

**ANÁLISIS DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES Y NORMATIVA  
NACIONAL SOBRE EL DERECHO DE PARTICIPACIÓN DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y  
ADOLESCENTES DENTRO EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA  
ADOLESCENTES EN COLOMBIA**

LORENA VARELA

ASESORA: ANA MARÍA JIMÉNEZ

**MAESTRÍA EN DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y  
EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO ANTE ORGANISMOS, CORTES  
Y TRIBUNALES INTERNACIONALES**

**UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS**

**2019**

# CONTENIDO

<b>INTRODUCCIÓN</b>	<b>5</b>
<b>HIPOTESIS</b>	<b>6</b>
<b>OBJETIVOS</b>	<b>7</b>
<b>OBJETIVO GENERAL</b>	<b>7</b>
<b>OBJETIVOS ESPECÍFICOS</b>	<b>7</b>
<b>METODOLOGIA</b>	<b>7</b>
<b>1. DESARROLLO EVOLUTIVO DE LOS MODELOS DE JUSTICIA APLICABLES A LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES</b>	<b>8</b>
<b>1.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LOS SISTEMAS DE JUSTICIA JUVENIL</b>	<b>9</b>
1.1.1. EL SISTEMA TUTELAR	10
1.1.2. MODELO GARANTISTA:	11
1.1.3. CÓDIGO DEL MENOR EN COLOMBIA	11
<b>1.2. EVOLUCIÓN DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES QUE ESTABLECEN LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES</b>	<b>12</b>
1.2.1. DECLARACIÓN DE GINEBRA	12
1.2.1. DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO	14
1.2.2. CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO	15
1.2.3. EFECTOS DE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA	17
<b>1.3. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS EN LOS SISTEMAS DE RESPONSABILIDAD JUVENIL Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO</b>	<b>19</b>

1.3.1. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS	19
1.3.2. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA	25

**2. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES QUE PROTEGEN EL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN DE LOS NIÑOS, NIÑAS O ADOLESCENTES DE CARA AL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL DE ADOLESCENTES**

<b>2.1. CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO</b>	<b>32</b>
2.1.1. LA PARTICIPACIÓN EN LOS PROCESOS DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA	35
<b>2.2. OBSERVACIÓN GENERAL NO. 12, EL DERECHO DEL NIÑO A SER ESCUCHADO</b>	<b>36</b>
<b>2.3. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, DIRECTRICES DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA PREVENCIÓN DE LA DELINCUENCIA JUVENIL (DIRECTRICES DE RIAD)</b>	<b>38</b>
<b>2.4. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. REGLAS MÍNIMAS DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUSTICIA DE MENORES “REGLAS DE BEIJING”</b>	<b>39</b>
<b>2.5. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. REGLAS DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES PRIVADOS DE LIBERTAD (REGLAS DE LA HABANA)</b>	<b>41</b>
<b>2.6. CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS</b>	<b>43</b>
<b>2.7. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA REFERENTE AL DERECHO A SER OÍDO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES</b>	<b>45</b>
2.7.1. CASO ATALA RIFFO Y NIÑAS VS CHILE SENTENCIA DEL 24 DE FEBRERO DE 2012	45
2.7.2. CASO BULACIO VS. ARGENTINA. FONDO, REPARACIONES Y COSTAS. SENTENCIA DE 18 DE SEPTIEMBRE DE 2003	

46

**3. DERECHO A LA PARTICIPACIÓN DE LA NIÑEZ EN EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL DE ADOLESCENTES EN COLOMBIA**

<b>3.1. ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA NORMATIVIDAD NACIONAL QUE REGULA EL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN Y LO ESTABLECIDO EN LA CONVENCIÓN DE DERECHOS DEL NIÑO.</b>	<b>49</b>
3.1.1. CONSTITUCIÓN NACIONAL	49
3.1.2. LEY 1098 DE 2006	50
3.1.3. DOCUMENTO CONPES 3629 CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL REPÚBLICA DE COLOMBIA DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES SRPA: POLÍTICA DE ATENCIÓN AL ADOLESCENTE EN CONFLICTO CON LA LEY	53
3.1.4. LINEAMIENTOS DEL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR PARA LA ATENCIÓN DE LOS ADOLESCENTES EN EL SRPA.	55
3.1.5. OBSERVACIÓN GENERAL NO. 12 (2009) EL DERECHO DEL NIÑO A SER ESCUCHADO DE LAS NACIONES UNIDAS	58
<b>3.2. RECOPIACIÓN DE INFORMACIÓN, ENCONTRADA EN INFORMES, RESPECTIVA A LA PARTICIPACIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN EL SRPA</b>	<b>60</b>
3.2.1. INFORME DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN (2011) TITULADO “INFORME DE VIGILANCIA SUPERIOR AL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES”	60
3.2.2. INFORME DE LA COMISIÓN DE EVALUACIÓN (2011) AL SRPA	61
3.2.3. INFORME DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO (2015), TITULADO ‘VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS DE ADOLESCENTES PRIVADOS DE LA LIBERTAD’	62
3.2.4. INFORME DEL MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO DENOMINADO “SEGUNDO INFORME DE SEGUIMIENTO AL SRPA” (2016)	62
<b>CONCLUSIONES</b>	<b>65</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	<b>71</b>

## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación tiene como objetivo revisar la normatividad nacional e internacional referida al derecho a la participación de los niños, niñas y adolescentes, para determinar si la ley 1098 de 2006, que reglamenta el Sistema de Responsabilidad para Adolescentes (SRPA) en Colombia, cumple con los estándares internacionales.

Lo anterior pretende lograrse a partir de *i*) el análisis de los modelos de justicia internacional y nacional aplicables a la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; *ii*) una mirada a la evolución de tres conceptos: la niñez, el derecho a participar y el interés superior de niños y niñas; *ii*) la revisión de lo concerniente al derecho a la participación de niños, niñas y adolescentes involucrados en procesos penales en instrumentos internacionales y *iii*) la revisión la normativa nacional e internacional concerniente a la participación y de informes de seguimiento y evaluación del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes.

En el primer capítulo se describe la evolución de los sistemas de justicia juvenil, iniciando por el sistema tutelar, que se aplicó con el código del menor (decreto 2737 de 1991) y su paso al sistema garantista; modelo que es acogido por la ley 1098 de 2006. De manera subsiguiente se

hace una reseña de los instrumentos internacionales de protección de derechos de los niños, niñas y adolescentes, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Constitucional, que han desarrollado y dado contenido a los derechos, especialmente al concepto del interés superior del niño.

El segundo capítulo menciona los diferentes instrumentos internacionales de protección del derecho a la participación de los niños, niñas y adolescentes, iniciando con la Convención de los Derechos del Niño (CDN), considerado como el avance más importante en el ámbito del derecho a la participación. Más adelante se retoman los lineamientos planteados por el Comité de los derechos del niño en la Observación General No. 12 de la organización de Naciones Unidas (ONU), documento que aclara el contenido del artículo 12 de la Convención y que sirve de guía para la reglamentación del derecho a la participación en la normatividad interna de los Estados. Adicionalmente hace referencia a las Reglas de Riad, las Reglas de Beijing y Reglas de la Habana; instrumentos internacionales que aluden al derecho a la participación en los sistemas de justicia juvenil.

En el tercer capítulo, se mencionan algunos de los hallazgos más relevantes de los informes y seguimientos al SRPA, particularmente los informes de la Defensoría del Pueblo, la Procuraduría General de la Nación, la Comisión de Evaluación y el Ministerio de Justicia y del Derecho, resaltando lo referente al derecho a la participación de los niños, niñas y adolescentes en el Sistema.

## **HIPOTESIS**

La aplicación de la normativa Internacional de protección del derecho a la participación de los niños, niñas y adolescentes infractores en el SRPA de Colombia, presenta vacíos en su implementación práctica.

## **OBJETIVOS**

### **OBJETIVO GENERAL**

Revisar y comparar los lineamientos internacionales de protección del derecho a la participación de los niños, niñas y adolescentes infractores, respecto a las leyes nacionales aplicadas en el SRPA colombiano, para identificar vacíos en su implementación práctica.

### **OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

1. Revisar y comparar la normativa internacional con la normativa nacional con relación a los derechos de niños, niñas y adolescentes infractores, en Colombia.
2. Identificar las falencias del SRPA colombiano en cuanto a la aplicación de las normativas internacionales de protección del derecho a la participación de niños, niñas y adolescentes infractores.
3. Analizar los informes de seguimiento y otras herramientas diseñadas para identificar si se garantiza o no el derecho a la participación de los niños, niñas y adolescentes infractores en el SRPA colombiano.

## **METODOLOGIA**

En términos metodológicos, el presente trabajo es de carácter dogmático-teórico, pues se propone hacer un examen de la normativa nacional e internacional respectiva a la participación de niños, niñas y adolescentes inmersos en procesos de administración de justicia, y tiene también un carácter comparativo, pues pretende analizar las bases normativas del Sistema de Responsabilidad Penal de Adolescentes de cara a las directrices internacionales.

El documento es ante todo una exploración bibliográfica, pues no comprende en ningún momento trabajo de campo, aunque sí recoge documentos que analizan fuentes primarias. Adicionalmente, el contenido del documento está construido de manera expositiva.

Para elaborar este documento se revisaron instrumentos internacionales, tesis de grado, jurisprudencia nacional e internacional, ordenamientos jurídicos nacionales, informes de seguimiento al SRPA y bibliografía relacionada con los temas concernientes.

## **1. Desarrollo evolutivo de los modelos de justicia aplicables a la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes**

En el presente capítulo se realizará una revisión retrospectiva de los modelos de justicia aplicables a los niños, niñas y adolescentes, pasando por el modelo tutelar y el de protección integral para después analizar brevemente algunos de los contenidos del Código del Menor y del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes (SRPA) respectivos al tema de la participación de los Niños, niñas y Adolescentes (NNA) inmersos en procesos de administración de justicia.

Más adelante se rastreará el surgimiento y la evolución del principio de interés superior del niño; concepto que surge con la Declaración de los Derechos del Niño, se consolida en la Convención sobre los Derechos del Niño y adquiere contenido a través de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional.

La última parte de este capítulo se concentra en los pronunciamientos de las mencionadas cortes respecto a los conceptos de interés superior del niño y la protección especial de niños, niñas y adolescentes en los ámbitos internacional y nacional, respectivamente.

### **1.1. Antecedentes históricos de los sistemas de justicia juvenil**

A mediados del siglo XVII, las autoridades aún no sabían cómo tratar a los niños, niñas y adolescentes, pues existían dos opciones: tratarlos como pequeños, indefensos y abandonados que cometían errores, por el hecho de estar en proceso de formación, o tratarlos como personas jóvenes peligrosas. Frente a la primera situación bastaba con brindarles acompañamiento y protección, pero frente a la segunda “se requería tomar medidas policivas o tutelares; es decir, responsabilizar a sus tutores directos (la familia cuando la había) o asignarle un tutor para que respondiera por ellos frente al estado y la sociedad” (Jiménez (2009, p. 15) citada por Maldonado, 2015 p. 11). Estos dos enfoques marcaron la intervención del Estado para reprimir, corregir o sancionar las conductas delictivas de las personas menores de 18 años.

El sistema clásico, que es el antecedente del sistema tutelar, propendía por un tratamiento igual y no diferenciado para adolescentes y adultos en conflicto con la ley penal. No hacía ninguna distinción y sancionaba las conductas delictivas como si se tratara de personas en igualdad de condiciones.

Según Daniela Hedechini (2016), la impartición de justicia diferenciada para adultos y menores de edad desde un enfoque de derechos especializados, se da “solo hasta el siglo XX con la Declaración de los Derechos de los Niños en 1959 y posteriormente con la Convención Sobre los Derechos del Niño en 1989” (p. 16).

### **1.1.1. El sistema tutelar**

El sistema tutelar es el primer modelo interesado en elaborar, de manera interdisciplinaria, algunas distinciones entre unos y otros tipos de sujetos, intentando comprender las infracciones de los jóvenes y los adolescentes en relación con su entorno. Desde el enfoque de este modelo, el delito es producto de factores determinan la voluntad de quien delinque. “Esta postura también dio origen al concepto de “correccionalismo” que pretende, de un lado, cubrir el daño causado y, de otro, corregir al sujeto delincente, que más que visto como un “culpable” es visto como alguien digno de “tratamiento””. (SPRA, 2015, p. 88)

Este modelo, imperante durante muchos años en Europa y América Latina, consideraba a los niños, las niñas y los y las adolescentes como un individuos “inmaduros” e “incapaces”, no para satisfacer sus verdaderos derechos y necesidades, sino para excluirlos del discurso y la práctica de la razón adulta, inalcanzable para los infantes y los menores de esa época (Coord. Maldonado, 2015, p. 11).

El primer Tribunal especializado en justicia juvenil (que surge en el Estado de Illinois - Estados Unidos, en 1989) aplicó un modelo basado en la posibilidad de reformar la conducta de las personas menores de edad, por medio de la extracción de éstas de su escuela y vecindario, con la intervención del juez, pues se consideraba que de esta manera se aseguraría el cuidado individualizado de quienes habían delinquido (Rodríguez 2000, Merlo y Benekos 2003).

Autores como Díaz (2009) han definido este modelo como eufemístico, pues afirman que “bajo conceptos como “tutela”, “medidas” o “educación”, se disfrazó a un sistema represivo, invasivo y desconocedor de los derechos fundamentales que asistían a los menores de edad que

cometían delitos”, convirtiéndose en “un sistema punitivo sin límites ni garantías” (Ministerio de Justicia y del Derecho, 2015, p. 88).

