distintos supuestos que debe contemplar un sistema penal juvenil.

A.- Para el caso de un joven que, de acuerdo a su edad, deba ser sometido a un juicio de responsabilidad penal, el sistema debe regular y/o prever (de acuerdo a lo mencionado en el precedente ítem “d”):⁷⁴

⁷⁴ Ibidem.

- 1.-) La forma legal más rápida y segura para notificar formalmente al adolescente el hecho delictivo del que es acusado, las pruebas de cargo que pesan en su contra y los derechos y garantías que lo amparan;
- 2.-) Cómo y de qué forma debe ser escuchado, respetándose las formalidades que contiene una declaración indagatoria. A su vez, deberá determinar en qué etapa del proceso y bajo el amparo de qué garantías se va a llevar a cabo dicho acto procesal de defensa;
- 3.-) El respeto a los principios de inocencia y legalidad;
- 4.-) Que la causa penal sea definida, dentro de un marco legal, por un tribunal imparcial e independiente, que sólo se ocupará de resolver las cuestiones jurisdiccionales, sin meterse en los temas asistenciales, tutelares o sociales vinculados al caso bajo examen;
- 5.-) El respeto al derecho del acusado para negarse a declarar en contra de sí mismo, sin que ello signifique crear presunción alguna de culpabilidad;
- 6.-) El respeto a su vida privada;
- 7.-) La creación de criterios de oportunidad procesal reglamentados (mediando siempre el consentimiento del interesado y la debida asistencia legal), los cuales puedan ser sometidos a revisión por parte de un tribunal superior independiente;
- 8.-) La creación de formas alternativas de solución del conflicto, tales como la mediación penal, o la suspensión del proceso a prueba (tal como está legislada en Argentina: art. 76 bis, tercero y cuarto del C.P., y 293 del C.P.P.N.), a fin de evitar al acusado la futura estigmatización que sufriría en caso de la aplicación de una condena;

9.-) Que la audiencia de debate, en donde se ventile la responsabilidad penal del adolescente, sea pública, y

10.-) La creación de formas alternativas de la pena de prisión (tales como regímenes de semi-libertad, de libertad vigilada, trabajos comunitarios, reparación del daño causado, etc.).

B.- En el caso extremo de que el adolescente deba ser privado de su libertad (como último recurso),⁷⁵ durante la sustanciación del proceso, el sistema penal deberá asegurar que el recluso será tratado con la humanidad y el respeto que merece todo ser humano. En tal hipótesis, deberá poder mantener con sus familiares todo tipo de relación, mediante vía epistolar o visitas reglamentadas.

Así mismo, el sistema tendrá que establecer: 1) cómo será su detención, la cual, dado el caso, deberá llevarse a cabo con todas las formalidades legales (garantizadas por autoridad competente) y por el plazo más breve posible; y 2) con qué infraestructura especial deberá contar el lugar en que sea cumplida tal medida cautelar (separados de los adultos, salvo que corra peligro el interés superior del niño).

Por último, el joven privado de su libertad deberá tener derecho a una adecuada asistencia jurídica, para que se resuelva con rapidez su situación procesal, y a la posibilidad de interponer todo tipo de recursos judiciales, con el objeto de impugnar su detención.

⁷⁵ Ibidem.

C.- Si se diere la situación de que el adolescente sea finalmente condenado, por considerarlo autor penalmente responsable de la comisión de un delito, un correcto sistema penal juvenil deberá tener en cuenta:⁷⁶

1.-) El derecho a que dicha decisión sea revisada por un órgano judicial superior, competente, independiente e imparcial;

2.-) Que no se le podrá imponer prisión perpetua, sin posibilidad de excarcelación;

3.-) Que no se le podrá aplicar la pena capital;

4.-) Para la eventualidad de que la condena fuere prisión de efectivo cumplimiento, se deberá contemplar (además de las pautas descritas en el apartado "B"):

4.1) Si el condenado se encuentra en edad escolar, el derecho a recibir una enseñanza adaptada a sus necesidades y capacidades, destinada a prepararlo para su reinserción a la sociedad;

4.2) La posibilidad de aprender oficios o profesiones, de desarrollar actividades recreativas, de profesar una religión, y de tener acceso a todo otro mecanismo que sirva para que el joven pueda reincorporarse oportunamente en la sociedad;

4.3) Normas que limiten el uso de la fuerza y cualquier otro tipo de coerción física, en contra del adolescente.

4.4) La creación de una metodología especial para mantener, dentro del establecimiento, un mínimo razonable de disciplina que únicamente tienda a

⁷⁶ Ibidem.

ordenar y asegurar la vida comunitaria, y cuyo objetivo primordial sea el de infundir, a los internos, el respeto por uno mismo y por los derechos fundamentales de las personas. Queda sobreentendido que estarán proscriptos los tratos crueles o inhumanos, tales como celdas de castigo, etc. y;

4.5) Que los agentes, integrantes de la planta del personal a cargo de los establecimientos de detención, sean competentes para cumplir con su función.

En la medida de lo posible, se tratará de contar en estos establecimientos con educadores, asistentes sociales y jurídicos, psiquiatras, psicólogos y todo otro profesional que pueda ser útil para resolver los problemas de los jóvenes alojados en los mismos. Consecuentemente con todo lo expresado en este punto, se entiende que a grandes rasgos éste debería ser el modelo a seguir, para lograr un correcto y equitativo sistema de responsabilidad penal juvenil. Luego de llevado a cabo el presente trabajo, no cabe ninguna duda de que es imperioso insistir para que, en el más breve plazo posible, la legislación argentina en materia de derecho penal juvenil- vaya haciendo realidad la ya impostergable y tan anhelada evolución, desde el arcaico sistema tutelar o asistencial vigente al de la *“protección integral de los derechos del niño”*.⁷⁷

Esa forma, el derecho interno se adecuará a los actuales mandatos constitucionales puesto que, como ya se ha señalado, las directivas de la Convención Internacional de los Derechos del Niño y demás tratados internacionales sobre derechos humanos tienen rango constitucional, lo cual significa que son flagrantemente inconstitucionales las normas que actualmente rigen todavía el sistema penal juvenil de Argentina.

⁷⁷ Ibidem.

