



**RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR INFRACTOR.
UNA APROXIMACIÓN DESDE LA POLÍTICA CRIMINAL**

LAURIE NICOLLE CELY CÉSPEDES

**Trabajo de grado presentado como requisito para optar al título de
Especialista en Derecho Penal y Procesal Penal**

**Asesor
DEIBY ALBERTO SÁENZ RODRÍGUEZ
Doctor en Derecho – Doctor en Ciencias Jurídicas**

**UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
FACULTAD DE DERECHO
ESPECIALIZACION DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL
TUNJA, BOYACÁ
2020**

AUTORIDADES ACADÉMICAS

Fray JOSÉ GABRIEL MESA ANGULO, O.P.

Rector General

Fray EDUARDO GONZÁLEZ GIL, O. P.

Vicerrector Académico General

Fray ALVARO JOSÉ ARANGO RESTREPO, O.P.

Rector Seccional Tunja

Fray OMAR ORLANDO SÁNCHEZ SÚAREZ, O.P.

Vicerrector Académico Seccional Tunja

Dra. NUBIA LORENA DAZA LÓPEZ

Decana Facultad de Derecho – Seccional Tunja

Dra. CATHERINE DEL PILAR DIAZ SANABRIA

Directora de Postgrados Facultad de Derecho

Notas de Aceptación

NUBIA LORENA DAZA LÓPEZ

Decana Facultad de Derecho

CATHERINE DÍAZ SANABRIA

Directora de Posgrados en Derecho

DEIBY ALBERTO SÁENZ RODRÍGUEZ

Director Trabajo de grado

Santiago de Tunja, mayo de 2020

ABREVIATURAS

AP: Adulto-Punitivo, término acuñado por Ojeda-Burbano (2016).

BC: Normas internacionales del Bloque de Constitucionalidad

CIA: Código de la Infancia y Adolescencia

CIDN: Convención Internacional de los Derechos del Niño

CPC: Constitución Política de Colombia

CPP: Código de Procedimiento Penal

ESDD: Estado Social y Democrático de Derecho

ICBF: Instituto Colombiano de Bienestar familiar

JPA: Justicia Penal para Adolescentes

NNA: Niño, Niña y Adolescente

OJN: Ordenamiento Jurídico Nacional

PCA: Política Criminal Alternativa

PCT: Política Criminal Tradicional

RIAD: Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia

RPA: Responsabilidad Penal de Adolescentes

SPA: Sistema Penal Acusatorio

SRPA: Sistema de Responsabilidad Penal de Adolescentes

UNODC: United Nations Office on Drugs and Crime

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	8
JUSTIFICACIÓN	10
OBJETIVOS	11
Objetivo General	11
Objetivos específicos	11
METODOLOGÍA	12
HIPÓTESIS	12
1. ANTECEDENTES JURÍDICOS Y CONCEPTUALES	13
1.1. El Sistema de Responsabilidad Penal de Adolescentes SRPA	14
1.2. Imputabilidad	16
1.3. Imputabilidad diferenciada del menor infractor	16
1.4. Estado Social de Derecho y Democracia ESDD	17
2. LA POLÍTICA CRIMINAL Y LA LEY 1098 DE 2006	19
3. ANÁLISIS Y CONSIDERACIONES	23
3.1. Reflexión 1. Un conflicto dogmático	23
3.2. Reflexión 2. Ley 1453 de 2011 desconoce las normas nacionales e internacionales	24
3.3. Reflexión 3. Los derechos del menor prevalecen como interés jurídico superior	25
3.4. Reflexión 4. El derecho penal no es la vía para solucionar una problemática social	26
3.5. Consideraciones finales de la autora	27
CONCLUSIONES	29
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	31

RESUMEN

El artículo 144 del Código de Infancia y Adolescencia Penal define, como norma rectora al sistema de responsabilidad penal, dando un tratamiento procesal penitenciario (Ley 906 de 2004 modificada por la Ley 1453 de 2011) al menor infractor, que no corresponde al bien jurídico superior y el bloque de constitucionalidad para la protección y garantía de los derechos de niños, niñas y adolescentes, ni al tratamiento de rehabilitación y resocialización especializado y diferenciado del régimen punitivo aplicado al adulto.

Mediante una estrategia de investigación cualitativa, con diseño metodológico descriptivo, abordado desde un enfoque investigativo sociológico-hermenéutico, basado en fuentes secundarias y a partir de tres categorías analíticas asociadas, se pudo resolver la pregunta de investigación.

El resultado de este trabajo monográfico fue: el análisis e identificación de los antecedentes jurídico-conceptuales, criterios y doctrina de Política Criminal, Estado Social de Derecho y Democracia, y de Justicia Restaurativa, inmersos en el Ordenamiento Jurídico Nacional; y un escenario constitutivo de reflexiones, planteamientos y consideraciones sobre los conflictos entre principios y enfoques, que generan discrepancias en la toma de decisiones de fiscales y jueces para administrar justicia sobre el hecho penal del menor infractor.

Palabras Claves: política criminal, responsabilidad penal, imputabilidad diferenciada, rehabilitación-resocialización del infractor, tratamiento adulto-punitivo del menor.

ABSTRACT

The Criminal Childhood and Adolescence Code (article 144), defines as a guiding norm the criminal liability system, giving prison procedural treatment (Law 906 of 2004 modified by Law 1453 of 2011) to the minor offender, which does not correspond to the superior legal asset and the constitutional block for the protection and guarantee of the rights of children and adolescents, nor to the specialized and differentiated rehabilitation and re-socialization treatment of the punitive regime applied to adults.

Through a qualitative research strategy, with a descriptive methodological design, approached from a sociological-hermeneutic research approach, based on secondary sources and from three associated analytical categories, the research question could be solved.