### **1.1.2. Modelo Garantista:**

A diferencia del sistema tutelar, en este modelo se considera a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos con capacidad jurídica propia, en donde se le otorgan garantías procesales tales como: no ser privado de libertad de manera arbitraria, ser tratado con humanidad y respeto, el derecho a contar con asistencia jurídica, la presunción de inocencia, derecho a recibir información sobre los cargos en su contra, el derecho al respeto de su vida privada, entre otros.

Este modelo surge con la aprobación de la Convención de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas de 1989, instrumento que reconoce el carácter de sujeto a los niños, niñas y adolescentes, obligando a los Estados partes a reconocer todos los derechos y las garantías procesales que tiene cualquier sujeto de derecho, incluyendo las personas menores de edad.

### **1.1.3. Código del Menor en Colombia**

Dado que estos dos paradigmas (el tutelar y el garantista) se dieron de manera transitoria, no es posible verlos como modelos separados por una gran ruptura. Es más preciso afirmar que éstos hacen parte de dos etapas distintas de la historia del derecho de la infancia en América Latina; “una primera etapa que arranca desde 1919 hasta 1939, en la que se introduce el concepto de justicia de menores y otra que comienza a partir del año 1990 en evolución hasta nuestros días” (Maldonado, 2015, p. 17).

Antes del comienzo de esta segunda etapa, se decretó en Colombia Código del Menor (Decreto 2737 de 1989); el cual, en consecuencia, se erigió sobre la base de los modelos tutelar y garantista de justicia juvenil, estableciendo reglas de carácter penal destinadas a corregir y controlar a los llamados, hasta ese momento, “menores”.

Los objetivos principales del Código del Menor se resumen en la consagración de los derechos fundamentales del menor. Entre éstos, cabe mencionar, el establecer unos principios rectores, tanto para prevenir situaciones irregulares como para corregirlas; definir las situaciones irregulares; determinar las medidas que deben adoptarse para proteger “al menor” que se encontrara en una “situación irregular”; señalar competencias, procedimientos y servicios para su aplicación y la protección del menor.

Como puede observarse, este Código, tuvo una gran inclinación por el sistema tutelar, donde “el *menor*” era aquel niño o niña que se hallaba en situación irregular, aunque también incluyó principios del sistema garantista.

## **1.2. Evolución de los instrumentos Internacionales que establecen los derechos de los niños, niñas y adolescentes**

### **1.2.1. Declaración de Ginebra**

Pese a que no tuviera un carácter vinculante, la Declaración de Ginebra, es ampliamente reconocida como el primer instrumento internacional que habla sobre los derechos de los niños, niñas y adolescentes, como sujetos de especial protección. Su autora, Eglantyne Jebb, Fundadora de la Asociación Save The Children, envió este texto a la Sociedad de Naciones indicando que

estaba “convencida de que se deben exigir ciertos derechos para la infancia y trabajar en pro de un reconocimiento general de estos derechos” (Sistema de Protección de Menores, 2013) .

Este documento estableció cinco puntos a partir de los cuales se garantizan unas mínimas condiciones para los niños y niñas. Éstos son: 1. Que tengan las condiciones suficientes para desarrollarse normalmente desde un punto de vista espiritual y material. 2. Que sean alimentados, si tienen hambre; sean atendidos, si están enfermos; sean reeducados, si están desadaptados; sean ayudados, si tienen algún impedimento; y que aquellos niños y niñas huérfanos sean recogidos y ayudados. 3. Que sean los primeros en ser atendidos en caso de calamidad. 4. Que puedan tener condiciones para ganarse la vida y sean protegidos de cualquier explotación. Y por último, 5. Que sean educados, inculcando en ellos /as la voluntad de poner sus mejores cualidades al servicio de los demás.

Como se puede observar, este instrumento ya estaba empezando a delinear las bases de algunos de los postulados que regirían más adelante los conceptos de interés superior y protección especial, al afirmar que debe brindárseles socorro en primera instancia en caso de calamidad y que deben proporcionárseles unas mínimas condiciones de educación, salud y alimentación.

Por su parte, respecto a la participación de los niños y niñas no constituye un gran cambio en la concepción que se tiene de éstos /as, pues plantea es una serie de obligaciones de los adultos hacia ellos /as y no al contrario. Así como tampoco plantea nada respecto a su derecho a ser oídos o a manifestarse con respecto a sus propias condiciones, necesidades o desacuerdos.

### **1.2.1. Declaración de los Derechos del niño**

En el año 1959, la Asamblea General de las Naciones Unidas proclamó la Declaración de los Derechos del Niño. Esta Declaración sí tuvo un carácter vinculante, como se afirmó anteriormente, fue el documento que configuró el principio de interés superior del niño. Su objetivo fue buscar garantizar a niños y niñas una infancia feliz, a través de la enunciación de una serie de derechos y libertades y de la exhortación a los padres, a la sociedad y a los gobiernos nacionales “a que reconozcan esos derechos y luchen por su observancia con medidas legislativas y de otra índole adoptadas progresivamente” (Declaración de los derechos del niño, 1959).

Con respecto a la protección especial que debe brindárseles a niños y niñas, la Declaración establece “que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento” (Declaración de los derechos del niño, 1959).

La Declaración de los Derechos del Niño representa un gran avance en la concepción de los derechos de los niños, al incorporar dentro de su articulado el concepto de Interés Superior del Niño -aunque no con la trascendencia que lo hará más adelante la Convención de los Derechos del Niño- y de protección especial. Estos dos postulados serán mencionados subsecuentemente en múltiples sentencias y tratados internacionales y serán la base para muchos de los cambios que vendrán más adelante en materia de justicia juvenil, pues insta a los Estados a que 1. Brinden especial protección a los niños, niñas y a adolescentes, y dispongan de oportunidades y servicios para que ellos y ellas “puedan desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad” (Declaración de los derechos

del niño, 1959) y 2. Que al promulgar leyes con este fin, se tome como consideración fundamental su interés superior.

### **1.2.2. Convención sobre los derechos del niño**

En el año 1989 es aprobada, como tratado internacional, la Convención Sobre los Derechos del Niño. Este instrumento es el primero que menciona específicamente el derecho de niños y niñas a ser oídos /as, pues dispone, en su artículo 12, que:

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.
2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional. (CDN, 1989, p. 14)

Además de constituir un importante avance en el tema de participación de niños, niñas y adolescentes, la jerarquía de la Convención radica en la definición que hace ésta de los Derechos de los Niños/as, así como algunos conceptos relacionados con éstos. Dentro de los cuales están dos de especial interés para el presente documento: el de protección especial y el de interés superior.

Esta convención define a los niños y niñas como aquellos seres humanos, menores de dieciocho años, “salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría

de edad” (Convención de los Derechos del Niño 1989, p. 10). Y establece en su artículo N° 3 que los Estados Partes deben comprometerse a asegurar a los niños y niñas “la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas”<sup>1</sup>. (Convención de los Derechos del Niño 1989. p. 10)

El interés superior del niño, es un concepto crucial, a la hora de hablar sobre el derecho a la participación de los niños, niñas y adolescentes en los sistemas de administración de justicia juvenil, ya que ha permeado e influenciado las modificaciones a este sistema de justicia. Como afirma Hadechini (2016), el paso del modelo tutelar al de protección integral de los derechos constituye un cambio de paradigma en los sistemas penales destinados al juzgamiento de menores. Según la autora, esta ruptura se da cuando “se pasa de comprender al menor de edad como un sujeto pasivo, incapaz de ejercer sus derechos o asumir sus responsabilidades, a asumirlo como sujeto de derechos, activo, con capacidad de agencia” (Hadechini 2016, p. 15).

El de protección especial, por su parte, resalta el hecho de que la agencia de los NNA se ve determinada por el hecho de que éstos se encuentran “en un momento transitorio de desarrollo social, biológico, psíquico y, por tanto, jurídico”. Y es por esta razón, que este paradigma aboga

---

<sup>1</sup> Además reconoce que este concepto ha sido enunciado en múltiples tratados, incluyendo la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y los dos instrumentos previamente mencionados.

por la despenalización y por la configuración de una “pluralidad de medidas sancionatorias apropiadas para su edad y condición” (Hadechini 2016, p. 15).

### **1.2.3. Efectos de la Convención Internacional de los Derechos del Niño en la legislación colombiana**

Como subraya Maldonado (2015), gracias a la Convención, en casi todos los países del mundo, se inicia una transformación en la forma de ver a los niños, niñas y adolescentes pues, “si bien antes los niños eran objeto de protección y de la sujeción tutelar ahora eran considerados ciudadanos con derechos y responsabilidades con autonomía progresiva que los hacía estar sujetos a la ley, pero con restricciones dada su minoría de edad. (p. 17) Esto, por supuesto, también obligaría a los Estados a cambiar los sistemas de justicia dirigidos a esta población. Sin embargo, en Colombia, la adecuación normativa de justicia juvenil a la Convención Internacional de los Derechos del niño, se tardó varios años, en principio porque apenas entraba en vigencia el Código del Menor y su implementación estaba en curso.

En el año 2002, “académicos, entidades gubernamentales y del Ministerio Público formularon un proyecto de ley integral para la infancia y la adolescencia en Colombia” que buscaba precisamente adecuar la normativa respectiva a justicia juvenil a los postulados de los instrumentos y pactos internacionales que hacían parte del bloque constitucional. Este grupo se autodenominó “Alianza por la Niñez Colombiana y en el año 2003 formularon el “proyecto de Ley 032 de 2004, que giraba alrededor del reconocimiento de los Principio del Interés Superior de los Niños, Niñas y Adolescentes y de la Prevalencia de sus Derechos”. Este proyecto fue retirado por sus ponentes en primer debate, pues consideraron que no “contaban con el tiempo suficiente para tramitarlo como ley estatutaria” y, tras un años más de estudios por áreas temáticas y de trámites,

el proyecto fue vuelto a presentar el “17 de agosto de 2005, debidamente respaldado por el Procurador General de la Nación, el Defensor del Pueblo, 40 Representantes a la Cámara y 5 Senadores” y sancionado como ley el día 8 de noviembre del año 2006 (Vargas Prentt, 2006)

Paralelamente al proceso por medio del cual se logró establecer en Colombia el Código de Infancia y Adolescencia, la Constitución de 1991 también ocasionaría cambios sustanciales en el sistema jurídico colombiano, a través de la creación de la Corte Constitucional; Corporación que desde sus inicios realizó pronunciamientos destacables en materia de responsabilidad penal de personas menores de 18 años en vigencia del Decreto 2737 de 1989.

Bajo este entendido, si bien la normatividad vigente al momento de entrada en vigencia de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, no fue modificada, a través de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se incluyen conceptos importantes como el interés superior del niño a la hora de juzgar conductas delincuenciales de menores de 18 años.

Adicionalmente, la misma Corte Constitucional en sus fallos, cita la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que se ha encargado de ampliar y desarrollar el tema de protección de los derechos humanos y los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Por esta razón, para desarrollar los objetivos del presente trabajo, es importante retomar la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional, organismos que han incidido en la transformación del sistema penal juvenil en Colombia.

### **1.3. Desarrollo jurisprudencial de los derechos de los niños en los sistemas de responsabilidad juvenil y el interés superior del niño**

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha abordado y desarrollado ampliamente el tema de protección de los derechos de los niños y niñas, haciéndose necesario resaltar los principales pronunciamientos referentes al interés superior del niño y el derecho a la participación. Y, para concluir el presente capítulo, se realizará una revisión de la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana, destacando los fallos proferidos en los temas ya referidos. Estudio que servirá de ilustración para delimitar la posición de este alto tribunal.

#### **1.3.1. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

##### **1.3.1.1. Interés superior del niño**

La Convención Americana de Derechos Humanos estableció en su artículo 19 que las personas menores de edad deben recibir “medidas especiales de protección”. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, al interpretar este artículo, estableció la obligación de respeto y garantía de los derechos, para casos en que el titular del derecho es un menor de 18 años, toda vez que son individuos de especial protección, en donde debe primar el interés superior, ameritando cuidados especiales, tomando en cuenta su inmadurez, debilidad e inexperiencia.

Los primeros pronunciamientos de la Corte Interamericana, apuntan a imprimir contenido a la obligación del artículo 19.

En el Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México, caso en el que las víctimas son menores de 18 años de edad, la Corte hace referencia a la prevalencia del interés

superior del niño y define este concepto como “la necesidad de satisfacción de todos los derechos de la infancia y la adolescencia”. Además afirma que el interés superior, en cuanto principio, “irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad” y obliga a los Estados a “prestar especial atención a las necesidades y los derechos de las presuntas víctimas en consideración a su condición de niñas, como mujeres que pertenecen a un grupo en una situación vulnerable (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2017, p. 5)

Para el año 2010, la Corte Interamericana emite el fallo dentro del caso Rosendo Cantú y otra Vs. México y establece, basada en la Observación N°10 (2009), unas reglas de garantía respecto al interés superior del niño:

i) suministrar la información e implementar los procedimientos adecuados adaptándolos a sus necesidades particulares, garantizando que cuenten con asistencia letrada y de otra índole en todo momento, de acuerdo con sus necesidades; ii) asegurar especialmente en casos en los cuales niños o niñas hayan sido víctimas de delitos como abusos sexuales u otras formas de maltrato, su derecho a ser escuchados se ejerza garantizando su plena protección, vigilando que el personal esté capacitado para atenderlos y que las salas de entrevistas representen un entorno seguro y no intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado, y iii) procurar que los niños y niñas no sean interrogados en más ocasiones que las necesarias para evitar, en la medida de lo posible, la revictimización o un impacto traumático en el niño. (p. 74)

En el año 2014, dentro del Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala, la Corte determina que las medidas especiales de protección en atención al interés superior del niño deben adoptarse

tomando en cuenta las circunstancias particulares de cada caso concreto, estableciendo obligaciones correlativas tanto para el Estado, la sociedad y la familia, debiéndose adoptar medidas mucho más estrictas cuando se trata de violaciones de derechos humanos en los que resulten involucrados menores de edad.