Para finalizar, se transcribirá las acertadas palabras de Edward Madinger,⁷⁸ quien manifestó: *“para comenzar un camino de respeto de los derechos de los niños y adolescentes en la Argentina y garantizar una mayor seguridad en la comunidad, la primera condición necesaria, aunque no suficiente, es la reforma de las leyes sobre infancia y adolescencia. Luego, deberán reformarse las prácticas y las instituciones correspondientes, con el fin de lograr que, en la realidad de sus vidas cotidianas, los niños y adolescentes sean tratados con el respeto que merecen por ser sujetos de derechos”*. ¡Que así sea!

Para el código penal, en Argentina es la Ley 22.278 (sancionada en 1980) la que establece el régimen penal de la minoridad. En sus artículos, dicha ley establece:

- Un menor de 16 años no es punible. Se considera inimputable el menor, o sea, que no comprende la criminalidad de sus actos; no tiene capacidad de culpabilidad sea cual fuese el delito cometido.

- Un menor entre los 16 y los 18 años no es punible tratándose de delitos de acción privada; por ejemplo: calumnias e injurias. Respecto a delitos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos años, respecto a delitos que tienen por sanción una multa o inhabilitación.

Ejemplo: si un chico de 17 años comete un homicidio sí puede ser privado de la libertad, pero por un hurto no puede ser penado, excepto que sea hurto calificado o robo con armas que, como tiene una pena mayor a los dos años, sí es punible.

Para el código civil, la edad de imputabilidad cae hasta los 10 años. O sea, un menor de 11 años ya es consciente de sus actos.

⁷⁸ Madinger Edward. The Convention: Child Rights and UNICEF Experience at the Country Level. Keynote Publishing Company, 1991.

Existe en esta cuestión, una contradicción. Ejemplo: si un chico de 13 años asesina a una persona, para el Derecho Penal, es "inimputable" y no puede ser sometido a un juicio. Pero para el Derecho Civil es consciente de sus actos y, por ejemplo, la familia de la víctima podría demandarlo por daños y perjuicios. En ese caso, es el padre del menor el que debe responder por los actos del hijo.

3.2.2.- Situación en Santa Fe (Argentina).

El art. 23 de la Constitución de la Provincia de Santa Fe prevé la protección de los menores. Son la Dirección de Menores en Conflicto con la Ley y las Secciones de la Policía de la Provincia quienes desarrollan la función de abordaje de menores que delinquen.

- **Existen los Juzgados de Menores?**

Existen Juzgados de Menores (4 en la ciudad de Rosario) como estructura fundamental de ingreso al sistema de intervención y castigo sobre personas menores de edad. Las medidas tutelares pueden ir según el Código Procesal de Menores de la Provincia, (Ley 11452), desde "mantener o reintegrar al menor al núcleo familiar en el que convive" hasta "disponer su alojamiento en el lugar más adecuado" (artículo 35 C.P.).

La Dirección Provincial del Menor en Conflicto con la Ley Penal depende del Ministerio de Gobierno de la Provincia de Santa Fe al igual que la Policía quienes son los representantes del Poder Ejecutivo, co-responsable de las políticas de

gobierno en esta problemática. Dicha Dirección tiene a su cargo una serie de programas e instituciones que conforman un dispositivo de intervención que se pretende progresivo e integral para lograr la "*reinserción de los jóvenes en la sociedad*", remarcando en todo momento el aspecto de la rehabilitación como meta programática, a través de la dimensión educativa que tendrían todas las intervenciones llevadas a cabo con los jóvenes, teniendo en cuenta los graves problemas de distinción en instituciones de encierro entre intervención educativa y control penal sancionador.

A partir de la detención de un joven acusado de la comisión de un delito o falta el Juzgado de Menores puede decidir continuar con un control tutelar provisorio a través de entrevistas con un auxiliar social del Juzgado (generalmente en primeras causas o causas menores) o utilizar los programas de la Dirección.

Los programas con que cuenta la Dirección Provincial del Menor en Conflicto con la Ley Penal, son los siguientes:

- Diagnóstico y orientación: conformado por psicólogos y trabajadores sociales que a través de entrevistas y evaluaciones generan un informe que se envía al Juez de menores interviniente a modo de sugerencia. Allí se consigna la posibilidad del joven y su familia con relación a la contención, grado de compromiso con el delito y programa de la Dirección más acorde a su "situación psicosocial".

Al momento de realizar este diagnóstico, la persona se encuentra privada de libertad, permaneciendo alojada en seccionales policiales. El Juez de menores decide la derivación al Programa y el destino final de los jóvenes. En la mayoría de los casos el Juez toma la decisión de derivar después que al joven se le imputan varias causas. A partir del Diagnóstico y Orientación el joven puede ser derivado al I.R.A.R., Libertad Asistida, Casa del Adolescente u Hogar Granja Casa Joven.

- Libertad Asistida: trabaja con la persona en su medio, en condición de libertad, con una intervención psicológica ambulatoria. Acceden al programa los que tiene causas leves y cuentan con una contención familiar importante o los jóvenes que ya han estado en otras instituciones y adquieren un grado en el tratamiento que los habilita para continuar en libertad hasta que el Juez lo considere conveniente.

Casa del Adolescente: es una institución con régimen de Centro de Día, donde se ofrecen al joven diferentes talleres de capacitación laboral, contando con psicólogos, operadores y talleristas.

Hogar Granja Casa Joven: tanto Casa Joven como el I.R.A.R. son instituciones donde el joven vive bajo un sistema de encierro o internación”.

- **Instituciones.**

Se toma al Hogar Granja "Casa Joven" para el siguiente informe de instituciones que trabajan con menores en conflicto con la ley.

Hogar Granja "Casa Joven", es una institución ubicada en la localidad de Gral. Lagos y dependiente de la Dirección Penal Juvenil de la Provincia de Santa Fe. Tiene capacidad de hospedaje para doce internos aproximadamente aunque al momento de este informe, había siete menores allí alojados.

El hogar, de régimen semi-abierto, contiene a los menores derivados por los diferentes jueces de menores desde el IRAR u otras dependencias de detención de Rosario y zona. En él, los menores pueden decidir por quedarse o no dentro del mismo, aunque su retiro se considera una falta.