The result of this monographic work was: the analysis and identification of the legal-conceptual antecedents, criteria and doctrine of Criminal Policy, Social State of Law and Democracy, and Restorative Justice, immersed in the National Legal System; and a constitutive scenario of reflections, approaches and considerations on the conflicts between principles and approaches, which generate discrepancies in the decision-making of prosecutors and judges to administer justice on the criminal act of the minor offender.

Key Words: criminal policy, criminal responsibility, differentiated imputability, rehabilitation-resocialization of the offender, adult-punitive treatment of the minor offender.

INTRODUCCIÓN

En Colombia, el derecho penal y la política criminal, como parte del Ordenamiento Jurídico Nacional (OJN) poseen características eminentemente normativas, que propenden por regular la conducta de la persona humana, el deber ser y, lo hace, cuando establece prohibiciones y mandatos

La existencia de la Responsabilidad Penal de Adolescentes (RPA) especial y diferenciada, así como su imputabilidad, es una problemática jurídica que abarca un amplio análisis en materia de *criminalidad juvenil*, la cual ha evolucionado desde la concepción de *ser incapaz* de ser responsable de los actos delictivos, susceptible de una tutela especial como consecuencia de sus actos.

Desde la esfera sustancial del derecho penal, los elementos jurídicos ontológicamente son iguales que para los mayores de edad, pero *procesalmente* se aplican con una esencia protectora y reeducativa, privilegiando la aplicación de una *imputabilidad diferenciada*.

Desde la protocolización de la Convención Internacional de los Derechos del Niño (CIDN), se definió al *Niño, Niña y Adolescente* (NNA), como sujetos de derechos y obligaciones, reconocidos como capaces de auto determinarse, de responder por sus actos, es decir, lo considera imputable.

En Colombia, la Ley 1098 de 2006 o Código de la Infancia y Adolescencia (CIA), define a los *adolescentes* como aquellas personas entre 14 y 18 años de edad y, en tanto personas, como sujetos activos de derechos y obligaciones jurídicas, reconociendo al menor como responsable de actos ilícitos cometidos acorde a su grado de desarrollo, siendo *sujetos imputables* de derecho penal.

Sin embargo, esta definición ha evolucionado a lo largo de los años, bajo el acertado criterio que *la infancia no es una categoría ontológica*, sino el resultado de un complejo proceso de construcción social (Acuña, 2008), lo cual coincide con la consolidación del Modelo Jurídico Garantista, y se enmarca en la concepción de que al menor de edad infractor, se le deben reconocer y respetar las *garantías procesales* de todo reo e igualmente su juzgamiento constituirá un procedimiento con características y finalidades pedagógicas y reeducativas (Useche, 2012, p. 22).

Partiendo de los antecedentes de postulados dogmáticos, filosóficos y procedimentales, el desarrollo del trabajo está referido al modelo y sistema jurídico penal juvenil de responsabilidad, adoptado en Colombia como Estado Social y Democrático de Derecho (ESDD), cuya realidad política, jurídica, económica y sociológica debe garantizar y proteger integralmente los derechos fundamentales de los ciudadanos desde la estructura, organización y funcionamiento del Estado, como presupuesto para la realización de la dignidad humana. La ESDD es una de las instituciones

principales del derecho constitucional no solo a nivel nacional, sino internacional como núcleo básico de conocimiento, que conduce a conceptualizar, interpretar y aplicar éste concepto con enfoque global y holístico. Con el paso del tiempo, se ha evidenciado un cambio de paradigma en la administración de justicia, como el tránsito *desde un enfoque retributivo* (donde el castigo es la manera más efectiva de reprochar y disuadir la conducta punible), *hacia un enfoque restaurativo* donde se atienden de manera colectiva las necesidades derivadas del injusto penal y la responsabilidad penal asociada a tal acto. Pero, en la práctica, tanto fiscales como jueces, en cumplimiento del artículo 144 del CIA, le dan un tratamiento de justicia penal al menor trasgresor, bajo las condiciones establecidas en el sistema penal acusatorio de tipo *Adulto-Punitivo* (Ojeda-Burbano, 2016), referido en la Ley 906 de 2004 y las modificaciones de la Ley 1453 de 2011.

En concordancia con lo anterior, y si la naturaleza de la Ley 1098 de 2006 establece un carácter reeducativo, especializado y diferenciado que privilegia procesos de rehabilitación para menores infractores; la autora plantea la siguiente pregunta para el desarrollo de este trabajo, ¿por qué el artículo 144 del CIA, refiere al tratamiento procesal penitenciario contenido en la ley 906 de 2004?

Para abordar la respuesta a dicha pregunta, en este artículo presenta una revisión de los aspectos característicos para la comprensión de uno de los más importantes vacíos o disfuncionalidades de la justicia penal de los menores de edad (Ley 1098 de 2006), frente a la aplicada a los adultos (Ley 906 de 2004); desarrollando para ello una metodología de investigación cualitativa, con un diseño de carácter descriptivo y enfoque sociológico-hermenéutico soportada con fuentes secundarias.

El propósito central del trabajo, es identificar los antecedentes jurídico-conceptuales, así como los criterios de *política criminal* inmersos en la estructura de *procedimientos penales* aplicados al menor infractor, en forma diferenciada y especializada, respecto a los usados con adultos. Así mismo las categorías analíticas asociadas con los elementos jurídicos del CIA, como: el abordaje colectivo de situaciones que afectan el orden social y la convivencia, el tratamiento participativo, la finalidad reeducativa al ofensor y sus familias con equipos psicosociales especializados, que busca restituir el vínculo social roto con el delito; generando empoderamiento y aprendizaje en todos quienes se vinculan en estos *procesos para el tratamiento del delito*, promovidos desde el ICBF, las autoridades regionales y locales. (ICBF, 2018; Caro-Cuartas, 2015).

Finalmente se realizan las reflexiones, consideraciones y conclusiones, pertinentes al análisis e identificación de los conflictos identificados y la visión personal dada por la autora, desde los criterios de la política criminal alternativa y la justicia restaurativa del ESDD que rige en Colombia.