Se concluye que, toda “decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho, debe tomar en cuenta el interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia” (Opinión consultiva oc-17, 2002, p. 60).

### **1.3.1.2 Protección especial de la infancia**

Como se señaló en lo respectivo a la Convención sobre los Derechos del Niño, es importante destacar que los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos –menores y adultos- y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado. En el mismo sentido, conviene observar que, para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, así como el artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, establecen que éste requiere “cuidados especiales”. En ambos casos, la necesidad de adoptar esas medidas o cuidados proviene de la situación específica en la que se encuentran los niños, tomando en cuenta su debilidad, inmadurez o inexperiencia.

En cuanto a las medidas de protección de los niños, los instrumentos internacionales tienen como objetivo último el desarrollo armonioso de la personalidad de aquéllos y el disfrute de los derechos que les han sido reconocidos. Corresponde al Estado, entonces, precisar las medidas que adoptará para alentar ese desarrollo en su propio ámbito de competencia y apoyar a la familia en

la función que ésta naturalmente tiene a su cargo, para brindar protección a los niños que forman parte de ella.

Este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades. Por otra parte, es preciso ponderar no sólo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se halla el niño.

La opinión consultiva OC-17/02, que se refiere a la condición jurídica y Derechos Humanos del Niño, establece “La protección de los niños en los instrumentos internacionales tiene como objetivo último el desarrollo armonioso de la personalidad de aquéllos y el disfrute de los derechos que les han sido reconocidos” (p. 60). Y afirma que “corresponde al Estado precisar las medidas que adoptará para alentar ese desarrollo en su propio ámbito de competencia y apoyar a la familia en la función que ésta naturalmente tiene a su cargo para brindar protección a los niños que forman parte de ella” (p. 60).

La adopción de medidas especiales para la protección del niño corresponde tanto al Estado como a la familia, la comunidad y la sociedad a la que aquél pertenece. Sobre este punto, el artículo 16 del Protocolo de San Salvador manifiesta que:

Todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que sus condiciones de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Todo niño tiene el derecho de crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre. Todo niño tiene derecho a la educación gratuita y obligatoria, al

menos en su fase elemental, y a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo (1988).

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

### **1.3.1.3 El derecho a ser oído**

El derecho del niño, niña y adolescente a ser escuchado, es uno de los pilares fundamentales de la Convención de los Derechos del Niño, contemplado en el artículo 12, aplicable a todos los procedimientos judiciales o administrativos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, se ha referido en varias decisiones a este derecho, ampliando su concepto y estableciendo pautas para su debida garantía y ejercicio.

En el caso *Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*<sup>2</sup> se hace referencia de manera específica, la Observación General No. 12 de 2009 del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, que resaltó la relación entre el “interés superior del niño” y el derecho a ser escuchado, al afirmar que:

No es posible una aplicación correcta del artículo 3 [(interés superior del niño)] si no se respetan los componentes del artículo 12 (derecho a ser oído). Del mismo modo, el artículo

---

<sup>2</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012.

3 refuerza la funcionalidad del artículo 12 al facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten su vida (Cuadernillo de Jurisprudencia No.5 de la corte IDH, p. 43).

El derecho a ser escuchado, según la Corte Interamericana, adquiere una relevancia especial, cuando se trata del interés superior, por cuanto todas las decisiones que afecten o intervengan la vida de un niño, niña o adolescente, deben ser comunicadas y explicadas, suministrando la información necesaria, de acuerdo a su edad y madurez, de tal suerte que cuando se adopten decisiones tanto judiciales y administrativas, el niño, niña o adolescente, haya sido escuchado previamente.

Con el fin de asegurar la efectividad del derecho a ser escuchado, la Opinión Consultiva OC-21/14 establece que:

Los Estados deben garantizar que el proceso se desarrolle en un entorno que no sea intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado a la edad de la niña o niño y que el personal encargado de recibir el relato esté debidamente capacitado, de modo que la niña o el niño se sienta respetado y seguro al momento de expresar su opinión en un entorno físico, psíquico y emocional adecuado (párr. 123).

Según la Corte Interamericana, los niños, niñas y adolescentes, ejercen sus derechos de manera progresiva en la medida que van logrando su madurez y mayor autonomía personal; por ello es tan importante que las autoridades que conozcan de un caso en el que esté involucrado un niño, niña o adolescente, tengan en cuenta todos los aspectos que aseguren una real y efectiva participación en las decisiones que los afecten; que sus opiniones sean tenidas en cuenta y evaluadas. Esta posición es reiterada en el caso Furlan y Familiares Vs. Argentina.

### **1.3.2. Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana**

Como se explicó previamente, el principio del interés superior del niño, tiene su asidero en la Convención de los Derechos del Niño y cada Estado que la ha ratificado se obliga a garantizar las condiciones mínimas para el pleno goce de los derechos de los niños, adquiriendo el deber de ampliar y potencializar, con el paso de los años, las condiciones para que los niños accedan a una vida digna, con igualdad de oportunidades, erradicando la discriminación, de tal manera que todo el catálogo de derechos se cumpla ampliamente.

Los diferentes pronunciamientos de la Corte Constitucional Colombiana, desde sus inicios en 1991, demuestran el interés de este alto tribunal de proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes, reconociendo la necesidad de otorgarles un trato preferente, acorde con su situación jurídica y como sujetos de especial protección. Así mismo, la Constitución Política de Colombia (1991) estableció en su Artículo 44 que “los derechos de los niños(as) prevalecen sobre los derechos de los demás, como consecuencia del especial grado de protección que ellos requieren, por sus condiciones de vulnerabilidad y su estado de indefensión y la atención especial con que se debe salvaguardar su proceso de desarrollo y formación” (Constitución., 1991).

El interés superior del niño, establecido en la Convención de los Derechos del Niño, artículo 3, se reitera en Colombia también en el Artículo 8 de la ley 1098 de 2006, ley que expide el Código de la infancia y la adolescencia, en el cual se consagra que: “se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus derechos humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes” (ley 1098, 2006).

Una de las primeras sentencias de la Corte Constitucional respecto al interés superior del niño, es la T-408 de 1995. Esta establece que:

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 que podía intervenir mediante representante) y, en la gran mayoría de situaciones que lo afectaban, prácticamente era inexistente o muy reducida. (Sentencia T-408, 1995)

Así la Corte, deja por sentado en este fallo, que los niños, niñas y adolescentes, son sujetos de derechos, como cualquier otra persona, y merecen un tratamiento acorde con su dignidad. A parte de ello, en este fallo se fijó que “la garantía de un interés jurídico supremo consistente en el desarrollo integral y sano de la personalidad del menor”, además, estableció que el interés superior del niño es un principio práctico, “en cuanto se relaciona con las particulares necesidades del menor y con sus especiales aptitudes físicas y psicológicas”, es “un concepto relacional, pues el “ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de los derechos del menor” y es “independiente del criterio arbitrario de los demás, pues su existencia y protección no dependen de la voluntad de los padres o los funcionarios”. (Sentencia T-408, 1995). Más adelante, la sentencia T-510/03, ampliaría esta última característica, afirmando que, pese a que la mencionada independencia del interés superior del niño, no implica que al momento de determinar cuál es la opción más favorable para un menor en particular, no se puedan tener en cuenta los derechos e intereses de las personas vinculadas con tal menor, en especial los de sus padres (Sentencia T-510, 2003).

Esta misma sentencia establece que el principio del interés superior del niño “no constituye un ente abstracto, desprovisto de vínculos con la realidad concreta, sobre el cual se puedan formular reglas generales de aplicación mecánica”, sino que solo “se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad, que, en tanto sujeto digno, debe ser atendido por la familia, la sociedad y el Estado con todo el cuidado que requiere su situación personal” (Sentencia T-510, 2003).

Y, más adelante, señala los criterios jurídicos para garantizar el mencionado principio, afirmando que éste consiste en “asegurar el desarrollo armónico, integral, normal y sano de los niños, desde los puntos de vista físico, psicológico, afectivo, intelectual y ético, así como la plena evolución de su personalidad” y que esta obligación, “compete a la familia, la sociedad y el Estado, quienes deben brindar la protección y la asistencia necesarias para materializar el derecho de los niños a desarrollarse integralmente, teniendo en cuenta las condiciones, aptitudes y limitaciones propias de cada menor” (Sentencia T-510, 2003).

Posteriormente, frente al tema de la protección especial de las personas menores de edad, la sentencia T-510, afirma que:

Se debe resguardar a los niños de todo tipo de abusos y arbitrariedades, y se les debe proteger frente a condiciones extremas que amenacen su desarrollo armónico, tales como el alcoholismo, la drogadicción, la prostitución, la violencia física o moral, la explotación económica o laboral, y en general, el irrespeto por la dignidad humana en todas sus formas. En este orden de ideas, las distintas situaciones irregulares que consagra el Código del Menor proporcionan un catálogo de riesgos graves para los menores que se deben evitar a toda costa; sin embargo, dicha enunciación no agota todas las distintas situaciones que

pueden constituir amenazas para el bienestar de cada niño en particular, las cuales deberán determinarse atendiendo a las circunstancias del caso concreto.

Posteriormente, en el año 2011, la sentencia T-580A-2011 establece que los jueces y funcionarios administrativos deben tener “un grado especial de diligencia, celo y cuidado al momento de adoptar sus decisiones, mucho más tratándose de niños de temprana edad, cuyo proceso de desarrollo puede verse afectado en forma definitiva e irremediable por cualquier decisión que no atienda a sus intereses y derechos” (Sentencia T-580ª, 2011). Y afirma nuevamente que en la aplicación de las disposiciones jurídicas debe tenerse en cuenta cuál es la solución que mejor satisface el interés superior del niño, en relación a las circunstancias fácticas de las personas menores de 18 años implicados.

Como se puede observar, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, a través de sus diferentes pronunciamientos, no solamente ha fijado los criterios jurídicos generales, para determinar el interés superior del niño, y materializar el carácter prevalente de sus derechos fundamentales, con miras a tomar la decisión que corresponda en cada caso, sino que también ha dejado sentado que es necesario tomar en consideración las condiciones específicas de las personas menores de 18 años, dejando que el participe en todas las etapas del proceso y permitiéndole un mayor acceso al examen de su propio caso.

Posteriormente en la sentencia T-012-2012, partiendo de la disposición contenida en el artículo 44 de la Constitución, reitera que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás, imponiendo no sólo a la familia, sino a la sociedad y al Estado la obligación de asistir y proteger al niño, con la finalidad de permitir el pleno ejercicio y la eficacia de sus derechos, conclusión muy semejante a la expuesta por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Destaca la Corte Constitucional en sentencia T-260/12, que los derechos de los niños, niñas y adolescentes, tienen consagración no solamente a nivel interno por la misma constitución nacional, sino que es una obligación internacional del Estado por encontrarse en los instrumentos internacionales que hacen parte de nuestro Estado social de derecho.

El Estado y sus autoridades no deben desconocer la situación de indefensión, vulnerabilidad y debilidad de esta población y la necesidad de garantizar un desarrollo armónico e integral de la misma. Resalta la Corte, que esta especial protección se brinda por la falta de madurez física y mental, que torna la niñez como especialmente vulnerable frente a todo tipo de riesgos. Por esta condición necesitan protección y cuidados especiales, tanto en términos materiales, psicológicos y afectivos, como en términos jurídicos, para garantizar su desarrollo armónico e integral y proveer las condiciones que necesitan para convertirse en miembros autónomos de la sociedad.

Por último cabe resaltar el fallo de la sentencia C-113/17 a través de la cual la Corte destaca que tanto de los instrumentos internacionales como del artículo 44 constitucional, se ha derivado la transversalidad del principio universal del interés superior del niño, recogido legalmente por el Código de la Infancia y la Adolescencia, al afirmar que la ley de infancia reconoce que los menores de 18 años son sujetos titulares de derechos, y que tanto el Estado, la sociedad y la familia están llamados a garantizarlos y reconocerlos propendiendo por la satisfacción integral de sus derechos, bajo una comprensión universal, prevalente e interdependiente de los bienes de los que son titulares.

En conclusión, puede afirmarse que a partir del S. XX, en el contexto occidental, se fue transformando la concepción ontológica y jurídica de las personas menores de edad, a partir de la revisión de los modelos tutelar y garantista.

La “ideología tutelar” fue un sistema de protección represión que consideraba a los niños y niñas en “situación irregular” como objetos de protección, necesitados de un tratamiento fundamentado en la disciplina, acompañado de serias violaciones a los derechos fundamentales.

Por su parte, el sistema garantista, herencia en gran medida de las disposiciones de la Declaración de los Derechos del Niño y de la Convención de los Derechos del Niño, subrayó la necesidad de entender a las personas menores de edad como personas libres y autónomas, con plenitud de derechos, que, de acuerdo a su edad y a su madurez, pueden decidir sobre su propia vida, asumir responsabilidades e involucrarse en la toma de decisiones que les conciernen.

Adjuntos a este nuevo sistema de pensamiento, los conceptos de interés superior y protección especial, establecieron la importancia de reconocer a los niños, niñas y adolescentes como personas en desarrollo, cuyos derechos deben prevalecer sobre los de los demás. Estas nociones fueron adquiriendo contenido gracias a una multiplicidad de instrumentos internacionales y a los pronunciamientos de las Cortes.

Finalmente, con relación a las garantías procesales de participación del menor infractor se puede afirmar que cuando el menor infractor se enfrenta al aparato judicial encargado de determinar responsabilidad en una conducta delictiva, sus derechos serán protegidos y reconocidos de acuerdo a la Constitución Política., no obstante, en la práctica se evidencia desprotección y situaciones desfavorables de acuerdo a los informes de seguimiento de autoridades de control.