En la institución los internos desarrollan actividades de herrería, carpintería, teatro, educación física y escolaridad. El trabajo de los psicólogos y trabajadores sociales del hogar, con el apoyo del desarrollo de las actividades antes mencionada, son el canal por el cual los jueces correspondientes evalúan el egreso final de los menores.

“En un principio, el menor que recién ingresa solo recibe visitas de su familia los días domingos. Al mes, tiene permisos de salida transitorias por pocas horas donde se evalúa su regreso y comportamiento. Esos permisos, de acuerdo al resultado de los mismos, se extienden en horas y días hasta que el Juez decide su egreso definitivo apostando a que el menor mejoró sus conductas sociales y personales.

Además de los profesionales, trabajan en el Hogar personal administrativo, cocinas y operadores, personal de civil que cuidan de los internos. También asisten a la institución, personas voluntarias que desarrollan actividades en beneficio de los menores.

Al predio del Hogar Granja Casa Joven se trasladaría en un futuro cercano el IRAR, aunque más allá de las mejoras edilicias que se harían en el lugar existe la oposición de los habitantes de la localidad de General Lagos con el apoyo de sus representantes locales a esta decisión del gobierno provincial.

Debate sobre la edad de imputabilidad.

En los últimos meses y sustentado sobre crecientes casos de delincuencia y asesinatos que tuvieron a menores como protagonistas, se originó en la opinión pública el debate sobre la edad de imputabilidad de los menores que establece la ley y la posibilidad de modificarla. Este debate llegó al Congreso de

la Nación donde se estudia una nueva ley penal juvenil junto al apoyo del respaldo mediático.

Sobre esta cuestión, cientos de voces se levantaron a favor de bajar la edad de imputabilidad y cientos más, de mantenerla en la establecida por la ley y garantizando los derechos que les corresponde a los menores como tales. Están también quienes se inscriben los que tienen el mismo objetivo de bajar la edad de imputabilidad, pero con argumentos más progresistas, como es el de reconocerle a los menores las garantías mínimas de un proceso penal”.

Lectura importante es la que se le debe, sobre este asunto, a la entrevista realizada por el diario a Nils Kastberg, Director Regional de UNICEF para América Latina y el Caribe.⁷⁹

“Por otra parte entre muchas otras problemáticas que tienen hoy las diferentes sociedades, existe una en crecimiento y es la que hace referencia a la existencia de menores en conflicto con la ley penal. Y es una problemática que va en aumento justamente porque van en aumento las circunstancias sociales, económicas y familias que la causan. Esto es: mayor desigualdad social, mayor marginalidad, el aumento de menores que consumen drogas, entre otros factores. Pero también es una situación compleja desde su abordaje. Porque cometan delitos no dejan de ser menor de edad según la Declaración Internacional de los Derechos del Niños, que en nuestro país tiene carácter de ley. Y no es nada fácil tratar de frenar ese crecimiento como así contener o lograr la recuperación de lo ya protagonistas de esa realidad”⁸⁰

⁷⁹ www.unicef.org. Consultado el día 25 de noviembre de 2012.

⁸⁰ Ibidem.

Para la ley argentina, sin imputables de sus actos los menores comprendidos entre los 16 y 18 años de edad. Y son los Jueces de Menores los que, por ejemplo en la Provincia de Santa Fe, deciden su libertad o prisión transitoria en lugares "preparados" para tales casos.

Preparados por el hecho de haber sido creados para alojar a menores en conflicto con la ley desde su función edilicia, pero que no quiere decir que ofrezcan a los internos la mejor condición para que los mismos mejoren sus actitudes y conductas y pueda así reinsertarse en la sociedad, la misma que, en muchos casos, los margina antes, durante y después de ese encierro.

Hoy en día se debate desde la legislación bajar la edad de imputabilidad. De bajarse, por un lado, sólo se tendría mayor cantidad de menores privados de su libertad pero no la estructura para contenerlos y lograr así su reinserción.

Y más aún cuando ese debate es el resultado de la presión política como plataforma de campañas electorales y apoyada por los medios de información que llegan, muchas veces, a las personas son diferentes realidades de lo que ocurre realmente en esta problemática.

Aunque debate sí se tendría que bajar la edad o no, el Estado sigue ausente en las cuestiones que a la larga son el trampolín para que muchos menores prefieran delinquir que desarrollar otros hábitos sanos. Porque por un lado se pretende penalizarlos por sus actos, pero no se trabaja en la garantía de otros derechos que les corresponden como menores.

“También es cierto que a muchos sectores de la sociedad no les interesan las causas del problema sino más bien, una acción que solucione de alguna manera la inseguridad social o penalice a sus actores. Y a veces, en estos sectores

justamente se centran otras cuestiones económicas que al Gobierno le resulta más importante proteger. Y mientras se intenta poner "mano dura" con las leyes, tampoco se tiene en cuenta el proceso de desarrollo por el que transitan esos menores generalmente adolescentes en sus vidas. Hay hábitos que se corrigen con el pasar de las edades simplemente porque todas las personas son capaces de pensar y madurar".

Pero como constituimos una sociedad pensante, podemos asegurar que aunque no exista una solución rápida al problema; si hay acciones que llevándose a cabo ayudarían a mejorar las condiciones que lo originan. Por un lado, el Estado desde la protección de los menores garantizando todos sus derechos; pero también cada uno de nosotros como actores de los diferentes ámbitos de la comunidad".

El actual Sistema de Responsabilidad Penal para adolescentes en la Argentina⁸¹ se encuentra a punto de colapsar ya que la legislación es un poco vieja y no está de acorde a los tiempos, por ello los expertos plantean algunas formas de cambio positivo para que disminuya la criminalidad juvenil en Argentina.

La necesidad de modificar la legislación nacional para lograr un nuevo sistema de responsabilidad juvenil, implica tratar de alcanzar la prevención del delito entre los más jóvenes, aplicando las garantías constitucionales y elaborando políticas alternativas al encarcelamiento. Actualmente, a ningún menor se le garantiza el debido proceso como dicta la Constitución Nacional, sino que sus causas son tratadas por un juez y su asesor.

La urgencia en la modificación del régimen penal juvenil deviene en que aproximadamente la mitad de los jóvenes mayores de dieciocho años que

⁸¹ Adolescentes en el Sistema Penal. Situación actual y propuesta para un proceso de transformación. Unicef- Argentina. 1ª Edición. 2008.