JUSTIFICACIÓN

El elevado número de menores de edad que se encuentran en conflicto con la ley representan hoy una preocupación a nivel nacional, dado el aumento de conductas punibles y su gravedad, además del tratamiento en el tratamiento judicial y las controversias que se presentan en las decisiones *orientadas* o guiadas por normas complementarias.

Aunque la política criminal, clasificada como tradicional y alternativa, tienen dos enfoques yuxtapuestos, no ha logrado precisar un nivel de aplicación preciso en el contexto de la justicia colombiana; porque ésa disimilitud persiste cuando se trata de la RPA.

Mientras la política tradicional que no busca corregir las desigualdades sociales, sino promueve la coerción y represión con el aumento de penas y la construcción de más cárceles; la política alternativa dirige sus objetivos y propósitos a intervenir en la problemática social, para atacar el núcleo o causa del problema, buscando soluciones integradoras y garantistas, para la protección de los derechos fundamentales y la dignidad humana.

En el caso de la Ley 1098 de 2006, creada para fortalecer la importancia de la familia como *núcleo esencial de la sociedad*, se reconoce al menor como sujeto de derechos y como depositario de una dignidad intocable, sin embargo, es necesario analizar el conflicto de la situación jurídica presentado en el tratamiento procesal de privación de la libertad dado por la Ley 906 de 2004, tipo AP; lo cual sigue generando discrepancias en las decisiones de agentes e instituciones responsables de administrar justicia, sobre el injusto penal del menor infractor en Colombia.

Según Fernández-Carrasquilla (2002), la criminología, la política criminal y el derecho penal o dogmática jurídico-penal, constituyen las disciplinas centrales de los estudios relativos al crimen; donde la política criminal puede verse desde dos perspectivas: como disciplina del ser y dentro esta como teoría o como praxis; o como *disciplina del deber ser*.

En este trabajo se realiza una descripción, análisis e identificación de los elementos jurídicos de *política criminal*, ESDD y JR, inmersos en el OJN para responder la pregunta de investigación, concomitantes con prácticas, procedimientos y *deber ser* de la administración de justicia en la RPA.

Conforme con lo expuesto por Zambrano-Salazar, et. al (2010), la autora abordará el tema de reflexión (política criminal del Estado) en forma transversal, desde los principios superiores del OJN con la praxis, en lo administrativo, lo judicial y lo penitenciario, con los mecanismos con los que efectivamente el Estado pone en práctica oficialmente para prevenir el delito y la delincuencia.

OBJETIVOS

Objetivo General

Analizar los criterios y normas de política criminal y responsabilidad penal del menor infractor, con base en el artículo 144 de la Ley 1098 de 2006 y su relación con la Ley 906 de 2004, a partir de lo cual se permite dar al adolescente un tratamiento procesal de tipo adulto-punitivo.

Objetivos específicos

Reconocer los principios, conceptos, normas y jurisprudencia, pertinentes con la imputabilidad del menor infractor en Colombia y su tratamiento procesal desde la RPA.

Analizar los elementos de política criminal y de justicia penal de adolescentes, de tipo adulto-punitivista, los cuales no responden al carácter protector especializado, diferenciado, reeducativo y rehabilitante, consagrados en la Ley 1098 de 2006 (CIA).

Presentar un conjunto de reflexiones-consideraciones, desde una mirada de la *política criminal alternativa*, sobre la aplicación de imputabilidad del menor infractor, acorde con los principios de la justicia retributiva y del modelo de ESDD colombiano, garantista y proteccionista de los derechos fundamentales y la dignidad humana.

METODOLOGÍA

En éste *trabajo de fin de carrera* (Especialización en Derecho Penal y Procesal Penal), se realizó un ejercicio de investigación formativa de tipo cualitativo, con un diseño de carácter descriptivo, abordado desde un enfoque investigativo sociológico-hermenéutico y basado en fuentes secundarias (recolección, sistematización y análisis de la información); para lo cual no se requiere que la investigadora participe directamente del objeto de estudio (Alberto-Gherzi, 2013), dado que el propósito es aportar análisis y elementos que trasciendan a futuras investigaciones.

Teniendo en cuenta que, el saber jurídico como todo conocimiento en ciencias jurídicas no es absoluto ni revelado que se admite-acepta por acto de fe, sino un complejo entramado de miradas, enfoques y abordajes adecuadas a la realidad; este trabajo enmarcado en la investigación social se abordará desde las siguientes 3 categorías de análisis: **a)** responsabilidad penal-imputabilidad del menor infractor; **b)** la política criminal en el CIA y **c)** elementos transversales inmersos en la RPA.

HIPÓTESIS

Si la naturaleza de la Ley 1098 de 2006 establece un carácter protector, reeducativo, especializado y diferenciado que privilegia un proceso de rehabilitación y resocialización de los menores infractores; también es posible proponer nuevas miradas y enfoques desde la política criminal alternativa, para conciliar lo consagrado en el artículo 144 del CIA, respecto al tratamiento procesal penitenciario de la ley 906 de 2004, con miras de dar solución a ese problema social.

1. ANTECEDENTES JURÍDICOS Y CONCEPTUALES

La Ley 1098 de 2006 determinó en Colombia, un salto cualitativo para reconocer el rol social de los menores de edad, porque mostró avances significativos respecto a la definición de niño, al procedimiento aplicable en materia de responsabilidad y a las finalidades de las sanciones.

Sin embargo, la percepción judicial es tipificar la situación como irregular y aún se sigue observando al adolescente como objeto de protección, tendiéndose a nivelar lo punitivo y lo anormal. Se permite relacionar de tal forma que permite doblar el delito, produciendo una sombra al delito mismo, que son maneras de ser, presentadas como una causa, origen, motivación y punto de partida del delito (Holguín, 2010).