Por lo tanto el análisis del proceso del menor infractor de la ley penal, debe incluir: los actores, las etapas del proceso, la entrevista, la audiencia de juzgamiento, las medidas impuestas y su duración, entre otras, para realizar una comparación entre lo establecido en el SRPA colombiano respecto de la normatividad Nacional e Internacional, a efecto de determinar si existen las garantías de participación como objeto de protección en el ejercicio práctico.

## **2. Instrumentos internacionales que protegen el derecho a la participación de los niños, niñas o adolescentes de cara al Sistema de Responsabilidad Penal de Adolescentes**

En el presente capítulo se abordarán los diferentes instrumentos internacionales de protección del derecho a la participación de los niños, niñas y adolescentes, iniciando con la Convención de los Derechos del Niño, considerado como el avance más importante en el ámbito del derecho a la participación.

Posteriormente se revisarán las precisiones que ha hecho la Observación General N° 12 del Comité de los Derechos del Niño, en la cual se hace una evaluación de las acciones que los estados parte han realizado para establecer en sus jurisdicciones una administración de justicia de niños, niñas y adolescentes conforme a la Convención de los Derechos de los Niños, amplía algunos de los conceptos y derechos incluidos en dicha Convención y da recomendaciones y orientaciones para promover la garantía de los mismo.

Como tercer punto se abordarán algunas de las reglas incluidas en las directrices de la RIAD que tienen que ver sobre todo con la incidencia de los niños, niñas y adolescentes en la sociedad y en algunas de sus instituciones más importantes: la familia, la educación y los medios de comunicación. Para más adelante, abordar algunas de las normas incluidas en las Reglas de Beijing y las Reglas de la Habana, las cuales establecen las condiciones para la privación de la libertad de

y personas en general (respectivamente), destacando aquellas que tienen que ver con la participación de las personas inmersas en procesos de administración de justicia.

El último instrumento internacional abordado es la Convención Americana de Derechos Humanos, de la cual se toma principalmente en el artículo 8, el cual establece las garantías judiciales a las que tiene derecho cualquier persona que sea inculpada de un delito y se enuncian algunas de las precisiones que ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Y para terminar se citan dos sentencias de la misma Corte, en las que se abordan casos de vulneración al derecho a la participación de niños, niñas y adolescentes, por razones diferentes: En el primer caso se presenta la exclusión a las opiniones y en el segundo caso se vulneró el derecho a ser notificado a través de una tercera persona que está bajo custodia del Estado.

## **2.1. Convención de los Derechos del Niño**

El concepto de “participación de los niños, niñas y adolescentes” se desarrolla en la normatividad internacional y particularmente en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. Como se mencionó en el capítulo anterior, el artículo 12 de la Convención establece el derecho del niño a ser escuchado y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta. Este artículo constituye la clave de los derechos relacionados con la participación de los niños, niñas y adolescentes y contempla dos puntos importantes: La garantía del derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan, en función de su edad y madurez, y la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, ya sea directamente, o a través de su representante, de acuerdo al procedimiento establecido en la ley nacional.

Etimológicamente, la palabra “participación” significa “ser parte de algo”. Esta definición de participación abre una nueva línea de comprensión al resaltar que existe una codependencia entre el individuo y el entorno en el cual se participa, pues si bien el hecho de participar genera una transformación en los sujetos, dicha participación también genera cambios en la sociedad. En este sentido, la participación constituye un objetivo, así como el método usado para lograr el objetivo, y parte del reconocimiento de que los niños, las niñas y los adolescentes son titulares de derechos, son conscientes de sus derechos y tienen un papel en la identificación de sus necesidades.

Como la participación es un concepto tan amplio y su lectura puede ser equívoca es importante subrayar que existen unos mínimos requerimientos para que ésta sea efectiva. La organización Save the Children ha dispuesto para ello unos estándares que identifican siete áreas para que la participación sea de calidad. Estos son: que sea transparente, honesta y responsable; que sea voluntaria; que se dé en un entorno amigable para la niñez; que se dé en igualdad de oportunidades; que el personal genere confianza; que se promueva la seguridad y protección de quien participa y que se asegure su evaluación y seguimiento (Shier, 2010, p. 9)

1. Un enfoque ético: Transparencia, honestidad y responsabilidad. 2. La participación de la niñez es voluntaria, apropiada y relevante. 3. Un entorno favorecedor y amigable para la niñez. 4. Igualdad de oportunidades. 5. El personal trabaja con efectividad y confianza. 6. La participación promueve la seguridad y protección de la niñez. 7. Asegurar el seguimiento y la evaluación.

El derecho del niño a ser escuchado es uno de los cuatro principios rectores de la Convención sobre los Derechos del Niño y se constituye en la base para la interpretación y aplicación de todos los derechos contenidos en la Convención pues por medio de él recae sobre

los Estados Partes la clara obligación jurídica de escuchar las opiniones del niño y tenerlas debidamente en cuenta. “Tal obligación supone que los Estados Partes, con respecto a su respectivo sistema judicial, deben garantizar directamente ese derecho o adoptar o revisar leyes para que el niño pueda disfrutarlo plenamente” (Observación General N° 12).

Además, del derecho a ser oído, la Convención establece otros derechos que reconocen “la agencia de los niños, niñas y adolescentes como miembros activos de la sociedad” (Defence for Children, 2016, p. 14) y promueven que se garantice su participación en ella. Entre éstos pueden mencionarse: el derecho a buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, siempre que ello no vaya en menoscabo del derecho de otros (Convención de los Derechos del Niño, Artículo 13); el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (Convención de los Derechos del Niño, Artículo 14); y el derecho a la libertad de culto, libertad de asociación y a la libertad de celebrar reuniones pacíficas (Convención de los Derechos del Niño, Artículo 15).

Otra de las miradas que puede dársele a la participación de los niños, niñas y adolescentes en la sociedad es su incidencia implícita en ámbitos como la comunicación masiva y la educación. Con relación a los medios de comunicación social, la Convención afirma que éstos, al desempeñar un papel importante en la difusión de información destinada a los niños, deben promover su bienestar moral, el conocimiento y la comprensión entre los pueblos y el respeto de la cultura del niño. “En este sentido es obligación del Estado tomar medidas de promoción al respecto y proteger al niño contra toda información y material perjudicial para su bienestar” (Convención de los Derechos del Niño, Artículo 17). Y con respecto a la educación, la Convención subraya que ésta tiene que estar orientada a desarrollar la personalidad y las capacidades del niño, a fin de prepararlo para una vida adulta activa, inculcarle el respeto de los derechos humanos elementales y desarrollar

su respeto por los valores culturales y nacionales propios y de civilizaciones distintas a la suya (CDN, Artículo 19).

### **2.1.1. La participación en los procesos de administración de justicia**

Con relación a los procesos de administración de justicia, la Convención de los Derechos del Niño, contempla el derecho de los niños, niñas y adolescentes, que presuntamente hayan infringido las leyes penales o que se acusen o declaren culpables, a ser tratados de manera digna, fortaleciendo en ellas/os el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros. Es importante también que se tenga en cuenta su edad y la importancia de promover su reintegración en la sociedad.

Además, los Estados Partes de la Convención deben garantizar a las personas menores de 18 años que estén en conflicto con la ley el ser informados sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra ellos/as y que dispongan de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa.

Adicionalmente no serán obligados a prestar testimonio o a declararse culpables, podrán interrogar o hacer que se interroge a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad. Cuando una persona menor de 18 años no comprenda o no hable el idioma utilizado deberá contar con la asistencia gratuita de un intérprete. Y por último, de respetarse plenamente la vida privada de los niños, niñas y adolescentes en todas las fases del procedimiento judicial.

## **2.2. Observación General No. 12, el derecho del niño a ser escuchado**

El Comité de los derechos del niño en su observación General No. 12, determinó con relación al derecho que tienen los niños a ser escuchados en los asuntos que los afectan, que todas sus opiniones se tengan debidamente en cuenta. Se constituye entonces en una obligación de los Estados partes de la Convención de los Derechos del Niño desmantelar las barreras jurídicas, políticas, económicas, sociales y culturales que inhiben la oportunidad de que los niños sean escuchados. De acuerdo con la Observación General No. 12, el objetivo del artículo 12 es hacer frente a los prejuicios acerca de la capacidad de los niños y estimular la creación de entornos que puedan potenciar y demostrar su capacidad. También hace énfasis en que un juicio justo supone que el niño, niña o adolescente, “a quien se acuse de haber infringido esas leyes, sea capaz de participar de manera efectiva en el juicio” (UNICEF, 2007, párr. 40). Dicha participación efectiva solo se logra en la medida en que el niño o la niña “comprenda las acusaciones, las posibles consecuencias y sanciones, con el fin de dirigir su representación legal, contrarrestar a los testigos, para proporcionar una relación de acontecimientos, decisiones apropiadas acerca de pruebas, testimonios y la(s) medida(s) a imponer” (UNICEF, 2009, p. 10).

El Comité de los Derechos del Niño hace, sin embargo, una claridad importante al resaltar que la aplicación del derecho a ser escuchado debe evaluarse en cada caso, según la edad y la madurez del niño. Esto quiere decir que:

La edad en sí misma no puede determinar la trascendencia de las opiniones del niño. Los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a su edad biológica. Se ha demostrado en estudios que la información, la experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales y el nivel de apoyo contribuyen al desarrollo de la

capacidad del niño para formarse una opinión. Por ese motivo, las opiniones del niño tienen que evaluarse mediante un examen caso por caso (UNICEF, 2009, p. 10).

Además, el Comité hace énfasis en que el artículo 12 de la convención no impone ningún límite de edad al derecho de los niños, niñas y adolescentes a expresar su opinión y desaconseja a los Estados partes que introduzcan por ley o en la práctica límites de edad que restrinjan el derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos que lo afectan. A ese respecto, el Comité, con fundamento en el debate general del año 2004 sobre los derechos del niño en la primera infancia, señala que el concepto de los niños, niñas y adolescentes como portadores de derechos debe ser garantizado desde sus primeras etapas, pues -afirma el documento- los niños y niñas son capaces de formarse opiniones desde muy temprana edad, incluso cuando todavía no puede expresarlas verbalmente (UNICEF, 2009, párr. 21). Para garantizar que estas opiniones sean tenidas en cuenta, el Comité “exige el reconocimiento y respeto de las formas no verbales de comunicación, como el juego, la expresión corporal, facial, el dibujo y la pintura, mediante las cuales los niños [y niñas] muy pequeños [as] demuestran capacidad de comprender, elegir y tener preferencias” (UNICEF, 2009, p. 9).

Frente al derecho que tienen las personas menores de 18 años de expresarse libremente, la Observación General No. 12 indica que el término: “libremente” significa que los niños, niñas y adolescentes pueden expresar sus opiniones sin presión; es decir que no pueden ser manipulados ni influenciados. Además pueden escoger si quieren o no ejercer este derecho. Esta libertad de participación supone, según el documento, que se cumplan una serie de condiciones dentro de las cuales se subrayan: Primero, “la preparación, en donde el niño [niña o adolescente] debe recibir la información necesaria sobre el procedimiento judicial o administrativo en el que interviene” y sobre las consecuencias que puede tener al expresarlas. La segunda condición es que el derecho a

ser escuchado debe darse en condiciones de confidencialidad y en un ambiente propicio que inspire su confianza. Y por último, pero no menos importante, deben “analizarse las condiciones en que se encuentra el niño, para formarse un juicio propio, y explicar la incidencia de sus opiniones en la decisión. La legislación debe garantizar el derecho a ser escuchado” (UNICEF, 2009, p. 10).

### **2.3. Organización de las Naciones Unidas, Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad)**

Las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (En adelante Directrices de la RIAD) parten de la siguiente idea: “Artículo 1: la prevención de la delincuencia juvenil es parte esencial de la prevención del delito en la sociedad. Si los jóvenes se dedican a actividades lícitas y socialmente útiles, se orientan hacia la sociedad y enfocan la vida con criterio humanista, pueden adquirir actitudes no criminógenas” (Naciones Unidas, 1990, prr 1). . Por esta razón, en el artículo 2 se hace énfasis en que la sociedad debe procurar “un desarrollo armonioso de los adolescentes, y respetar y cultivar su personalidad a partir de la primera infancia”(Naciones Unidas, 1990, prr 2).

Pese a que estas reglas no hablan directamente sobre el derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser escuchados, sí dedica uno de sus capítulos a los procesos de socialización, dentro de los cuales comprende a la familia, la educación, la comunidad y los medios de comunicación.

Sobre la familia afirma que ésta debe tener consciencia de los problemas que los afectan. Sobre la educación, la regla No.23 expone que ésta debe “enseñar los valores fundamentales y fomentar: a) el respeto hacia la diferencia, b) el desarrollo de la personalidad, c) la participación, d) el sentimiento de identidad y pertenencia; e) el respeto de las opiniones diversas y d) las

diferencias culturales”; debe también trabajar en cooperación con los padres, las organizaciones comunitarias y dar información a los jóvenes y a sus familias sobre las leyes, y sus derechos y obligaciones con respecto a éstas (Naciones Unidas, 1990, prr, 47-48)

Al igual que la CDN, las directrices de la RIAD, hablan sobre los medios de comunicación y los instan a percatarse de la importancia de su función y su responsabilidad sociales, así como de su influencia en las comunicaciones relacionadas con el uso indebido de drogas y alcohol entre los jóvenes. Por último, en el artículo No.50 sobre la política social, proponen que “los jóvenes deben participar en la formulación de planes y programas que les conciernen” (Naciones Unidas, 1990, prr, 74)

#### **2.4. Organización de las Naciones Unidas. Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores “Reglas de Beijing”**

El artículo 14 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores, (En adelante, Reglas de Beijing), establece que los procedimientos deben llevarse a cabo en un ambiente de comprensión, que permita al niño, niña o adolescente participar y expresarse libremente. Además, establece que, teniendo en cuenta la edad y madurez del niño o niña, también pueden requerirse procedimientos y prácticas judiciales modificadas (Naciones Unidas, 1985, p, 12)

Con relación al derecho a la participación, las Reglas de Beijing contemplan algunos aspectos importantes como: el respeto de las garantías procesales básicas, como la presunción de inocencia; el derecho a ser notificados de las acusaciones, el derecho a no responder, el derecho al

asesoramiento, el derecho a la presencia de los padres o tutores, el derecho a la confrontación con los testigos y a interrogar a éstos y el derecho de apelación ante una autoridad superior.