*cometen delitos, han estado en algún momento privados de su libertad en institutos de menores u hogares; ocho de cada diez presos adultos, pasaron durante su niñez o adolescencia, por una institución de este tipo. Es un error pensar que una ley que tenga mayor poder punitivo sobre los menores de edad va a asegurar mejor la paz social y la seguridad ciudadana. Toda la evidencia empírica indica que cuanto más temprano el joven ingresa al sistema penal de adultos, más temprano consolidará su conducta delictiva*⁸².

En este momento es bastante desalentador el panorama argentino,⁸³ sus jóvenes empiezan a delinquir a muy temprana edad y cuando son adultos siguen los pasos del crimen, las cifras no mienten y de seguir aumentando la sociedad argentina se encontrara perdida en una sociedad de delincuentes juveniles, algo que será inminentemente trágico para el futuro de cualquier país, las garantías que posee el actual sistema son casi nulas, por ello un de los puntos en los que más se hace énfasis es en ese aspecto, porque lo que se quiere es un sistema garantista para los adolescentes infractores, donde ellos tengan la oportunidad de defenderse y controvertir las acusaciones que pesan en su contra.

⁸² Art.1°, Ámbito de aplicación, Régimen Legal Aplicable a las personas menores de 18 años en conflicto con la ley penal, Buenos Aires 25 de Noviembre de 2009.[3] Ídem.[4] Ídem, Arts.27 y 28. www.26noticias.com.ar. Consultado el día 25 de noviembre de 2012.

⁸³ “Presentarán un proyecto sobre régimen penal para menores que delincan”, opinión de Aníbal Fernández, Jefe de Gabinete de ministros. Irina Hauser, “Entrevista a Zaffaroni”. www.mercosurnoticias.com, 21 de Diciembre de 2008. Consultado el día 25 de noviembre de 2012.

4.- CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

4.1.- CONCLUSIONES.

Es importante preocuparnos por el desarrollo legislativo que ha tenido el fenómeno de la delincuencia juvenil, sobre todo si se tiene en cuenta que los jóvenes son vulnerables, y como tales necesitan “*un doble tratamiento de protección y a la vez un tratamiento tutelar de reeducación*”.⁸⁴ Aun que un joven que ha causado daño a otro puede ser considerado un sujeto peligroso, al ser todavía menor de edad debe ser protegido y encausado de manera que pueda reparar el daño que causó.

“La protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, como categoría de Derechos Humanos, surge en el seno de la Comunidad de Naciones, después de la Primera Guerra Mundial, con la promulgación el día 24 de septiembre de 1924, la primera declaración de los derechos del niño, la primera carta que se preocupó por proteger a los menores.

Aparte de la Declaración Internacional de los Derechos Humanos, diciembre 12 de 1948, se han desarrollado importantes tratados y legislaciones que se encargan de proteger los derechos humanos, sobre todo para poblaciones en situación de vulnerabilidad como la niñez.

El 20 de noviembre de 1979 se aprueba la Declaración Internacional de los Derechos del Niño, luego en el sexto Congreso de las Naciones Unidas sobre la prevención del delito y tratamiento del delincuente Caracas 1980, se plantea la

⁸⁴ Cuesta Herrera Ivana. ivanaydener@hotmail.com, Estudiante de V año de Derecho Universidad Libre Cartagena. Facultad de Derecho. Revista Saber, Ciencia y Libertad en germinación. Cartagena.

idea de regular las reglas mínimas para aplicación de justicia a menores de edad, propuesta que se ve materializada en las reglas de Beijín, en 1985, mas tarde en 1990 se aprueban las directrices para la prevención del delincuente juvenil (se conocen con el nombre de “DIRECTRICES DE RIAD”), y las reglas para la protección de los menores privados de la libertad.

A finales del siglo XIX, con el propósito de introducir una perspectiva sociológica del derecho, aparece la socióloga del derecho, que junto a otras ciencias como la antropología, la clínica social y la psiquiatría logran filtrarse en el panorama social para llegar a las causas que llevaban a los menores a cometer delitos, este cambio de perspectiva en los métodos de investigación científica viene a adquirir plena vigencia a partir de la convención internacional sobre los derechos del niño, debido a que se introducen nuevos conceptos como, niño, niña, adolescente, juventud e infancia entre otros⁸⁵.

Si bien , es cierto que los niñas, niñas y adolescentes son el futuro de nuestro país, también lo es que se encuentran en un proceso de formación que los hace vulnerables y en muchos de los casos los pueden llevar a cometer ciertas conductas que no están ajustadas a los preceptos legales, ni mucho menos a los preceptos morales, por ello surge en el legislador colombiano la implementación de unas reglas que pudiera prever todas estas situaciones a futuro, para tratar de corregirlas a tiempo y dar el tratamiento adecuado en consecuencia se expide el Código del menor (Decreto 2737 de 1989), en ese momento la primera ley que se expidió para reglamentar la situación de los menores de edad. Entre los objetivos de este código se encontraban: consagrar los derechos fundamentales del menor, definir las situaciones de irregularidad en las que se encontraran; origen, características y consecuencias de dichas situaciones. En fin, a simple vista todos

⁸⁵Sarmiento Santander, Gloria. Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, Escuela de Estudios e Investigaciones Criminalísticas y Ciencias Forenses. Bogotá. 2008.

los fines de este código parecían apuntar a que los menores de edad solo debían ser protegidos y jamás sancionados por las conductas contrarias a la ley que llegaren a realizar, sin embargo cuando analizamos el mencionado decreto encontramos el título DEL MENOR AUTOR O PARTICIPE DE UNA INFRACCIÓN PENAL. Por fin se hallaba en esta ley de garantías para los menores un título que regulaba los problemas que pudieran generar, este título tan solo estaba compuesto por 15 artículos, en los cuales se establecen las circunstancias en las que los menores pueden ser encontrados responsables de conductas punibles⁸⁶.

El artículo 165 del decreto 2737 de 1989 señala que los menores de (18) dieciocho años son “inimputables, siendo inimputable el que no tiene conciencia de sus actos ni libertad de elección, por ello la inimputabilidad consiste en la incapacidad de entender y/o determinarse “⁸⁷ cosa que quieres decir “que son sujetos inimputables para el derecho penal; es decir, el sistema penal entiende que estos se encuentran en un estado de inmadurez en su desarrollo que no les permite comprender la ilicitud del acto y determinarse por dicha comprensión o motivarse conforme a los mandatos normativos. Sin embargo, esta inmadurez no los excluye de la responsabilidad penal e implica que la conducta se considere punible y se impongan sanciones. En ningún caso se hablara de penas.