En razón de la actuación procesal, se debe tener en consideración que las normas hermenéuticas descritas en el Libro I, Título I, Capítulo I, del Código de la Ley 1098 de 2006, determinadas como normas de orden público, que en relación a la justicia penal adolescente tienen intervención, determinando la prioridad sobre otras disposiciones en casos de conflicto, como la judicialización de los adolescentes entre los catorce y dieciocho años que actúen en contra de la ley; de conformidad con lo establecido por la Corte Constitucional (2005), quien señala:

“Los menores de edad que cometen conductas violatorias de la ley penal son jurídicamente responsables ante el Estado y la sociedad. Por su condición de sujetos de especial protección, tal responsabilidad está sujeta al cumplimiento estricto de ciertos principios claves, a saber: (i) los principios de diferenciación y especificidad de las leyes, órganos, objetivos, sanciones y modo de actuación propios del sistema de justicia de menores, que debe estar orientado hacia la promoción de su bienestar, su tutela y la garantía de proporcionalidad entre el hecho y la respuesta institucional; (ii) el principio de la finalidad tutelar y resocializadora de las medidas que se han de imponer a los menores de edad como consecuencia de su responsabilidad penal, principio que conlleva la proscripción de un enfoque represivo en su tratamiento jurídico-penal; y (iii) el principio de la promoción del interés superior de cada menor de edad involucrado en la comisión de hechos punibles, y del respeto de sus derechos fundamentales prevalecientes.”

Ahora bien, el mecanismo de la protección especial e integral consagrado en la Ley 1098 de 2006, representa un instrumento para la categoría infancia y no solo para aquellos en circunstancias de vulnerabilidad. Por lo tanto, se eliminan las internaciones que no estén vinculadas a la comisión comprobada de un delito, y se crea un procedimiento más acorde con esta nueva noción de infancia;

en donde el concepto “adolescente infractor de la ley penal”, determina el tratamiento que el Estado otorgue a la persona; como el reconocimiento a la igualdad y dignidad humana, sin discriminación.

1.1. El Sistema de Responsabilidad Penal de Adolescentes SRPA

Es el conjunto de principios, normas, procedimientos, autoridades judiciales especializadas y entes administrativos, que intervienen en la investigación y juzgamiento de los delitos cometidos por personas que tengan entre 14 y 18 años, teniendo en cuenta las normas constitucionales, legales e internacionales que regulan la punibilidad del adolescente desde el marco de la protección integral de los niños niñas y adolescentes, reconociéndolos como sujetos de derechos y obligaciones, dándole la calidad de sujetos punibles a aquellos cuya edad se encuentra entre el rango establecido en el sistema para tal fin. De ahí la gran importancia del estudio del sistema y la sanción que se le imponga al adolescente al momento de incurrir en una conducta desviada, derivada del ilícito penal. El SRPA contenido en el CIA, está diseñado y aplicado a la luz del paradigma de la protección integral, en donde, los adolescentes son imputables y se les aplican las sanciones correspondientes por la comisión de algún delito; correspondiendo la sexta a la privación de la libertad, con lo cual quedó establecido que, de seis sanciones, una de ellas (la sexta) no es de tipo garantista.

Según Holguín (2010), la consagración expresa los principios de legalidad, de taxatividad, de lesividad, de prohibición de retroactividad, de exclusión de analogías, de igualdad ante la ley penal, de la cosa juzgada, del conocimiento de la Ley, del juez natural y la teleología de la sanción penal.

El SRPA consagrado en la Ley 1098 de 2006, está constituido a partir de los lineamientos de la Convención sobre los Derechos del Niño y otros instrumentos internacionales. Fue establecido como un sistema de procedimiento de carácter pedagógico, específico y diferenciado del sistema de adultos tanto en el proceso como en las sanciones, dirigido a los adolescentes mayores de doce años y menores de dieciocho (sujetos de especial protección constitucional) en conflicto con la ley penal e inspirado en un paradigma de protección integral y corresponsabilidad de la sociedad, el Estado y la familia que busca dotar al adolescente de las herramientas necesarias para llevar a cabo actividades productivas como manualidades, arte, madera, panadería agricultura y ebanistería, que le permitan aprender un oficio que contribuya a su formación e incorpore nuevos valores a su forma de vida, para reintegrarse a la sociedad como sujeto productivo alejado del delito. (Huertas, 2013).

Desde el *ámbito procesal*, la Ley 1098 de 2006 despoja al juez de las atribuciones omnímodas de investigar, juzgar y decidir en única instancia y establece órganos independientes especializados, la fiscalía y el juez delegado para la infancia y adolescencia. Asimismo, la figura del juez de control

de garantías, implementa un control de legalidad de actos tendientes a demostrar la responsabilidad del adolescente. Por lo tanto, el CIA fortalece la aplicación del principio de doble instancia, a través de una sala de asuntos penales de adolescentes, compuesta por dos magistrados de la sala de familia y un magistrado de la Sala Penal del Tribunal.

En Colombia existen instituciones como el ICBF, las defensorías de familia, los juzgados penales para adolescentes, las fiscalías delegadas ante los jueces penales para adolescentes, la policía de infancia y adolescencia, entre otras, encargadas de dar el manejo adecuado desde la perspectiva de los derechos a los niños niñas y adolescentes (López & Arenas, 2011).

El CIA posibilita el desarrollo de una política pública integral, coordinada, eficiente, protectora de NNA, basados en una perspectiva de derechos que permita alcanzar a toda la población infantil, participando de manera activa en su educación, protección y en el restablecimiento de sus derechos, en cabeza del Estado de desde todas sus áreas, basados en los principios que orientan la protección integral: la prevalencia de sus derechos, la corresponsabilidad, la exigibilidad de los derechos, la perspectiva de género, la participación, las normas de orden público y la responsabilidad parental.