La regla No. 8 se refiere al derecho a la protección de la intimidad, refiriéndose a que se debe evitar la publicidad indebida o difamación que perjudique a las personas menores de edad. Esta regla establece que el derecho de las personas menores de 18 años a la intimidad debe respetarse en todas las etapas, disponiendo además la no publicación de ninguna información que pueda dar lugar a su individualización (Naciones Unidas, 1985, p, 7).

El párrafo 1 de la regla 14 indica que todo niño, niña o adolescente que haya cometido un ilícito, y cuyo caso no sea objeto de remisión, será puesto a disposición de la autoridad competente (corte, tribunal, junta, consejo, etc.), que decidirá con arreglo a los principios de un juicio imparcial y equitativo. En este mismo sentido, el procedimiento deberá tender a favorecer los intereses del menores de 18 años y se debe dar en un ambiente de comprensión, que permita que éste(a) participe en él y se exprese libremente (Naciones Unidas, 1985, p, 12).

La Regla No. 15 destaca el derecho al asesoramiento jurídico y afirma que las personas menores de 18 años tienen derecho a hacerse representar por un asesor jurídico durante todo el proceso o a solicitar asistencia jurídica gratuita cuando esté prevista la prestación de dicha ayuda en el país. En cuanto a los padres o tutores, establece que tendrán derecho a participar en las actuaciones y la autoridad competente podrá requerir su presencia. No obstante, la autoridad competente podrá denegar su participación si existen motivos para presumir que la exclusión es necesaria en defensa del niño o niña (Naciones Unidas, 1985, p, 13).

Posteriormente en el primer párrafo de la regla 24 se precisa que debe proporcionarse a las personas menores de edad, en todas las etapas del procedimiento, asistencia en materia de

alojamiento, enseñanza o capacitación profesional, empleo o cualquiera otra forma de asistencia, útil y práctica, para facilitar el proceso de rehabilitación (Naciones Unidas, 1985, p, 20).

## **2.5. Organización de las Naciones Unidas. Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (Reglas de la Habana)**

Las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (En adelante Reglas de la Habana) reglas constituyen los “mínimos aceptados por las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad en todas sus formas, compatibles con los derechos humanos y las libertades fundamentales” (Naciones Unidas, 1990a, p, 4).. Las Reglas de la Habana indican que los sistemas de justicia de personas menores de edad deberán respetar sus derechos, su seguridad y fomentar su bienestar físico y mental. Indican también que los Estados deberán además vigilar la aplicación de las reglas, las cuales deben aplicarse sin discriminación alguna (Naciones Unidas, 1990a, p, 4).

En cuanto al asesoramiento jurídico, indican que puede ser de carácter privado y confidencial, dispone además que los informes deberán formar un expediente personal y confidencial, y que todo niño, niña o adolescente que esté inmerso en un proceso de justicia en su contra tendrá derecho a impugnar cualquier hecho u opinión que figure en su expediente, de manera que se puedan rectificar las afirmaciones inexactas, infundadas o injustas . Por último afirma que, al quedar en libertad su expediente será cerrado y, en su debido momento, destruido.

Respecto al internamiento de personas menores de 18 años en establecimientos de detención, las reglas también mencionan algunos puntos que hablan sobre su agencia y que tienen que ver con el tema de este documento. Entre éstas es importante mencionar, la regla 28, la cual

establece que el internamiento de los niños, niñas y adolescentes solo se producirá en condiciones que tengan en cuenta plenamente sus necesidades y situaciones concretas y los requisitos especiales que exijan su edad, personalidad, sexo y tipo de delito. Insta también a que se tenga en cuenta su salud física y mental, y a que se garantice su protección contra influencias nocivas y situaciones de riesgo (Naciones Unidas, 1990 a). Las reglas 24 y 25 exigen que deberá hacerse entrega del reglamento interno, indicándoles los derechos y las obligaciones que adquieren en un idioma que puedan comprender, brindándoles acompañamiento en la comprensión del reglamento (Naciones Unidas, 1990 a).

Con respecto al diseño de los centros de detención, la regla 32 indica que deberá hacerse en función de su rehabilitación, teniendo en cuenta su derecho a la intimidad y a su necesidad de estímulos sensoriales, de posibilidades de asociación con sus compañeros y de participación en actividades deportivas, ejercicios físicos y actividades de esparcimiento (Naciones Unidas, 1990 a).

Así como su derecho a mantener una comunicación adecuada con el mundo exterior, garantizándoles el acceso a radio, tv y cine y el acceso a visitas, comunicación telefónica y la frecuencia con que deben ser realizadas. También exige la existencia de métodos para que los menores de 18 años puedan presentar quejas y peticiones al director del establecimiento (Naciones Unidas, 1990 a).

Por último, con respecto al proceso de reintegración a la sociedad, la regla 80 dispone que las autoridades competentes deben contribuir a atenuar los prejuicios que existen contra los niños, niñas y adolescentes que han estado reclusos. Y deben intentar proporcionarles alojamiento,

trabajo y vestidos convenientes, así como los medios necesarios para que pueda mantenerse después de su liberación, para facilitar su feliz reintegración (Naciones Unidas, 1990 a).

## **2.6. Convención Americana de Derechos Humanos**

Para terminar esta revisión de los instrumentos internacionales de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, destacaremos las disposiciones contenidas en la Convención americana de derechos humanos (en adelante CADH); especialmente los artículos 8 y 25 de la misma; los cuales recogen una serie de condiciones que deben cumplirse con cualquier persona (sin distinción) en un proceso de responsabilidad penal.

Dentro de las garantías judiciales (art. 8), la convención destaca, como primer punto, el derecho de toda persona “a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley” (CADH, Art. 8, parr. 1). Como segundo punto establece que toda persona tiene derecho a que se presuma su inocencia hasta que se dictamine legalmente su culpabilidad y en este proceso debe cumplírsele con garantías como: defenderse personalmente o ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y en privado con él.

Sobre este artículo se refirió la Comisión Interamericana de Derechos Humanos CIDH (En adelante CIDH), en la OC-17/2002, y estableció el Derecho de los niños, niñas y adolescentes a la defensa, que incluye el hecho de contar con el tiempo y los medios para preparar la defensa, tener intérprete o traductor, ser oído, conocer la acusación e interrogar y presentar testigos. Según la CIDH, este convenio, supera la idea de que el niño no necesita defensa, pues el juez asume la defensa de sus intereses. También afirmó que este elemento es angular para el debido proceso del

niño, a fin de que “sea leído como una instancia de diálogo, en la que la voz del niño sea tenida en cuenta, de modo de considerar que lo que él o ella consideren respecto al problema de que está involucrado” (CIDH, 2002, p 24 ).

El derecho a la doble instancia, consagrado en el artículo 8.2.h de la CADH que contempla la garantía de recurrir al fallo ante juez o tribunal superior. “Dicha garantía debe estar vigente en cualquier procedimiento en el que se determinen los derechos del niño, y en especial cuando se apliquen medidas privativas de libertad” (CIDH, 2002, p24).

Por último, el derecho a un recurso efectivo, establecido en el artículo 25 de la CADH, implica no sólo la existencia de un instrumento procesal que ampare los derechos violados, sino también el deber de la autoridad de fundamentar la decisión sobre el reclamo y la posibilidad de revisión judicial de la medida adoptada.

Además de las garantías procesales, la OC-17/2002 establece, como garantías sustantivas, tres principios aplicables a los procesos de responsabilidad penal juvenil. Estos son: el principio de culpabilidad, que hace alusión a que “quien carezca de facultades psíquicas y físicas, bien por no tener la madurez suficiente o por padecer graves alteraciones físicas, no puede ser declarado culpable”; principio de legalidad, que se refiere a la imposibilidad de penar un acto sin una ley que lo haya sancionado como un crimen previamente; y principio de humanidad, en virtud del cual se prohíbe a las autoridades la comisión de abusos durante el cumplimiento de una pena o durante la institucionalización de un niño o niña. Este último tiene tres pilares:

La prohibición expresa de aplicar torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes; señalar los fines reeducativos y tendientes a la reinserción social de los niños que reciben

las medidas; y la prohibición de aplicar la pena de muerte a personas que tenían menos de 18 años al momento de los hechos (OC-17, 2002).

## **2.7. Jurisprudencia de la Corte Interamericana referente al derecho a ser oído de los niños, niñas y adolescentes**

La CIDH, en desarrollo de su función contenciosa, se ha encargado de dilucidar en la práctica el alcance y contenido de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Son varios derechos de los niños, niñas y adolescentes analizados por la Corte Interamericana en sus diferentes fallos, sin embargo para cumplir con los objetivos del presente trabajo se destacarán los fallos al derecho a ser oído de los niños, niñas y adolescentes en los sistemas de responsabilidad juvenil.

### **2.7.1. Caso Atala Riffo y Niñas vs Chile Sentencia del 24 de febrero de 2012**

En esta sentencia, la Corte analizó el caso de la demanda de custodia de tres niñas interpuesta por su padre ante la posible afectación de las menores de edad por la orientación sexual de su madre. Frente al caso, la Corte decide escuchar la opinión de las niñas, fundamentada en el artículo 8.1 de la Convención Americana, que consagra el derecho que ostentan todas las personas a ser oídas, incluidos los niños y niñas, en los procesos en que se determinen sus derechos. Dicho derecho, subraya la Corte, debe ser interpretado a la luz del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual contiene adecuadas previsiones sobre el derecho a ser escuchado de las niñas y los niños, con el objeto de que la intervención del niño se ajuste a las condiciones de éste y no redunde en perjuicio de su interés genuino.

Además, en esta misma sentencia, la Corte retomó algunas de las especificaciones respecto al derecho a ser oído establecidas en la Convención de los Derechos del Niño (artículo 12) y en la Observación General N° 12, aludiendo al hecho de que los niños y niñas, para participar de los asuntos que les afectan, no tienen necesariamente que tener un conocimiento exhaustivo de todos sus aspectos, sino una comprensión suficiente para ser capaz de formarse adecuadamente un juicio propio sobre el asunto; que tienen una capacidad, adecuada a su edad, para expresar sus opiniones y que éstas son susceptibles de ser evaluadas y valoradas según las condiciones particulares de la situación.

Respecto a esto último, la Corte señaló también que no basta con escuchar al niño o la niña, sino que estas opiniones deben ser evaluadas mediante un examen caso por caso y, siempre y cuando se constate que el niño (o la niña) está en condiciones de formarse un juicio propio, razonable e independiente, el encargado de tomar las decisiones deberá asumir estas opiniones como factor destacado en la resolución de la cuestión. Además, señaló que en todas las decisiones judiciales sobre custodia y en toda la legislación sobre separación y divorcio se debe incluir el derecho de los (as) niños (as) a ser escuchados (as). Por último, la Corte estableció que, en caso de no tomar en cuenta las opiniones de las personas menores de edad, la autoridad judicial debe argumentar específicamente por qué tomó esta decisión.

### **2.7.2. Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003**

Esta sentencia es importante en el sentido de que resalta que el detenido tiene derecho a notificar a una tercera persona que está bajo custodia del Estado. Esta notificación se hará, por ejemplo, a un familiar, a un abogado y/o a su cónsul, según corresponda. El derecho de establecer

contacto con un familiar cobra especial importancia cuando se trate de detenciones de menores de edad. En esta hipótesis la autoridad que practica la detención y la que se halla a cargo del lugar en el que se encuentra el menor, debe inmediatamente notificar a los familiares, o en su defecto, a sus representantes para que el menor pueda recibir oportunamente la asistencia de la persona notificada.

De acuerdo con el fallo emitido por la Corte Interamericana, tanto el detenido, como quienes ejercen su representación o custodia legal, tienen derecho a ser informados de las razones de su detención inmediatamente ésta se produce, pues esto constituye un mecanismo para evitar detenciones ilegales, garantiza el derecho de defensa del individuo y contribuye, sobre todo en el caso de personas menores de edad, a disminuir el impacto de la detención.

Como lo afirma la CIDH, el derecho de establecer contacto con un familiar cobra especial importancia cuando se trata de detenciones de menores de edad, pues el hecho de notificar a los familiares o a sus representantes es indispensable para que el o la adolescente pueda recibir la asistencia oportuna de la persona notificada.

A modo de conclusión, es importante subrayar la relevancia del artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño, en tanto directriz de interpretación para muchos de los derechos y reglas comprendidos en distintos instrumentos internacionales. Por otra parte, el Comité de los Derechos del Niño, ha hecho también un importante esfuerzo en la ampliación de lo contenido en dicho artículo y en el aterrizaje de algunos conceptos adscritos al mismo. Es posible afirmar que el derecho a la participación de los niños, niñas y adolescentes en los asuntos que les afectan tiene variedad de matices pues, si bien en algunos casos la violación de este derecho puede tener consecuencias leves, en otros, es la vida la que está en riesgo. Esto último ha hecho

que este derecho cobre relevancia en el ámbito jurídico y que empiece a concebirse la participación de las personas menores de edad como un proceso que va en una doble dirección. Es decir, reconocer que los niños y niñas inciden en la sociedad tanto como la sociedad incide en ellos. Esto implica generar acciones y discursos, en todos los ámbitos, que los y las incluyan y que contribuyan a su formación; y reconocer, como sociedad, la capacidad de agencia de las personas menores de edad en sus vidas y en las de los demás.