En el caso de adolescentes, por mandato expreso de la ley, quedan excluidos de la aplicación del sistema de responsabilidad penal general⁸⁸ . Luego Entonces

⁸⁶ Decreto 2737 de 1989, Código del Menor (Este cambio por el Código de Infancia y Adolescencia)

⁸⁷ Agudelo Betancourt. Nodier. Lecciones de Derecho Penal, Parte General. Universidad Externado de Colombia. Departamento de Derecho Penal y Criminología, Lección 22: Elementos de la culpabilidad.

⁸⁸ Código de la Infancia y Adolescencia comentado y concordado por la Procuraduría General de la Nación.

⁸⁹*si un adolescentes confiesa haber participado en la comisión de un hecho punible se le impondrá una sanción destinada a lograr su rehabilitación, readaptación y reeducación*” ya que el tratamiento que debe tenerse con estos jóvenes es meramente de protección, y por ello podrán estar en centros de recepción. El código dice que no se podrá conducir al joven, esposado o amarrado; es decir, aun cuando el joven hubiese cometido un crimen atroz, y fuere más que obvio que representa un peligro para las personas que lo rodean habría que tratarlo con guantes de seda, porque al menor hay que protegerlo por ser el “futuro de la sociedad” aunque ese futuro no muestre un alentador panorama.

También se debían mantener en secreto las actuaciones judiciales o administrativas que se llevaran en contra del menor, ello quiere decir que, aun cuando ese menor fuera un brutal delincuente incorregible, el conglomerado social no tiene derecho a saber que ese menor representa un inminente peligro para todas las personas que se encuentran a su alrededor, y es un tanto absurdo pensar que debe darse a conocer a la sociedad que están en presencia de un delincuente cuando es mayor de edad, para que en este caiga todo el peso de la ley. Pero si se trata de un menor de edad que actuó con dolo y conocía claramente que lo que estaba haciendo no estaba bien, y sin embargo no se detuvo entonces la ley debe proteger al joven infractor.

A hora bien, con la Ley 1098 de 2006, se dieron importantes cambios en aras de mejorar la administración de justicia para los menores infractores, se especifica en la mencionada Ley, que la atención de los adolescentes implica diferentes sectores y autoridades, las cuales colaboran armónicamente para un mismo

⁸⁹ Corte Constitucional Sentencia C-817 de 1999 y C-203 de 2005

propósito, que apuntan al tratamiento que debe darse a los jóvenes infractores de la ley penal.

Es deber conjunto de todas las instancias velar porque al adolescente le sean respetadas todas las garantías procesales consagradas en la constitución y las leyes, especialmente las relacionadas con la presunción de inocencia, el derecho de defensa, a ser informado sobre las causas y circunstancias de su aprehensión, y demás elementos constitutivos del debido proceso. Igualmente, es deber conjunto de todas las instituciones que forman este sistema, promover y respetar los derechos humanos de los adolescentes en todos y cada uno de los momentos del proceso y exigir su cumplimiento por parte de los directores responsables, a través, de los mecanismos legales.

En cuanto al proceso de juzgamiento en este momento, se procede de la siguiente manera: el adolescente debe ser investigado y juzgado de acuerdo con los derechos y garantías judiciales que para toda persona han consagrado la constitución política y las leyes, con los derechos y garantías mencionados anteriormente.

En tal virtud el sistema de responsabilidad penal para adolescentes regulado en el libro II de la citada⁹⁰ Ley por medio de la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia, incorpora las garantías específicas proclamadas en los artículos 37 y 40 de la CIDN, y los instrumentos internacionales mencionado. En estos artículos, en relación con los adolescentes que han realizado una conducta definida como infracción penal , se cualifican las libertades y garantías inherentes al debido proceso que son obligatorias respecto de todas las personas,

⁹⁰ El juez tendrá siempre presente que de lo que se trata no es de castigar si no de formar el sentido moral del menor por los medios que da la educación, entre los cuales el castigo puede figurar. (artículo 16 ley 98 de 1920) ministerio de la protección social, instituto de Bienestar Familiar.

estableciendo principios y derechos específicos frente a los cuales se predica una protección especial. De hecho el desarrollo de la convención en el área del adolescente infractor, constituye una forma concreta y específica de garantizar a esta población su derecho a la protección integral.

Este procedimiento especial contiene principios, derechos y garantías específicas y diferenciadas para los adolescentes, en atención a la protección especial a ellos debida y al interés superior de la niña y el niño que deben perseguir toda actuación judicial y administrativa que a ellos concierna (art 3.1 CIDN). En este sistema tanto el proceso como las medidas, son de carácter educativo y protector. Y deben desarrollarse dentro del modelo de la justicia restaurativa, con la acción y decisión concertada de los distintos actores, incluyendo los jueces y los equipos técnicos, los adolescentes, las familias y las víctimas.

De acuerdo con el artículo 144 del código de la infancia y la adolescencia, el procedimiento del sistema de responsabilidad penal para Adolescentes se regirá por las normas consagradas en la Ley 906 de 2004 (Sistema Penal Oral Acusatorio), con excepción de a aquellas que sean contrarias al interés superior del adolescente. En todo caso prevalecerán las reglas especiales de procedimiento definidas en el Libro II del Código de Infancia y Adolescencia y los principios hermenéuticos de los artículos 5 a 9 y 140 ídem.

En el procedimiento aplicable en el sistema de responsabilidad penal para adolescentes, el defensor de familia cumple una función central, dado que en todas las actuaciones del proceso y en las etapas (indagación, investigación y juicio, etapas del procedimiento penal oral acusatorio) y del cumplimiento de las sanciones *“el adolescente deberá estar acompañado por el defensor de familia, quien verificara, junto con el equipo interdisciplinario de la defensoría de familia, las gestiones necesarias para el restablecimiento de los derechos vulnerados.*

*Ninguna actuación judicial se puede realizar sin presencia del apoderado y el defensor de familia. Además, por mandato legal en estos procesos, no proceden los acuerdos y las negociaciones con la fiscalía, propios del sistema penal oral acusatorio consagrados en el Título II capítulo único*⁹¹.