EL SRPA colombiano, enmarca una imputabilidad penal diferenciada del adolescente infractor de la ley penal frente al adulto que delinque, la cual puede variar de un adolescente a otro, en lo que se refiere al grado de madurez en el ámbito psíquico, social o moral, postura dogmático–procesal sustentada por Hans Welzel, Claus Roxin y Günther Jakobs, en sus respectivas obras sobre Derecho Penal (Guzmán, 2012; Martínez-Idárraga, Olaya-Salazar, & Zuleta-Castañeda, 2012).

El SRPA, enmarcado por el modelo jurídico de la justicia restaurativa, se fundamenta en el principio dogmático de un derecho penal doblemente mínimo, el cual propugna por la aplicación al adolescente infractor de medidas diferentes a la sanción punitiva (Convención de los Derechos del Niño artículo 40.3, literal b), el Artículo 11.1 de las Reglas Beijing (Res. No. 40/33 de 1985) y el Artículo 57 de la Directrices de Naciones Unidas Riad (Res. No. 45/112 de 1990); como la aplicación preferente del principio de oportunidad, con postulados restaurativos de la protección integral garantista y los de la prevalencia del interés superior de los derechos del menor, implicando un ejercicio subsidiario del poder punitivo, desarrollándose así la fragmentariedad y la *última ratio* del derecho penal (C-647/01, C-370/02, C-489/02, C-762/02, C-804/03 y C-636/09). A *contrario sensu*, la reforma introducida por la Ley 1453 de 2011, desnaturalizó lo restaurativo del SRPA en un modelo neopunitivista, obedeciendo a la *tesis criminológica* de responsabilización penal norteamericana adecuada a su niñez, que consiste en *penalizar los conflictos sociales*.

1.2. Imputabilidad

Imputable es “la persona que reúne aquellas características biológicas y psíquicas que, según el Derecho Penal, le hacen capaz de ser responsable de sus actos”. Por el contrario, inimputable es “aquella persona que carece de las facultades biológicas y psíquicas necesarias para ser motivado racionalmente por las normas penales y, en consecuencia, no es culpable, en sentido jurídico-penal, de sus actos delictivos” (Diccionario Jurídico Colombiano).

Sin duda, uno de los aspectos más complejos de la responsabilidad, en el Derecho Penal, tiene que ver con la imputación, porque consiste en las condiciones de atribución de la responsabilidad al sujeto como consecuencia del delito. Se precisa que haya ocurrido un delito y que pueda atribuírsele a alguien, pero no basta. En efecto, la teoría clásica basó la imputación en un concepto esencial de causalidad, conforme al cual resultaba responsable el sujeto a quien pudiese atribuírsele el haber desatado la causa del resultado antijurídico. La teoría finalista forja esa atribución a la fijación de la intención final, mientras que el estructural funcionalismo considera, básicamente, las condiciones de imputación objetiva (Moya & Bernal, 2015).

Tanto las penas, como las medidas de seguridad, son sanciones penales, consideradas las más drásticas del orden punitivo institucionalizado, aun cuando, existen otros medios de control social no formales, como la familia, la iglesia y las instituciones educativas. El derecho penal, está dirigido a presionar sobre los individuos para obtener la conformidad de su comportamiento con las tradicionales *reglas de conducta*, provenientes o híbridadas de diferentes sistemas.

No obstante, el derecho penal, es también la expresión del poder político, porque brinda sentido a la normatividad penal, que en forma sistemática con los conocimientos del delito y de la pena, legitiman el poder punitivo del Estado *-ius puniendi-* y la aplicación racional de la ley penal, con apego al principio constitucional de legalidad y con criterios de política criminal. Ese poder sancionador está sometido a ciertas limitaciones, encaminadas, entre otras funciones, a evitar el uso indiscriminado de la violencia institucional; límites que nuestro ESDD ha reconocido y elevado a norma constitucional, integrada además por los instrumentos internacionales que regulan los Derechos Humanos de las personas, llamado Bloque de Constitucionalidad (Oviedo, 2009).

1.3. Imputabilidad diferenciada del menor infractor

La Ley 1098 de 2006 alteró la mayoría de edad para efectos de la imputabilidad y la Ley 1453 de 2011 modificó el tratamiento procesal de la pena. Se indicó que serían imputables penalmente

los mayores de 14 años y se estimaban como sujetos sancionables con pena de privación de la libertad con fines pedagógicos a partir de los 16 años. Significa lo anterior que la condición de autor, coautor o partícipe puede ser adquirida por cualquier persona mayor de 14 años y que le serán aplicadas las penas correspondientes, con la salvedad de la base pedagógica que acompaña la privación de la libertad, así como el límite de edad de los 16 años, a partir de la cual es probable la privación de la libertad. Para la imputabilidad, se requiere que haya satisfecho las exigencias reclamadas objetivas y subjetivas, en la descripción típica, para que pueda satisfacer esta condición concreta de la responsabilidad.

1.4. Estado Social de Derecho y Democracia ESDD

Con el surgimiento del ESDD, a partir de los postulados del estado liberal de derecho y erigido sobre las bases del estado social, de la adopción de las garantías y derechos de rango constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos, la distinción entre derechos humanos por generaciones ya no tiene cabida dentro de las teorías actuales del derecho, de la justicia y del constitucionalismo contemporáneo, pues todos los derechos de rango constitucional son derechos fundamentales. (Ramírez-Betancur, 2019)

El ESDD puede observarse desde las realidades: política, jurídica, económica y sociológica:

Como *realidad política*, el ESDD debe tener su punto de partida en la Constitución, la garantía y protección de los derechos fundamentales y en la división del poder público, basadas en la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de la Revolución Francesa de 1789 en su artículo 16, “Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución.”

Como *realidad jurídica*, el ESDD tiene como fuente primaria del derecho la Constitución Política. El Estado liberal tenía como centro de gravedad la ley, el código como su fuente primaria del derecho. Con la evolución del Estado hacia el Estado Social y Democrático de Derecho, la fuente primaria y principal del derecho es la norma de normas.