A modo de conclusión, es importante subrayar la relevancia del artículo 12 de la CDN, en tanto directriz de interpretación para muchos de los derechos y reglas comprendidos en distintos instrumentos internacionales. Por otra parte, el Comité de los Derechos del Niño, ha hecho también un importante esfuerzo en la ampliación de lo contenido en dicho artículo y en el aterrizaje de algunos conceptos adscritos al mismo.

### **3. Derecho a la participación de la niñez en el Sistema de Responsabilidad Penal de Adolescentes en Colombia**

Según el Consejo Superior de la Judicatura de la Rama Judicial (en adelante CSJ), el Sistema de responsabilidad penal adolescente (en adelante SRPA) “es el conjunto de principios, normas, procedimientos, autoridades judiciales especializadas y entes administrativos que rigen o intervienen en la investigación y juzgamiento de adolescentes entre catorce (14) y dieciocho (18) años que cometen delitos” (Ley 1098 de 2006, Art. 139)

Este sistema está descrito en la ley de infancia y adolescencia o ley 1098 de 2006, la cual modificó la legislación anterior (código del menor decreto 2737 de 1990) e introdujo nuevos conceptos y principios, bajo la pretensión de adecuar la normatividad nacional a los instrumentos internacionales, reconociendo a los adolescentes infractores de la ley penal como sujetos de especial protección. Una de las características más importantes de esta ley es que en ella el niño o la niña, se consideran inimputables, y cuando ingresan al SRPA, se les aplican medidas administrativas de restablecimiento de derechos, siendo la entidad competente para implementarlas el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (en adelante ICBF).

El presente capítulo tiene el objetivo de recopilar la normatividad nacional que regula el derecho a la participación de niños, niñas y adolescentes para, posteriormente, subrayar algunas de las falencias del SRPA, halladas por las autoridades que lo han evaluado desde su implementación hasta hoy, en relación al derecho a la participación de los adolescentes en este sistema.

### **3.1. Análisis comparativo de la normatividad nacional que regula el derecho a la participación y lo establecido en la convención de derechos del niño.**

#### **3.1.1. Constitución Nacional**

Este estudio comparativo, iniciará con la revisión de las disposiciones contenidas en el Constitución Nacional, la cual, en su artículo 44 establece los derechos fundamentales de los niños, dentro de los cuales se contempla la libre expresión de su opinión, así los niños gozarán de los derechos consagrados en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia, en el entendido que la interpretación y aplicación de este artículo debe tener como parámetro el bloque

de constitucionalidad, que obliga a las autoridades tanto judiciales como administrativas, a observar las garantías fundamentales que se contemplan no solamente en la constitución nacional sino en los tratados y convenios internacionales de derechos humanos.

Por otra parte, el artículo 20 de la Constitución Nacional (En adelante CN) consagra el derecho de toda persona a expresar y difundir su pensamiento y a recibir información veraz e imparcial, artículo que incluye de forma directa a los niños con este derecho consistente con el artículo 12 de la CDN.

El artículo 29 de la CN, se refiere al debido proceso judicial y administrativo, el cual debe garantizar que toda persona vinculada a una investigación, sea juzgada conforme a leyes preexistentes, a la defensa técnica, “a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”. (Asamblea Nacional Constituyente, 1991, p 10).

De este artículo se desprende el debido proceso penal aplicable tanto al juzgamiento de adultos como de los adolescentes, con sus diferencias conceptuales, atendiendo a los principios propios que rigen cada uno de los sistemas penales aludidos.

### **3.1.2. Ley 1098 de 2006**

Las garantías de las que goza un adolescente que ingresa al SRPA se contemplan en la ley 1098 de 2006 en los siguientes términos:

Presunción de inocencia, derecho a ser notificado de las imputaciones, derecho de defensa y contradicción, el derecho a una defensa técnica, derecho a la presencia de sus padres o tutores dentro del proceso, el derecho a guardar silencio, el derecho a contrainterrogar testigos, el derecho de apelación de las decisiones y demás garantías consagradas en la Constitución y los tratados internacionales (SRPA, 2015, p. 91).

Además la ley 1098 de 2006, al referirse al debido proceso penal aplicable a los adolescentes, retoma las disposiciones contenidas en la CDN, directamente relacionadas con el derecho a la participación disponiendo:

En su Artículo 26 o del derecho al debido proceso, se establece que:

Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a que se les apliquen las garantías del debido proceso en todas las actuaciones administrativas y judiciales en que se encuentren involucrados. En toda actuación administrativa, judicial o de cualquier otra naturaleza en que estén involucrados, los niños, las niñas y los adolescentes, tendrán derecho a ser escuchados y sus opiniones deberán ser tenidas en cuenta (Ley 1098 de 2006).

El artículo 34 por su parte se refiere al derecho a la información, consagrando que los adolescentes pueden acceder, recibir y difundir información e ideas a través de los distintos medios de comunicación de que dispongan.

En el artículo 41 de la misma ley, numeral 34, también se refiere al derecho a la participación cuando dispone que se debe:

Asegurar la presencia del niño, niña o adolescente en todas las actuaciones que sean de su interés o que los involucren cualquiera sea su naturaleza, adoptar las medidas necesarias

para salvaguardar su integridad física y psicológica y garantizar el cumplimiento de los términos señalados en la ley o en los reglamentos frente al debido proceso. Procurar la presencia en dichas actuaciones de sus padres, de las personas responsables o de su representante legal (Ley 1098 de 2006).

Como complemento al debido proceso, el artículo 141 de la ley 1098 dispone que en caso de que existan conflictos normativos entre lo dispuesto por dicha ley y otras leyes, “las autoridades judiciales deberán siempre privilegiar el interés superior del niño y orientarse por los principios de la protección integral, así como los pedagógicos, específicos y diferenciados que rigen este sistema” (Ley 1098 de 2006, art. 141).

Posteriormente en el artículo 150, respecto a la “práctica de testimonios”, se dispone que los adolescentes pueden ser citados como testigos en donde el defensor de familia debe garantizar que sus derechos sean respetados.

Por último, el artículo 153, que se refiere a la reserva de las diligencias, establece que:

Las actuaciones procesales adelantadas en el sistema de responsabilidad penal para adolescentes, sólo podrán ser conocidas por las partes, sus apoderados, y los organismos de control. La identidad del procesado, salvo para las personas mencionadas en el inciso anterior, gozará de reserva. Queda prohibido revelar la identidad o imagen que permita la identificación de las personas procesadas (Ley 1098 de 2006).

Las referidas normas consagradas en la ley de infancia y adolescencia, reseñadas previamente, constituyen el marco normativo legal en el que las autoridades, tanto judiciales como administrativas, deben basarse para garantizar el derecho a la participación de los niños, niñas y

adolescentes. No obstante, además de dichas normas, deben observarse las disposiciones contenidas en los tratados internacionales, la propia constitución nacional y el desarrollo jurisprudencial a lo largo de los 12 años de vigencia de la ley, gracias al bloque de constitucionalidad y a los desarrollos que han hecho los tribunales nacionales e internacionales en la materia.

Finalmente se puede concluir que el punto de partida del derecho a la participación del adolescente es el derecho a ser escuchado en todas las actuaciones judiciales y administrativas.

**3.1.3. Documento Conpes 3629 Consejo Nacional de Política Económica y Social República de Colombia Departamento Nacional de Planeación Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes SRPA: Política de atención al adolescente en conflicto con la ley**

Otro de los documentos que sirve de guía en el SRPA, es el documento CONPES 3629 referente a la ley de infancia y adolescencia, instrumento que en principio se refiere a la ley 1098 de 2006, indicando que su valor reside en haber introducido al ordenamiento jurídico nacional el SRPA; un sistema de carácter especializado, pedagógico y diferenciado del de los adultos, cuya finalidad es la justicia restaurativa y el ejercicio efectivo de los derechos de los adolescentes y que, definitivamente ya no funciona bajo el paradigma de que el niño, niña o adolescente debe ser objeto de protección.

Como lo menciona este documento, la Ley de la Infancia y la Adolescencia trata de armonizar la legislación nacional con la Convención sobre los Derechos del Niño, atendiendo, mediante sus disposiciones “las directrices en materia de Derechos Humanos y administración de justicia para personas menores de 18 años” (CONPES 3629 de 2009, p. 29). También afirma que esta Ley debe establecer normas sustantivas y procesales para la protección integral de los niños,

las niñas y los adolescentes y garantizar el ejercicio de sus derechos y libertades consagrados en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, en la Constitución Política y en las leyes, así como su restablecimiento.

Igualmente, el documento CONPES 3629 contiene disposiciones aplicables al proceso Penal en SRPA, entre éstas la previsión de salidas anticipadas para resolver los conflictos generados por la conducta delictiva del adolescente y permite la aplicación del principio de oportunidad. Se consagran principios como la legalidad y la inmediación, las garantías procesales, el debido proceso, la defensa técnica, y diferencia del ente acusador y el administrador de justicia especializada y señala seis tipos de sanciones cuya finalidad es protectora, educativa y restaurativa, en el horizonte de la inserción social del adolescente.

El documento CONPES 3629 establece adicionalmente una ruta jurídica en el SRPA, iniciando por la captura en flagrancia, o por orden judicial, procedimiento que se adelanta por parte de la Policía de Infancia y adolescencia, luego sigue la remisión al Centro de Servicios Judiciales para Adolescentes o al Centro transitorio del ICBF y la designación de un defensor de familia que le brindará acompañamiento en el proceso. El trámite procesal inicia con las audiencias preliminares de control de garantías, en la que participa el adolescente, el defensor de familia asignado, el fiscal que lleva el caso, el defensor público, si el adolescente carece de defensa particular y la víctima con su representante. Durante la audiencia, el juez le da la oportunidad al adolescente de allanarse o no a los cargos, y el juez examina si es procedente la medida de internamiento preventivo. Según la decisión del adolescente de allanarse o no a los cargos, se producen dos escenarios: a. Si el adolescente se allana, es remitido a un juez de conocimiento, quién citará a audiencias preliminares. En éstas, ante el juez con función de control de garantías, se realizará la legalización del allanamiento, la formulación de la imputación, se presentará el

informe bio-psicosocial del defensor de familia, se dará espacio para la intervención de las partes y, en caso en que aplique, se solicitará el incidente de reparación integral para la víctima.

En las audiencias de conocimiento, se realizará la formulación de la acusación, la audiencia preparatoria y la del juicio oral. En esta última se anunciará el sentido del fallo. En caso de ser absolutorio, se concluirá el proceso; de lo contrario, se citará a la lectura de la sentencia.

Por último, respecto a la participación de los adolescentes en los procesos judiciales, el documento CONPES estima, en el acápite denominado “Recursos procesales”, que:

El adolescente, a través de su defensor tiene a su disposición una serie de recursos para solicitar la reevaluación de la decisión tomada por una autoridad judicial, haciendo uso de los recursos en cualquier parte del proceso o la acción de revisión, una vez haya sido emitida una sentencia por un juez de conocimiento, y casación ante la Corte de Suprema de Justicia para sentencias de segunda instancia. Se debe tener en cuenta, para la solicitud de los recursos mencionados, los presupuestos procesales exigidos en el Código de Procedimiento Penal para poder acceder a los mismos (CONPES 3629 de 2009, p. 22).

El documento CONPES 3629 integra la normativa para la implementación del SRPA, adecuado a las disposiciones establecidas por la Convención de los Derechos del Niño, no obstante el texto es ambicioso en cuanto a las garantías de los derechos de los adolescentes, pero igualmente presenta vacíos en cuanto a la participación real y efectiva del adolescente como parte fundamental del SRPA.

#### **3.1.4. Lineamientos del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para la atención de los adolescentes en el SRPA.**

El documento: “Lineamientos del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para la atención de los adolescentes en el SRPA”, de 2017 recoge, según su marco normativo, lo consagrado en los instrumentos jurídicos y administrativos nacionales (leyes, decretos y jurisprudencia), “al igual que lo consagrado en los convenios y tratados internacionales suscritos por Colombia que hacen parte del ordenamiento jurídico en virtud del Bloque de Constitucionalidad, y que se ocupan de la atención de los adolescentes y jóvenes en conflicto con la ley” (ICBF, 2017, p. 14). Dentro de éstos últimos, el lineamiento menciona la Observación General No. 12/ 2009, expedida por el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, que habla del derecho a la participación y el derecho de todos los niños, niñas y adolescentes a ser escuchados y tomados en serio.

Respecto a la participación, el documento hace pocas claridades, dentro de las cuales es importante mencionar:

- a) Que delega al coordinador del área administrativa la función “hacer efectivo el derecho a la participación de los adolescentes, jóvenes y las familias” (ICBF, 2017, p. 248), además de una decena de funciones adicionales.
- b) Hace una diferenciación entre herramientas de participación y herramientas de seguimiento.

Las herramientas de participación contempladas en el lineamiento son las siguientes:

- Acuerdo de convivencia: el cual es un proceso participativo-activo concebido desde un enfoque restaurativo, y sirve para solucionar conflictos (personales, grupales, familiares).