Vemos como se pasa de un Sistema de Responsabilidad nulo, a uno que tiene una seria confusión entre lo que es un adolescente delincuente, que necesita ser tratado con atención especial, precisamente para que no signifique un problema para la sociedad y un adolescente que necesita ser protegido por las circunstancias que lo rodean, y se habla de adolescentes porque la Ley es clara al establecer en el, “que el sistema de responsabilidad penal para adolescentes es el conjunto de principios, normas, procedimientos, autoridades judiciales especializadas y entes administrativos que rigen o intervienen en la investigación y juzgamiento de delitos cometidos por personas que tengan entre 14 y 18 años de edad al momento de cometer el hecho punible”⁹², este sistema fue creado mediante la Ley 599 de 2000, artículo 33, inciso 3: “los menores de 18 dieciocho años estarán sometidos al sistema de responsabilidad penal juvenil”⁹³. Este sistema va acorde con nuestro estado social de derecho contemplado en el artículo 1 de la Constitución Política Colombiana, “*la institución de una justicia de menores no constituye, per se, un atentado contra los derechos de los menores, ni va en detrimento del deber de protección que recae en la sociedad y el estado*”⁹⁴, pero es supremamente importante que quede claro que el “sistema

⁹¹ Adriana Villegas Arango. Fiscalía General de la Nación, Escuela de Estudios e Investigaciones y Ciencias Forenses.

⁹² Libro Segundo, Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes y Procedimientos Especiales para cuando los niños, niñas y adolescentes son víctimas de delitos, Título I responsabilidad penal para adolescentes y otras disposiciones. Capítulo I principios rectores y definición del proceso, artículo 139 sistema de responsabilidad penal para adolescentes.

⁹³ Ley 599 de 2000 Título I de las normas rectoras de la ley penal Colombiana, capítulo II de la aplicación de la ley penal, capítulo único, aplicación de la ley penal en el espacio artículo 33 inimputabilidad.

⁹⁴ Corte constitucional, sentencia C-839 de 2001, resuelve sobre la constitucionalidad de los artículos 33.3 y 475 de la ley 599 de 2000.

actual de responsabilidad penal para adolescentes en Colombia es netamente reeducativo y restaurativo, además tiene como fundamento la protección especial del adolescente y la prevalencia del interés superior⁹⁵.

Aún falta mucho para llegar a un eficaz sistema de juzgamiento para adolescentes, pronto se lograra crear un sistema en el que las víctimas de los delitos cometidos por adolescentes queden satisfechas y a la vez, el menor infractor pueda vincularse nuevamente a la sociedad para que pueda ser parte del futuro colombiano.

- **Diferencias entre los dos modelos aplicables al sistema de responsabilidad penal para adolescentes.**

Modelo Tutelar.	Modelo Jurídico- Garantista.
Denomina a la población por debajo de los dieciocho años con el término “menor”, que denota incapacidad y dependencia de los Padres o del Estado, para diferenciarlos de los adultos y concluir que deben ser objeto de protección ante circunstancias llamadas irregulares.	Proscribe el término menor y da paso a los términos “niño, niña y adolescente”
No se dirige en general a toda la población de Infancia y Adolescencia, si no a los menores en situación de dificultad o riesgo.	Se dirige a todos los niños, niñas y adolescentes.

⁹⁵ Corte constitucional, sentencia C-817 de 1999 y C-203 de 2005.

El sistema que se aplica para la investigación y juzgamiento es predominantemente inquisitivo.	El sistema que se exige para la investigación y juzgamiento de los delitos debe ser predominantemente acusatorio.
Cuando los menores se encuentran en conflicto con la ley penal, se consideran “inimputables”, pero se someten a procesos de investigación y juzgamiento que no cuentan con todas las garantías del debido proceso	Se consideran imputables y deben responder, de acuerdo con su grado de desarrollo, por los ilícitos que cometan. Mayor acercamiento a la justicia penal de adultos, en lo que se refiere a derechos y garantías individuales.

El modelo tutelar es el modelo que se sigue en Argentina, y en el cuadro anterior se resaltan algunas de sus características más sobresalientes, mientras que el modelo Jurídico Garantista es el que aplicamos en Colombia, ya que se considera que los adolescentes serán responsables a partir de los 14 años de las conductas punibles que realicen.

4.2.- RECOMENDACIONES.

Este informe de Trabajo de pregrado en Derecho, es un análisis comparativo de la responsabilidad penal para adolescentes en Colombia y Argentina para los adolescentes infractores de la ley penal.

Es preciso resaltar que en Colombia, vamos camino a un sistema de juzgamiento para adolescente mucho más garantista.⁹⁶ Tanto para los adolescentes que infringen la ley penal como para las víctimas de delitos cometidos por ellos. Será maravilloso en el futuro poder contar con acompañamiento personalizado, estricto y minucioso que se encarguen de determinar la evolución del adolescente, y aplique pedagogía de la presencia permanente de profesionales que puedan manejar la situación e influyan de manera positiva en la vida de estos adolescentes no solo cuando se encuentre en centros de reeducación, si no también cuando el juez considere que no es necesario alejarlo de la sociedad para encargarse de su problema de adaptabilidad.

Es claro que la realización de conductas consideradas por la ley como delitos, genera el reproche social y afecta la convivencia, pero causa mayor alarma cuando el responsable de las conductas contrarias a la ley es un menor de edad, por ello es preciso iniciar planes de prevención del delito en los barrios de todas las clases sociales, por que cualquier adolescente se podría ver envuelto en la comisión de conductas punibles. En la formación del adolescente sus padres o las personas a su cargo juegan un papel fundamental en la conducta de estos, ya que es una edad bastante difícil donde es muy fácil dejarse influenciar por la sociedad contaminada por ello se considera que las políticas de prevención también deben ir dirigidas a todas aquellas personas que tengan adolescentes a su cargo. Seguramente si se siguen las anteriores recomendaciones podríamos ayudar en gran medida al Estado colombiano a controlar el fenómeno de la delincuencia juvenil que va en constante aumento y poder decir con certeza que la norma es eficaz, entiendo “como eficacia aquella norma que la población cumple”.⁹⁷

⁹⁶ Ley de Infancia y Adolescencia. Ley 1098 de 2006.