Como *realidad económica*, el ESDD entendido desde el estudio de los recursos, los medios de producción, distribución y consumo de bienes y servicios, para satisfacer las necesidades humanas, cobra importancia porque de esa realidad económica es que depende que el Estado pueda garantizar y satisfacer las necesidades y, por ende, la dignidad humana de sus asociados.

Como *realidad sociológica*, el ESDD se fundamenta en la doctrina del “derecho viviente”, es decir, que la creación del derecho por parte del legislador y la aplicación e interpretación de las

normas por parte de los operadores jurídicos debe hacerse con un sentido literal, histórico, natural, sistemático y sociológico, de acuerdo con la evolución de la sociedad y de sus necesidades.

El ESDD es una institución creada como garantía y protección de los derechos fundamentales como presupuesto para la realización de la dignidad humana, en donde, el modelo de Estado garantiza y protege los derechos fundamentales enlistados en la Constitución como un orden objetivo de valores que en la práctica se convierten en derechos públicos subjetivos. Es decir, que como orden objetivo de valores los derechos fundamentales están plasmados en la Constitución como guía y norte del ESDD y como derechos públicos subjetivos en la medida en que son exigibles de todo ciudadano, no solo frente al Estado, sino también frente a sus semejantes, a través de los mecanismos propuestos para ello.

Por lo anterior, el ESDD como realidad política, jurídica, económica y sociológica, es el *modelo de Estado que garantiza y protege* los derechos fundamentales como presupuesto para la realización de la dignidad humana (Ramírez-Betancur, 2019).

2. LA POLÍTICA CRIMINAL Y LA LEY 1098 DE 2006

La política criminal es el conjunto de respuestas (ordenación) que el Estado adopta para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y los derechos de los residentes en el territorio.

El concepto involucra aquellas directrices que el Estado en un momento dado y en una posible coherencia con su sistema político, pone en práctica a fin de prevenir la criminalidad; siendo de contenido netamente social y ya en última instancia se puede hacer uso del derecho penal.

La política está constituida por aspectos jurídicos (normas penales), económicos (incentivos para estimular un determinado comportamiento o desincentivos), culturales (para generar conciencia sobre las bondades o consecuencias nocivas de un determinado comportamiento que causa un grave perjuicio social), tecnológicas (uso sistemático de innovaciones científicas para obtener la prueba de un hecho constitutivo de una conducta típica).

La política criminal desempeña un papel importante en la dinámica delictual de todas las sociedades, siendo un mecanismo de control que debe estar ajustado a condiciones legales, que respeten las garantías constitucionales y a su vez consigan la prevención del delito y mantengan el control de la criminalidad, bajo la garantía de la protección de los derechos fundamentales, junto con la resocialización de las personas privadas de la libertad.

En Colombia, la Corte Constitucional profirió las Sentencias T-388 de 2013 y T-762 de 2015, donde presentaba el estándar constitucional mínimo que debe cumplir una política criminal respetuosa de los derechos humanos.

Sin embargo, lo que ocurre en nuestro Estado es que no existe esa política criminal diáfana, sino que con frecuencia oscila en su aplicación, hacia reprimir el delito olvidando por completo la coherencia que debe existir entre su política criminal y los derechos humanos reconocidos en el OJN, lo cual trae consecuencia un marcado sesgo hacia la política penal.

Para Baratta (2004), la política penal es una respuesta a la cuestión criminal circunscrita en el ámbito del ejercicio de la función punitiva del Estado, que no es otra cosa que, ley penal, ejecución de la pena y las medidas de seguridad. Para éste tratadista, la política criminal puede ser *tradicional o alternativa*, en donde la primera pretende legitimar la ley penal, y la segunda, asume que el sujeto *delincuente* es una víctima del sistema penal, e intenta reducir el alcance del sistema penal y de sustituirlo por otros mecanismos, que aporten en la verdadera *solución del conflicto social*.

Según el Observatorio de Política Criminal del Ministerio de Justicia (2016), ésta debe tener un carácter preventivo, respetar el principio de la libertad personal, buscar la resocialización de condenados, usar las medidas de aseguramiento privativas de la libertad en forma excepcional, estar sustentada en elementos empíricos, proteger los derechos humanos de personas privadas de la libertad, ser sensible a los sujetos de especial protección constitucional, coherente y sostenible.

Por lo tanto, la política criminal no implica que el Estado establezca lineamientos de prevención de la criminalidad sólo desde el área penal, sino potenciar diversos mecanismos mediante los cuales el Estado actúe para prevenir la comisión de delitos, con política social hacia la educación, el trabajo, la justicia, la igualdad material, la participación política, el acceso a la justicia, entre otros.

Desde luego, corresponde al Estado brindar las garantías, acompañadas de las transformaciones económicas, políticas y culturales, creando condiciones de igualdad y libertad, para su desarrollo hacia un orden justo, que permitan el desarrollo de principios como la justicia social, según función y prioridad del ESDD; pero a su vez, como parte de la política social.

Desde el punto de vista de *Política Criminal*, estos elementos jurídicos y criterios, corresponden a la tipología de *Alternativa*, pudiéndose asegurar que Colombia como ESDD, aunque orientado o guiado por la PCA, no la desarrolla como tal, porque se considera al delincuente como una persona con un comportamiento calificado como anormal, por lo cual es necesario aplicar un tratamiento con miras a reincorporar a ese sujeto al marco social, asumiendo que la pena es útil y necesaria, y permitirá prevenir el delito y la privación de la libertad como mecanismo para la resocialización.

En el caso de la RPA, los estándares internacionales están delimitados por las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la administrar justicia en menores (Reglas Beijing, Directrices de la Riad, la CIDN, Reglas de La Habana), que hacen parte del Bloque de Constitucionalidad.