- Comité de convivencia: que es una instancia de apoyo para afrontar situaciones que afecten la armonía y la coexistencia. Este comité apoya a los educadores y coordinadores en la organización de eventos de recreación y formación, así como en el manejo de situaciones especiales.
- Buzón de sugerencias: Se trata de una urna rotulada que debe estar a disposición de los adolescentes, para que sean depositadas las sugerencias o comentarios en relación con la atención prestada. Todas las sugerencias deben ser contestadas y tramitadas. La apertura del buzón y el trámite de las sugerencias se debe hacer mensualmente por los operadores del SRPA en presencia del supervisor cuando realice visita a la unidad de atención. Deben quedar registradas en un acta las sugerencias así como las acciones que se van a adelantar.
- La encuesta de satisfacción: la cual es un instrumento de obtención de datos, que se realiza al, mínimo, 20 por ciento de la población, semestralmente.

Por otro lado, las herramientas de seguimiento son:

- Informes de seguimiento: Los cuales deben hacer parte de un proceso continuo y permanente, que se oriente a recoger información cualitativa y cuantitativa para fortalecer los procesos y adopción de correctivos a través de mediciones, análisis y reportes que consignen los avances y logros. En los informes de seguimiento se debe tener en cuenta la opinión de los adolescentes y jóvenes, tomándola como base para las acciones de mejora del proceso de atención con base en las encuestas de satisfacción y el buzón de sugerencias.
- Formatos para la presentación de informes del Plan de Atención individual: Lo cuales sirven para levantar información de la atención individual a un adolescente,

y deben ser presentados ante la autoridad judicial o administrativa que conozca su proceso.

- Informes extraordinarios: Se elaborará cuando la autoridad competente solicite, para la intervención inmediata.
- Los Comités de Estudio de Casos: que son un mecanismo de comunicación en el proceso de atención de los adolescentes o jóvenes vinculados al SRPA, o a medidas complementarias y/o restablecimiento en administración de justicia. Su objetivo es discutir y evaluar la evolución del adolescente o joven. En el lineamiento se afirma que en estos comités es importante la participación del juez y de un equipo psicosocial para garantizar un análisis integral en la adopción de decisiones judiciales respecto a la modificación de medidas o sanciones.
- Informe Biopsicosocial: el cual es elaborado por profesionales en psicología, trabajo social y nutrición, en el cual se reúnen las circunstancias personales, familiares y sociales que rodean al joven, y que sirve para orientar al juez en la imposición de su sanción en caso de hallarse responsable penalmente, en el estudio que se hizo, los jueces piden que “se incluya más información que permita corroborar lo dicho por el adolescente o su familia en la entrevista, actualizar los informes antes de la audiencia y permitir que el defensor de familia conozca toda la información recabada por el equipo interdisciplinario” (Neira y Tolosa, 2017).

### **3.1.5. Observación general No. 12 (2009) El derecho del niño a ser escuchado de las Naciones Unidas**

La Observación General No.12 “El derecho del niño a ser escuchado” retoma la normatividad contenida en la CDN artículo 12, exigiendo que se adopten 5 medidas para hacer realidad efectivamente el derecho del niño a ser escuchado: preparación, audiencia, evaluación de la capacidad del niño, Información sobre la consideración otorgada a las opiniones del niño (comunicación de los resultados al niño), quejas, vías de recurso y desagravio.

Y en lo que respecta a los procedimientos judiciales, indica que el niño debe ser escuchado, garantizando su derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño debe ser respetado y observado escrupulosamente en todas las etapas del proceso de la justicia juvenil.

Los (as) niños (as), según lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 12 de la CDN, tienen derecho a que se les respete plenamente en todas las etapas del proceso judicial, desde la etapa prejudicial, en que el niño tiene derecho a guardar silencio, hasta el derecho a ser escuchado por la policía, el fiscal y el juez instructor. También es aplicable en las etapas de sentencia y resolución, así como en la aplicación de las medidas impuestas.

En caso de remisión a medios extrajudiciales, incluida la mediación, el niño debe tener la oportunidad de dar su consentimiento libre y voluntario y de obtener asesoramiento y asistencia jurídicos y de otro orden acerca de lo apropiado y conveniente de la remisión ofrecida.

Para participar efectivamente en el procedimiento, el niño debe ser informado de manera oportuna y directa sobre los cargos que se le imputan en un idioma que entienda, así como sobre el proceso de justicia juvenil y las medidas que podría adoptar el tribunal. El procedimiento debe desarrollarse en un ambiente que permita que el niño participe en él y se exprese libremente.

Las audiencias judiciales y de otro tipo de un niño en conflicto con la ley deben realizarse a puerta cerrada. Las excepciones a esta norma deben ser muy limitadas y estar claramente estipuladas en la legislación nacional y guiadas por el interés superior del niño.

Otra de las recomendaciones que hace la Observación General N° 12 de CDN, es que la participación de los niños y niñas sea efectiva, el proceso de comunicación debe adaptarse a los niños. Esto quiere decir que: “los ambientes y los métodos de trabajo deben adaptarse a la capacidad de los niños. Se debe poner el tiempo y los recursos necesarios a disposición de los niños para que se preparen en forma apropiada y tengan confianza y oportunidad para aportar sus opiniones. Es necesario considerar el hecho de que los niños necesitarán diferentes niveles de apoyo y formas de participación acordes con su edad y la evolución de sus facultades.

### **3.2. Recopilación de información, encontrada en informes, respectiva a la participación de niños, niñas y adolescentes en el SRPA**

#### **3.2.1. Informe de la Procuraduría General de la Nación (2011) titulado “Informe de vigilancia superior al sistema de responsabilidad penal para adolescentes”**

Este documento menciona la categoría de derechos, incluido el derecho a la participación, advirtiendo que debe darse mayor alcance a las disposiciones contenidas en la CDN en cuanto a “a los derechos de las niñas y los niños a formarse su propio juicio y a expresar libremente su opinión en todos los asuntos que los afecten” (Procuraduría General de la Nación, 2011, p. 167).

Según la Procuraduría “la participación no es sólo un principio fundamental de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, sino también, una condición para el fortalecimiento, la legitimación de la democracia y la construcción de ciudadanía” (Procuraduría General de la Nación, 2011, p. 167).

En este informe se realizan observaciones al ICBF, dentro de las cuales es pertinente subrayar: La falta de claridad en torno a la posición del Defensor de Familia como sujeto procesal o interviniente especial, necesidad de capacitación sobre el SRPA dirigida a todos los operadores jurídicos para una adecuada comprensión del rol que cada uno cumple, la deficiencia en la comprensión respecto al restablecimiento de derechos y escasa profundización en el componente de participación, pues, aunque contempla la participación del adolescente, no realiza el seguimiento a los mecanismos que aseguren su alcance y efectividad como lo establece la CDN.

Si bien la Procuraduría General de la Nación resalta el derecho a la participación como pilar fundamental contenido en la Convención de Derechos del Niño, lamentablemente no se profundiza más respecto a este derecho.

### **3.2.2. Informe de la Comisión de Evaluación (2011) al SRPA**

El informe identifica inconsistencias que, a juicio de la Comisión, obedecerían a vacíos legales, interpretación discrecional, carencia de capacitación especializada dirigida a funcionarios y a una “bajísima oferta institucional en la que puedan ser cumplidas las sanciones no privativas de libertad en todos los municipios del país” (Comisión de Evaluación, 2011, p. 5).

Este informe tampoco aborda el derecho a la participación y tampoco evalúa los mecanismos para hacerlo efectivo en las diferentes etapas del proceso y en el cumplimiento de

sanciones. No obstante al plantear la necesidad de fortalecer las capacidades de los operadores del SRPA, necesariamente involucra herramientas para garantizar la participación de los adolescentes en el sistema.

### **3.2.3. Informe de la Defensoría del Pueblo (2015), titulado ‘Violaciones a los derechos humanos de adolescentes privados de la libertad’**

Este informe hace recomendaciones relacionadas con las malas condiciones de salubridad, deficiente prestación de servicios públicos e infraestructuras, garantías para la defensa en condiciones óptimas, déficit en la intervención terapéutica individual y familiar, incumplimiento de los manuales de convivencia y fallas en el seguimiento y la gestión post- egreso de los adolescentes.

No obstante, el informe de la Defensoría recomienda al Estado ofrecer garantías para el ejercicio de los derechos fundamentales de los adolescentes y establecer claramente los mecanismos de defensa, no evidencia una información directa referida al derecho a la participación del adolescente, aunque las recomendaciones indirectamente puedan afectar este derecho.

### **3.2.4. Informe del Ministerio de Justicia y del Derecho denominado “Segundo informe de seguimiento al SRPA” (2016)**

El informe señala que fueron identificados algunos aspectos que requieren de la intervención directa por parte de las instituciones del Estado. Para el Ministerio, éste es un tema que demanda la mayor trascendencia y atención por parte de todas las instituciones integrantes del SRPA, las cuales deben trabajar conjuntamente por la finalidad restaurativa que tiene el sistema en su esencia” (Ministerio de Justicia y del Derecho, 2016, p. 1).

El informe identifica de forma general aspectos que necesitan de la atención del estado y sus corporaciones intervinientes en SPRA, pero no muestra un seguimiento específico sobre los elementos de la participación conforme a la CDN.

El Segundo Informe de Vigilancia Superior al Sistema de Responsabilidad Penal para adolescentes, años 2012 – 2013, elaborado por la Procuraduría General de la Nación, recoge las mismas recomendaciones planteadas en el primer informe, evidenciando la persistencia en las problemáticas identificadas, sin avanzar hacia la implementación de mecanismos que garanticen el derecho a la participación.

De los anteriores informes reseñados se concluye que ninguno realiza un seguimiento específico a los mecanismos mediante los cuales se garantiza el derecho a la participación de los adolescentes dentro del sistema, por lo cual no es posible determinar si el SRPA está garantizando el derecho en la práctica de acuerdo con lo establecido en la CDN, lo cual definitivamente constituye un vacío para el buen funcionamiento del sistema pues, el carecer de una evaluación juiciosa de estos aspectos imposibilita el mejoramiento de los mismo.

Más allá de esto, de la revisión de informes y del análisis comparativo de las leyes nacionales, se puede evidenciar que pese a que existe un esfuerzo muy grande por adecuar el SRPA a los lineamientos Internacionales que garantizan los derechos de los niños, niñas y adolescentes, aún persisten vacíos en la práctica (implementación), que vulneran sus derechos, especialmente el derecho a ser escuchado desde la óptica y alcance que le da la Convención de los Derechos del Niño.

En este sentido, es importante subrayar que si bien se han diseñado herramientas para garantizar el derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser escuchados, estas no son efectivas ni

conducen a un verdadero conocimiento de la opinión o sentir de la persona que ingresa al SRPA. Por ejemplo, pese a que la encuesta de satisfacción y el buzón de sugerencias pueden funcionar como herramientas para que el o la adolescente manifieste sus opiniones referentes a la atención que recibe en el SRPA y la garantía de sus derechos, éstas no constituyen por sí mismas una vía de comunicación libre, voluntaria y sincera, la cual debería existir entre el adolescente y las autoridades, o los equipos interdisciplinarios con los que tiene contacto. Esto se debe principalmente a que no hay un proceso de concientización sobre la utilidad y la incidencia del buzón de sugerencias en la modificación o mejoramiento de las condiciones sobre las cuales los y las adolescentes tienen quejas.

En relación a los informes biopsicosociales, que sirven de parámetro de referencia para tomar decisiones judiciales, se concluye que no estos no incorporan elementos que evidencien una verdadera participación del adolescente y además no permiten verificar su veracidad frente a lo relatado por los adolescentes. Dicha falencia, según algunos jueces, genera fallas en el propósito del informe y evita que el adolescente conozca previamente el informe y valide su contenido (Principio de Publicidad de la Prueba).

Para garantizar el derecho a la participación del adolescente, las autoridades que hacen parte del SRPA deben permitir que el adolescente exprese sus opiniones como actor principal del proceso, de tal manera que las decisiones adoptadas sean el resultado de la intervención de las partes y del adolescente. Como afirman Jiménez y Chaparro (2018) la participación de los adolescentes en conflicto con la ley, debe ser permanente. Para ello se deben garantizar condiciones que permitan acceder a información amplia, suficiente, adecuada, veraz, completa y comprensible; se debe garantizar que ningún ejercicio participativo genere represalias en su contra; y que, en caso de

consentir alguna práctica o decisión, este consentimiento sea previo, libre e informado (Jiménez y Chaparro, 2018).

## CONCLUSIONES

- En el siglo XX, en el contexto occidental, fue transformando la concepción ontológica y jurídica de las personas menores de edad, a partir de la revisión de las diferencias fundamentales entre los modelos tutelar y garantista.
- La “ideología tutelar” fue un sistema de protección-represión que consideraba a los niños y niñas en “situación irregular” como objetos de protección, necesitados de un tratamiento fundamentado en la disciplina, acompañado de serias violaciones a sus derechos fundamentales.
- El sistema garantista, que nace de las disposiciones de la Declaración de los Derechos del Niño y de la Convención de los Derechos del Niño, resaltó la necesidad de entender a las personas menores de 18 años como personas libres y autónomas, con plenitud de derechos, que, de acuerdo a su edad y a su madurez, pueden decidir sobre su propia vida, asumir responsabilidades e involucrarse en la toma de decisiones que les conciernen.