⁹⁷ Díaz Ricardo Tatiana. Taller de Elaboración de Proyectos de Investigación. Universidad Libre sede Cartagena. 2010.

En lo concerniente a la educación no formal, la metodología recomendada está relacionada con la reflexión-acción, que consiste en propiciar una práctica pedagógica y de intervención disciplinaria orientada no sólo a la recepción de información de carácter educativo sino en el desarrollo de un análisis crítico sobre la misma, en donde están presentes la contrastación de opiniones, el análisis de contenido, integrando la teoría con la práctica.

Es importante que los temas de reflexión puedan ser de alguna forma vivenciados o experimentados por el adolescente en el Centro, de tal forma que, una buena proporción de los temas surgirán de las dificultades de convivencia que se pondrán como materia de discusión y por tanto adquirirán el carácter de “reflexión sobre la práctica” (y no sólo de “poner en práctica lo reflexionado”).

Los contenidos en los que se enmarcan dichas prácticas deben ser: Convivencia, valores, ética, desarrollo moral, democracia, ciudadanía, derechos humanos, constitución política, poder, autoridad, participación, regulación, lo público y lo privado, ley-moral y cultura, autoestima, desarrollo personal, justicia restaurativa, familia, violencia intrafamiliar, sexualidad, comportamientos en escenarios públicos (filas, comedores, cines, estadios, parques), concertación, negociación, resolución de conflictos, pedagogía de la paz, conciliación y demás que cada operador determine fundamentales para el alcance de la misión que se propone su institución. El operador debe garantizar además de todo lo relacionado con el tema de Formación y Capacitación de los jóvenes, información concerniente al proceso jurídico, la estancia digna durante el tiempo que el adolescente se encuentre bajo su supervisión, una pedagogía de la presencia que sea transversal a cualquier proceso y que responda al desarrollo moral donde se integre la familia en un modelo sólido de intervención.

La comunidad que hace parte del Centro es concebida bajo el rol de educadora, por ende el desempeño de cada una de las personas que están presentes en el proceso cotidiano del adolescente, deberá ser ejemplo de respeto y actitud “formadora”.

Finalmente el operador debe contar con experiencia y trayectoria reconocida en la atención de esta población y estar en capacidad de elaborar el “⁹⁸PAM, conforme con el Lineamiento para la Atención de adolescentes en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes.

“En todos los centros que atienden las medidas y sanciones del SRPA se requiere una atención por parte de los Operadores a través de etapas en las que se desarrollará un Proyecto de Atención por Modalidad (PAM) el cual debe estar elaborado en coherencia con el lineamiento estipulado en el Modelo Pedagógico del SRPA, especificando lo referente al contexto y las particularidades de la población que atiende. El PAM debe estar constituido por elementos que permitan dilucidar la misión y la visión de cada uno de los Centros de acuerdo con la modalidad, la ruta que se ha determinado para cumplir con dicha misión y visión, los procesos formales sobre los cuales se fundamenta la intervención de cada una de las disciplinas que intervienen en el desempeño del adolescente, con planes de seguimiento soportados en el fundamento conceptual que orienta el Modelo Pedagógico del SRPA.

Los cuatro elementos fundamentales para la elaboración del PAM de conformidad con lo establecido en el marco conceptual son:

⁹⁸ Proyecto de atención por modalidad.

Seguridad: Presentar acciones disciplinarias que enmarquen rutinas, horarios, normas de convivencia y rutas de seguimiento para el cumplimiento de las mismas, control de asistencia y participación en actividades tendientes a la formación educativa, recreativa, cultural y deportiva en un entorno en donde el educador cumpla con su rol de mediador del conocimiento y se garantice un esquema de seguridad y disciplina enmarcado en los derechos del adolescente.

Infraestructura: Espacios determinados para el desarrollo óptimo de todas las acciones tendientes a la atención integral del niño, niña y adolescente en coherencia con la modalidad, definición de zonas y distribución de espacios para garantizar la seguridad de la población conforme a cada modalidad y el propósito de las mismas.

Pedagogía: Currículo que soportado en las directrices del Modelo SRPA, orienta todas las acciones pedagógicas y formativas al interior de cada uno de los Centros, metodología, estrategias pedagógicas, procesos de valoración y evaluación de los aprendizajes previos y adquiridos. Actividades que respondan a la formación en derechos y deberes como eje transversal del proceso formativo del niño, niña y adolescente.

Convenios Interinstitucionales que garanticen procesos educativos formales y certificados y permitan la reinserción social.

Jurídico: Plan de seguimiento al proceso de cada niño, niña y adolescente en respuesta a la medida o sanción impartida por el Juez, que evidencie logros alcanzados y siempre en concordancia con lo establecido en la Ley 1098 de 2006 en todos los aspectos de la intervención que involucran al adolescente”⁹⁹.

99 Bienestar Familiar, lineamiento Técnico Administrativo para la Atención de Adolescentes en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes. Pág. 18, 19 y 20.

Por todo lo anterior es preciso resaltar que vamos por el camino correcto, pero debemos mejorar nuestro sistema de responsabilidad penal para adolescentes y es preciso que lo hagamos por que el fenómeno de la delincuencia juvenil va en creciente aumento por lo que con un sistema más expedito que atienda de mejor manera al infractor adolescente atendiendo sus especiales circunstancias, puede disminuir la realización de conductas punibles de esta especial población.

5.- REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.

a.- Libros:

- Adolescentes en el Sistema Penal. Situación actual y propuesta para un proceso de transformación. Unicef- Argentina. 1ª Edición. 2008.
- Agudelo Betancourt. Nodier. Lecciones de Derecho Penal, Parte General. Universidad Externado de Colombia. Departamento de Derecho Penal y Criminología, Lección 22: Elementos de la culpabilidad.
- Agudelo Betancur, Nodier, La inimputabilidad Penal, Segunda Edición, Librería la Constitución Ltda., Santafé de Bogotá, 1994.
- Aponte Cardona, Alejandro. Manual para el Juez de Control de Garantías en el Sistema Penal Acusatorio. Consejo Superior de la Judicatura. Bogotá. 2006. Comisión redactora del Código Penal. Trabajos preparatorios. Actas del Nuevo Código Penal Colombiano. Parte Especial. Volumen II y III. Colección Pequeño Foro. 1981.
- Bienestar Familiar, lineamiento Técnico Administrativo para la Atención de Adolescentes en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes. Pág. 18, 19 y 20.
- Bonasso, Alejandro, Adolescentes en conflicto con la ley penal: Derechos y Responsabilidades. www.iin.oea.org.