Para el análisis de la política criminal que trasciende la Ley 1098 de 2006, es necesario empezar por citar que fue creada en forma correspondiente con el artículo 44 de la CPC, porque desde allí se expresa la primacía de los derechos reconocidos a los NNA, así como la corresponsabilidad connatural que tiene la familia, la sociedad y el Estado para garantizar el ejercicio de tales derechos.

El legislador, plasmó en el CIA, la necesidad de garantizar la protección integral con políticas en los ámbitos nacional y local, con asignación de recursos financieros, físicos y humanos; así como los derechos a la vida, la calidad de vida, la integridad personal, la rehabilitación y la resocialización, la protección, la libertad, la seguridad social, una familia, una alimentación equilibrada, a la identidad, la educación, el desarrollo integral en la primera infancia, entre otras.

Dado que, la comisión de conductas punibles de los NNA no se previene con la imposición de sanciones, sino con el cumplimiento de todas esas obligaciones que el Estado tiene dispuesto para con la infancia y la adolescencia, en aras de una sociedad libre, justa y socialmente segura; no se entiendo cómo, el artículo 144 del CIA determinó que el procedimiento del SRPA se rige por las normas consagradas en la Ley 906 de 2004 (Sistema Penal Acusatorio), exceptuando aquellas que sean contrarias al interés superior del adolescente, cuando el ONJ y la norma superior determina que no existirán excepciones sobre los derechos y garantías de la niñez y la adolescencia.

El hecho de promulgar la Ley 1098 de 2006 con la existencia de los conflictos generados por los artículos 144, 159 y 187, en cuanto al RPA, no obedece a los principios constitucionales, ni al propio objeto de la Ley de establecer normas sustantivas y procesales para la protección integral de los NNA, y así garantizar plenamente el ejercicio de sus derechos y libertades.

En el caso del artículo 159 del CIA, la estigmatización de los menores de edad judicializados es mayúscula, porque si “las entidades competentes deberán hacer compatibles los sistemas de información para llevar el registro de los adolescentes que han cometido delitos, con el objeto de definir los lineamientos de política criminal para adolescentes y jóvenes”; estamos frente a un sistema de registro de antecedentes judiciales.

El artículo 187 del CIA (modificado por el artículo 90-Ley 1453 de 2011), contiene una fórmula de aplicación de la *respuesta penal* que adquiere sentido solo para un adulto que está inscrito en un sistema *de justicia retributiva* y no el cacareado modelo nuestro de justicia *restaurativa* (con un viceministerio abanderado en esa área), basado en la protección integral y la dignidad humana.

Precisamente, cuando el legislador expidió la Ley 1453 de 2011, reformó el Código Penal, el CPP, el CIA, las reglas sobre extinción de dominio y otras disposiciones en materia de seguridad, que *agravaron* la situación del menor infractor, al disminuir la edad para ser privado de la libertad, aumentando el número de delitos para los menores entre 14 y 16 años cobijables con medidas de internamiento preventivo y privación de libertad, y amplió edad para cumplir el total de la sanción.

De otra parte, la JPA que debería ser la progresividad o irregresividad (en razón a las conquistas internacionales de NNA), no es suficientemente ágil para garantizar sus beneficios, en la ejecución de medidas, que dependen también de las necesidades sociales del joven, que son muy cambiantes por las condiciones psicosociales y del contexto (Ojeda-Burbano, 2016).

En Colombia, el ICBF lidera algunas acciones para el mejoramiento y la transformación de entornos de protección para los NNA, la reducción progresiva de todas las formas de violencia y

explotación contra la niñez y la adolescencia, que inducen a su vinculación en actividades ilícitas e ilegales; interviniendo con enfoque diferencial (étnico-género) y acciones de cualificación en las modalidades de atención, *sin un presupuesto financiero* acorde con este enorme escenario, caotizado con los NNA reinsertados (Latorre-Iglesias, Tirado-Acero & Ardila-Mora, 2018).

Para la autora, éste conflicto dogmático del CIA, el SRPA y el sistema penal, son simplemente estrategias de *control social* para *criminalizar* a los menores de edad, aspecto concomitante con la aplicación de una justicia retributiva, propia de una política criminal tradicional (triada delito-delincuente-pena); yuxtapuesta a la justicia restaurativa declarada por el Estado colombiano, así como una *política criminal alternativa* y el estatus constitucional como ESDDP.

De otra parte, reconocer que no existen beneficios para redimir la pena, es negar la aplicación del principio de prevalencia de los derechos, consagrado en el artículo 9° del CIA; asimismo, no aplicar las normas más favorables al menor infractor es incumplir las garantías que los NNA tienen como sujetos de derechos una vez lograda la finalidad del proceso reeducativo y de rehabilitación social y prevalencia de los derechos, taxativos en el CIA, que establece: “en caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del NNA”.

Según Galán-González (2011), los argumentos de quienes pregonan la inexistencia de política criminal, plantean la discusión desde el “deber ser”, precisamente porque consideran que la “*verdadera política criminal*” es la que atiende a las causas de la desviación para prevenirla y que va de la mano de la *política social*, para corregir aquellos factores de desigualdad social que fomentan *la problemática del crimen*.

Para Velásquez-Lyons (1998), señala que, las políticas de prevención del delito deben ubicarse en el ámbito de la *política social*, dado que la primera es parte integrante y primordial de la segunda.

Si la *política criminal tradicional* tiene como finalidad la prevención y represión del crimen, es articuladora de la acción de mecanismos de control social, para que una vez se detecten las causas del crimen y las situaciones de proclividad delictiva, estas sean atacadas, reprimidas e incluso extirpadas de la sociedad, porque considera así se previene y se resocializa; en consecuencia, no busca corregir las desigualdades sociales, ni la satisfacción de las necesidades básicas de la población vulnerable, como sí ocurre con los postulados de la *política criminal alternativa*.