- En el nuevo sistema de pensamiento garantista, los conceptos de interés superior y protección especial, establecen la importancia de reconocer a los niños, niñas y adolescentes como personas en desarrollo, cuyos derechos deben prevalecer sobre los de los demás. Estas concepciones fueron adquiriendo contenido gracias a una multiplicidad de instrumentos internacionales y a los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional Colombiana.
- Es importante considerar de forma especial, la relevancia del artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño, que se constituye en una directriz de interpretación para muchos de los derechos y reglas comprendidos en distintos instrumentos internacionales.
- El Comité de los Derechos del Niño, a partir del art 12 de la Convención de Derechos del niño, ha hecho un importante esfuerzo para darle contenido y alcance amplio al derecho a ser escuchados y que sus opiniones sean tenidas en cuenta aclarado conceptos adscritos al mismo.
- Es posible afirmar que el derecho a la participación de los niños, niñas y adolescentes en los asuntos que les afectan tiene variedad de matices pues, si bien en algunos casos la violación de este derecho puede tener consecuencias leves, en otros, es la vida la que está en riesgo. Esto último ha hecho que este derecho cobre relevancia en el ámbito jurídico y que empiece a concebirse la participación de las personas menores de edad como un proceso que va en una doble dirección. Es decir, reconocer que los niños y niñas inciden en la sociedad tanto como la sociedad incide en ellos. Esto implica generar acciones y discursos, en todos los ámbitos, que los y las incluyan y que contribuyan a su formación; y reconocer, como sociedad, la capacidad de agencia de las personas menores de 18 años de edad en sus vidas y en las de los demás.

- En Colombia se presenta un escenario particular pues, de la revisión de informes y del análisis comparativo de las leyes nacionales se evidencia que existe un esfuerzo muy grande por adecuar el SRPA a los lineamientos Internacionales que garantizan los derechos de los niños, niñas y adolescentes; sin embargo, persisten vacíos en la práctica (implementación), que vulneran sus derechos, especialmente el derecho a ser escuchado desde la óptica y alcance que le da la Convención de los Derechos del Niño.
- Si bien se han diseñado herramientas para garantizar el derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser escuchados, estas no son efectivas ni conducen a un verdadero conocimiento de la opinión o sentir de la persona que ingresa al SRPA.
- En este sentido cabe mencionar que pese a que la encuesta de satisfacción y el buzón de sugerencias pueden funcionar como herramientas para que el o la adolescente manifieste sus opiniones referentes a la atención que recibe en el SRPA y la garantía de sus derechos, no se consideran realmente efectivas, pues no se basan en la comunicación libre, voluntaria y sincera que debe existir entre el adolescente y las autoridades, o los equipos interdisciplinarios con los que tiene contacto. Esto se debe principalmente a que no hay un proceso de concientización sobre la utilidad y la incidencia del buzón de sugerencias en la modificación o mejoramiento de las condiciones sobre las cuales los y las adolescentes tienen quejas.
- Respecto de los Informes de seguimiento, se puede afirmar que se encuentran establecidos como un mecanismo idóneo para que periódicamente se revisen las actuaciones de las autoridades que hacen parte del modelo de atención en SRPA y de los operadores de los Centros de Atención Especializada, no obstante el tema de la participación de los adolescentes en las medidas no privativas de libertad no ha sido incluido dentro de dichos informes lo cual evidencia falta de

visibilidad del tema. Además, en ninguno de los informes se pudo evidenciar que se hayan adelantado planes de mejoramiento para asegurar la atención de los adolescentes frente al derecho a la participación.

- En relación a los informes biopsicosociales que sirven de parámetro de referencia para tomar decisiones judiciales, se concluye que no estos no incorporan elementos que evidencien una verdadera participación del adolescente y además no permiten verificar su veracidad frente a lo relatado por los adolescentes. Dicha falencia, según algunos jueces, genera fallas en el propósito del informe y evita que el adolescente conozca previamente el informe y valide su contenido (Principio de Publicidad de la Prueba).

- En cuanto al Plan de Atención individual que adelanta el ICBF, para servicios de medidas y sanciones del proceso judicial para adolescentes, se puede determinar que los equipos interdisciplinarios son insuficientes para la atención de todos los adolescentes, lo cual impide que se garantice la intervención desde que el adolescente ingresa al SRPA hasta la fase posterior de ejecución de la Sanción.

- Por otra parte con relación a Defensores públicos, se presenta deficiencia en el número de profesionales requeridos para la representación judicial, situación que afecta notablemente el derecho del adolescente a ser escuchado dentro del proceso penal, por el tiempo que le puede dedicar el profesional del derecho a la atención y estudio del caso, igualmente se puede identificar la falta de infraestructura, pues no existen espacios que permitan la realización de la entrevista entre el adolescente y defensor.

- Con relación a las autoridades administrativas y judiciales que hacen parte del SRPA, se concluye que no han sido capacitadas de forma efectiva en la normatividad internacional y

nacional, para garantizar el derecho a participación de los jóvenes en el sistema, lo cual contribuiría a generar conciencia sobre contenido y alcance del derecho a ser escuchado.

- Para garantizar el derecho a la participación del adolescente, las autoridades que hacen parte del SRPA, deben permitir que el adolescente exprese sus opiniones como actor principal del proceso, de tal manera que las decisiones adoptadas sean el resultado de la intervención de las partes y del adolescente.
- Con relación al contacto de los adolescentes con las autoridades del SRPA se evidencia que no existen espacios de diálogo, ni ambientes adecuados que generen confianza en la comunicación para facilitar al adolescente el entendimiento de su situación, sus derechos y las posibles consecuencias legales.
- Se considera entonces, con respecto a los mecanismos de participación en el SRPA, que no se ha superado el esquema sobreprotector al que hacía referencia el Código del menor, en razón a que se percibe al adolescente como una persona incapaz de aportar un criterio válido. Es decir, a pesar que el SRPA se acomoda a los lineamientos internacionales y a la normatividad nacional, se encuentra vacíos en la práctica (implementación), que vulneran el derecho del adolescente a ser escuchado desde la óptica y alcance que le da la CDN.
- Finalmente, la participación de los adolescentes en conflicto con la ley, debe ser permanente. Para ello se debe garantizar condiciones que permitan acceder a información amplia y suficiente, adecuada, completa, fidedigna y comprensible, que el ejercicio participativo no genere represalias en su contra; y que, en caso de consentir (aprobar) alguna práctica o decisión, este consentimiento sea previo (anterior), libre (sin presiones ni incentivos, en condiciones libres

de estrés o presión) e informado (basado en información amplia y suficiente) (Jiménez y Chaparro, 2018, p. 27).

- Por último se puede afirmar que después de doce años de vigencia de la ley 1098 de 2006, todavía podemos identificar vulneraciones de derechos de adolescentes, que no se cimientan en vacíos legales, sino más bien en interpretaciones erróneas de las normas, falta de claridad en los roles de cada uno de los actores del sistema, la indebida preparación y falta de capacitación de los actores, poca inversión de recursos públicos en la implementación del sistema, limitaciones al derecho a la participación del adolescente por parte de los intervinientes en el proceso de responsabilidad penal y dificultades de acceso a la información, e implementación de espacios de participación individuales y comunitarios.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- Burgos, A. (2005). *La pena sin barrotes. En la Jurisdicción Penal Juvenil*. Recuperado de [https://www.poder-judicial.go.cr/penaljuvenil/images/documentos/publicaciones/pena\\_sin\\_barrotes.pdf](https://www.poder-judicial.go.cr/penaljuvenil/images/documentos/publicaciones/pena_sin_barrotes.pdf)
- Comisión de evaluación del sistema de responsabilidad penal adolescente (2011), Informe de la comisión de evaluación del sistema de responsabilidad penal para adolescentes: artículo 110 de la ley 1453 de 2011. Bogotá.
- Comité de Derechos del Niño. Naciones Unidas (2009) Observación general n° 10. El derecho del niño a ser escuchado. Recuperado de <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7532.pdf>
- Congreso de Colombia. (8 de noviembre de 2006) Código de la Infancia y la Adolescencia. [Ley 1098 de 2006]. DO: 46.446. Recuperado de [https://www.oas.org/dil/esp/Codigo de la Infancia y la Adolescencia Colombia.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_de_la_Infancia_y_la_Adolescencia_Colombia.pdf)
- Congreso de Colombia. (22 de enero de 1991). Convención Internacional sobre los Derechos del Niño [Ley 12 de 1991]. DO: 39640. Recuperado de [https://www.oas.org/dil/esp/Convencion Internacional de los Derechos del Nino Colombia.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/Convencion_Internacional_de_los_Derechos_del_Nino_Colombia.pdf)

Constitución política de Colombia. [Const.] (1991) Ed. 2016. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>

Convención Sobre Los Derechos Del Niño (20 de noviembre de 1989) UNICEF Comité Español (2016) Recuperado de <http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

Corte Constitucional de Colombia, Sala Tercera. (12 de septiembre de 1995) Sentencia T-408. [MP. Eduardo Cifuentes Muñoz] Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/t-408-95.htm>

Corte Constitucional de Colombia, Sala Tercera. (19 de junio de 2003) Sentencia T-510. [MP. Manuel José Cepeda Espinosa] Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/t-510-03.htm>

Corte Constitucional de Colombia, Sala Tercera. (25 de julio de 2011) Sentencia T-580A [MP. Mauricio González Cuervo] Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-580A-11.htm>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2017) Cuadernillo De Jurisprudencia N° 5: Niños, Niñas Y Adolescentes. Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/ninosninas3.pdf>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (28 de agosto de 2002) Opinión consultiva oc-17/2002, solicitada por la comisión interamericana de derechos humanos. Recuperada de [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_17\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf)

Defensoría del Pueblo (2015), Violaciones a los Derechos Humanos de adolescentes privados de la libertad: Recomendaciones para enfrentar la crisis del sistema de responsabilidad penal para adolescentes, Bogotá.

Declaración de Ginebra (1924) Declaración de los Derechos del Niño 1924. Recuperada de

<http://ojd.org.do/Normativas/Penal%20NNA/Instrumentos%20internacionales/Declaracion%20de%20Ginebra%201924.pdf>

Hadechini, D. (2016). Sistema de responsabilidad penal para adolescentes en Colombia: algunos vacíos en la aplicación de la medida de libertad asistida, desde la perspectiva de los adolescentes sancionados (Tesis de pregrado). Universidad del Rosario, Bogotá., Colombia. Recuperado de <http://repository.urosario.edu.co/handle/10336/12885>

ICBF (2017). Lineamiento modelo de atención para adolescentes y jóvenes en conflicto con la Ley – SRPA. Bogotá.

Maldonado, G. (2015, marzo, 9) ¿Responsabilidad penal o social? Adolescentes en el Sistema de Responsabilidad Penal (SRPA). Rostros y Rastros, razones para construir ciudad. Recuperado de [http://www.sdp.gov.co/sites/default/files/rostros\\_rastros\\_9.pdf](http://www.sdp.gov.co/sites/default/files/rostros_rastros_9.pdf)

Ministerio de justicia y del derecho. (2015) Sistema de responsabilidad penal para adolescentes, hacia la protección integral y la justicia restaurativa. (978-958-58605-5-1) Recuperado de <https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/sala%20de%20prensa/documentos/Sistema%20de%20Responsabilidad%20Penal%20para%20Adolescentes%20hacia%20la%20protecci%C3%B3n%20integral.pdf>

Naciones Unidas, (1989). *Convención sobre los derechos del niño*. Asamblea General en su resolución 44/25, 20 noviembre. Obtenido de, [https://www.unicef.org/ecuador/convencion\\_2.pdf](https://www.unicef.org/ecuador/convencion_2.pdf)

UNICEF, (2001). *Observaciones generales del comité de los derechos del niño*. <https://www.unicef.org/ecuador/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf>

Naciones Unidas, (1990). *Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad)*. Adoptadas y proclamadas por la Asamblea General en su resolución 45/112, de 14 de diciembre. Obtenido de, <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/preventionofjuveniledelinquency.aspx>

Naciones Unidas, (1985). Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores. Aprobadas por la Asamblea General en su resolución 40/33, de 28 de noviembre. Obtenido de, <http://relapt.usta.edu.co/images/1985-Reglas-de-Beijing.pdf>

Naciones Unidas, (1990 a). REGLAS DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES PRIVADOS DE LIBERTAD. Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113, de 14 de diciembre <http://relapt.usta.edu.co/images/1990-Reglas-de-las-NNUU-para-la-Proteccion-de-los-Menores-Privados-de-Libertad.pdf>

Ojeda O. (2016) La interpretación “adulto-punitivista” de la ley 1098 de 2006 como manifestación de la eficacia simbólica del derecho. Estudio de un caso de los juzgados penales del circuito para adolescentes de Manizales. Universidad de Manizales. Manizales.

Procuraduría General de la Nación (2012), Informe de vigilancia superior al sistema de responsabilidad penal para adolescentes, Bogotá

Organización de las Naciones Unidas. (1959) Declaración de los derechos del niño. Doc. A/4354. Recuperado de <https://www.oas.org/dil/esp/Declaraci%C3%B3n%20de%20los%20Derechos%20del%20Ni%C3%93rganizaci%C3%B3n%20de%20las%20Naciones%20Unidas,%20B1o%20Republica%20Dominicana.pdf>

Organización de las Naciones Unidas, *Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad)\**, en Recopilación de

reglas y normas de las Naciones Unidas en la esfera de la prevención del delito y la justicia penal (páginas 78-88).

Organización de las Naciones Unidas. Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores “Reglas de Beijing”, en Recopilación de reglas y normas de las Naciones Unidas en la esfera de la prevención del delito y la justicia penal (páginas 51-78).

Organización de las Naciones Unidas. Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (Reglas de la Habana), en Recopilación de reglas y normas de las Naciones Unidas en la esfera de la prevención del delito y la justicia penal (páginas 88-104).

Sistema de Protección de menores. (2013). Diario de a bordo: La primera declaración de los derechos del niño: GINEBRA 1924. Recuperado de <http://sistemadeprotecciondemenores.org/wordpress/?p=378>

Vargas Prentt, Mariela (2006). Breve estudio de la nueva Ley de la Infancia y la Adolescencia, REVISTA JUSTICIA • UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR • No. 11, 2006.

Neira Rodríguez, Ana María (2017) . Opinión de Jueces de Conocimiento del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes sobre el Informe Biopsicosocial. Trabajo de investigación realizado para optar al título de Especialista en Psicología Jurídica y Forense de la Universidad Santo Tomás.