- Consejo Nacional de Política Económica y Social. República de Colombia. Departamento Nacional de Planeación. No 3629. Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes – SRPA: Política de Atención al Adolescente en Conflicto con la Ley.
- Cosacov Eduardo y Croacia, Laura. Menores en conflicto con la ley penal. Poder Judicial de Córdoba.
- Cuesta Herrera Ivana. ivanaydenert@hotmail.com, Estudiante de V año de Derecho Universidad Libre Cartagena. Facultad de Derecho. Revista Saber, Ciencia y Libertad en germinación. Cartagena.
- Díaz Ricardo Tatiana. Taller de Elaboración de Proyectos de Investigación. Universidad Libre sede Cartagena. 2010.
- Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil: directrices de Riad *Volumen 2 de Normas internacionales relativas a los derechos de los niños y niñas*, Normas internacionales relativas a los derechos de los niños y niñas. Defence for Children International, Geert Cappelaere. Defensa de los Niños-Internacional, 1998.
- Dolz Lago, Manuel de Jesús, Comentarios a la Legislación penal de Menores, Tirant Lo Blanch, Valencia (España), 2007.
- Estudios del desenvolvimiento de jóvenes infractores. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. www.icbf.gov.co.

- Evaluación del programa de atención a adolescentes en conflicto con la ley. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigación sobre Dinámicas Sociales. 2005.
- García López, Eric, Edad Penal y Psicología Jurídica: la necesidad de una respuesta social al adolescente infractor”, México, Agosto de 2004.
- Madinger Edward. The Convention: Child Rights and UNICEF Experience at the Country Level. Keynote Publishing Company, 1991.
- Oscar Hernando Marín Castro, David Andrés Fonseca, Proyecto de Grado Universidad Libre sede Cartagena 2009.

Ruiz Hernández. Andrés Fernando. El presente Artículo es realizado dentro de la línea de investigación de Derecho Penal y Constitución del grupo de investigación Reconciliación con la Dignidad y la Justicia - Red Humana, semillero de investigación Juan Fernández-Carrasquilla, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, UPTC, Tunja. Abogado Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, UPTC; especialista en Derecho Constitucional, Universidad Nacional de Colombia; magíster en Derecho Comercial, Universidad Externado de Colombia; estudios de maestría en Derecho Penal, Universidad Libre; diplomado en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, Convenio Quinta Brigada del Ejército Nacional y la Universidad Autónoma de Bucaramanga; diplomado en Control, Investigación y Judicialización del Narcotráfico, Convenio Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, UNODC, y la Universidad Santo Tomás de Bogotá. Docente Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, UPTC; Universidad de

Boyacá, UniBoyacá y Universidad Industrial de Santander, UIS. Actualmente, juez promiscuo municipal de Muzo, Boyacá. Tunja, Colombia.

- Sarmiento Santander, Gloria. Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, Escuela de Estudios e Investigaciones Criminalísticas y Ciencias Forenses. Bogotá. 2008.
- Simo, J. Carlos. Informes sobre adolescentes en conflicto con la ley penal. La Voz Del Interior. Poder Judicial de Córdoba.
- Teaching and Learning: Towards the Learning Society; Bruselas, Commission European, 1997.
- Urra Javier. Adolescencia y Violencia. Tópicos y Realidades. Revista de Estudios de Juventud. No 62. Septiembre de 2003.
- Villegas Arango. Adriana. Fiscalía General de la Nación, Escuela de Estudios e Investigaciones y Ciencias Forenses.
- Viñas Raúl Horacio. Delincuencia Juvenil y Derecho Penal de Menores. Ediciones Ediar. 1983.

b.- Sentencias:

- Corte Constitucional Sentencia C-817 de 1999 y C-203 de 2005.
- Corte constitucional, sentencia C-817 de 1999 y C-203 de 2005.

- Corte constitucional, sentencia C-839 de 2001, resuelve sobre la constitucionalidad de los artículos 33.3 y 475 de la ley 599 de 2000.
- Corte Constitucional. Sentencia C-203 de 2005. M.P. Manuel José Cepeda. Expediente. D-5366.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias C-288/02, T-815/02, T-719/03, T-976/03, C-370/06, C-209/07, C-228/02, C-209/07, T-794/04.
- Sentencia C-673 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández. www.corteconstitucional.gov.co.
- Sentencia T 283 de 1994, Magistrado Eduardo Cifuentes Muños.
- Sentencia T-408 de 1995, con ponencia del Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz. www.corteconstituional.gov.co.

c.- Leyes:

- Código de la Infancia y Adolescencia comentado y concordado por la Procuraduría General de la Nación.
- Código del Menor. Decreto 2737 de 1989.
- Constitución Política de Colombia. Editorial Leyer. Bogotá. 2012.

- Ley 1098 de 2006. Ley de Infancia y Adolescencia en Colombia. Editorial Leyer. Bogotá. 2012. LIBRO II. SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES Y PROCEDIMIENTOS ESPECIALES PARA CUANDO LOS NIÑOS, LAS NIÑAS O LOS ADOLESCENTES SON VICTIMAS DE DELITOS. TITULO I. SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES Y OTRAS DISPOSICIONES.
- Ley 599 de 2000. Título I de las normas rectoras de la ley penal Colombiana, capítulo II de la aplicación de la ley penal, capítulo único, aplicación de la ley penal en el espacio artículo 33 inimputabilidad.
- Ley de Contratación Estatal en Colombia. Ley 80 de 1993.
- Reglas de Beijing. Resolución 4033 de la Asamblea General de la ONU.

d.- Cibergrafía:

- www.26noticias.com.ar.
- www.corteconstitucional.gov.co.
- www.ejrlb.net.
- www.icbf.gov.co
- www.mercosurnoticias.com.

- www.secretariasenado.gov.co.
- www.sena.edu.co.
- www.unicef.org.