3. ANÁLISIS Y CONSIDERACIONES

3.1. Reflexión 1. Un conflicto dogmático

En el texto de la Ley 1098 de 2006, el legislador plasmó una política criminal alternativa en el artículo 21, pero cuando nos encontramos con el artículo 144, se evidencia lo opuesto, porque en lugar de garantizar que los menores infractores no sean detenidos ni privados de su libertad, y se garantice el derecho a la rehabilitación y la resocialización por vías pedagógicas y de re-educación especializada e integrada con la sociedad.

En otras palabras, el aparato penal para los menores infractores debería estar fundado en dos fases: primero aplicar todas las políticas y estrategias de tipo social tendientes a la prevención de la criminalidad y a la protección de bienes jurídicos, y por último reeducar al adolescente para su rehabilitación; solo así, la Ley 1098 cumpliría con su status reeducativo y tratamiento especial-diferenciado, para que una vez cumplida la sanción (no una pena privativa de la libertad), el menor esté en capacidad de volver a la sociedad (resocializado).

Según Baratta (2004), “la verdadera reeducación debería comenzar por la sociedad antes que por el condenado”, porque debe primar la política criminal alternativa, basada en reformas sociales e institucionales profundas, en materia procesal, de la organización judicial y de la policía con el fin de democratizar estos sectores del aparato punitivo del Estado.

Interpretando a Alessandro Baratta (2004), la autora considera que, política criminal alternativa debe reorientar el CIA aplicable al menor infractor, debe propender por abolir la institución carcelaria y por la contracción del sistema penal sustituyéndolo por otros mecanismos que propendan por una solución a los problemas y necesidades sociales ocultos detrás de la comisión de un delito, para cumplir con los fines de la PCA (descriminalizar, despenalizar, desprisionalizar y desjudicializar y con los fines y principios del ESDD del Estado colombiano.

En gracia de alimentar la presente reflexión, la PCA tampoco se aplica en forma contundente en el resto del OJN, pues casi a diario se debate para tipificar más delitos e incrementar las penas, incluyendo allí las múltiples y fallidas intenciones de pena con cadena perpetua.

En concepto de Claus Roxin (2006), “la imposición de una pena sólo está justificada allí donde el comportamiento perjudique de manera insostenible la coexistencia libre y pacífica de los ciudadanos y no sean adecuados para *impedirlo otros medios jurídicos y político-sociales* menos radicales”, reiterando aquí que, la forma de realizar una excelente *política criminal* es adelantando

una adecuada *política social*” (Velásquez-Lyons,1998); situación que no se cumple en el SRPA del CIA, porque no quedó instrumentalizado para prevenir el delito, como sí para reprimirlo y la *política penal* es aquella que, sin considerar las verdaderas causas del delito, se ocupa de coartarlo.

3.2. Reflexión 2. Ley 1453 de 2011 desconoce las normas nacionales e internacionales

La norma que pretendía disminuir la criminalidad en los adultos mediante el aumento de penas para fortalecer el paradigma vivo de la “seguridad ciudadana”, modificó en materia procesal a la RPA, porque alteró el artículo 187 del CIA aplicado características del sistema retributivo como si se tratase de adultos, en contravía de los principios del CIA y del Bloque de Constitucionalidad.

Las causas de este desconocimiento de las BC, significó un retroceso que hoy, nueve años después está marcado por el hacinamiento de menores infractores en centros de internamiento preventivo, con un inusitado y agravado conflicto social, porque las prácticas y concentración de grupos de poder en su interior, se desbordan en forma similares a las penitenciarías de adultos.

Es de suma importancia reconocer que, el legislador y la sociedad en general, cayó en la trampa de la presión mediática y por los inconformismos de los representantes de víctimas, que veían no solo el aumento de las conductas delictivas sino participación incrementada de menores comitentes; además de la impunidad alcanzada, por incompreensión de la sociedad frente al *conflicto social*. En otras palabras, las sanciones impuestas a los infractores eran supuestamente irrisorias frente al daño causado a la víctima, dado que la sociedad exige una justicia retributiva; pero corresponde a la justicia, las ciencias jurídicas y los juristas penales hacer pedagogía y crear conciencia en la aplicación de los preceptos, principios y políticas del sistema de justicia restaurativa de nuestro ESDD, en donde las sanciones garanticen la primacía de los derechos y garanticen los procesos de rehabilitación y resocialización, para no continuar con la doble función de la respuesta jurídica del Estado, por un lado, orientarse al interés superior del menor para protegerlo y, por la aceptación de consecuencias punitivas, propias del sistema penal y régimen penitenciario aplicado a los adultos

No podemos descansar en repetir que, nuestra justicia restaurativa está basada en la protección integral del menor y que en el SRPA no se deben imponer penas y, por consiguiente, no ha lugar con la redención de penas, como tampoco existen beneficios en cuanto a las sanciones aplicables a los adolescentes, porque jurídicamente, los beneficios y la redención de las penas son fenómenos que pueden ser predicables solo a los adultos. La reintegración a la sociedad no se consigue cuando se priva de la libertad y por el contrario, allí podría adquirir mayor conocimiento de la delincuencia.

Con el aumento del término de la privación de la libertad consagrado en la Ley 1453 de 2011, se sigue transgrediendo los derechos de NNA, porque no se debe acudir al derecho penal, para someter a una persona que aún no ha completado su formación psíquica o mental. En diferentes sistemas de justicia de ídem países, se ha demostrado que la pena más severa no es la más formativa para un menor infractor de la ley; como también que, en ninguno de estos países, el aumento del término de las sanciones ha logrado erradicar el delito cometido por dichos menores de edad.

3.3. Reflexión 3. Los derechos del menor prevalecen como interés jurídico superior

Retomando el hecho que, la sanción aplicable a un menor infractor no debe tener características punitivas sino eminentemente reeducadora y rehabilitante pedagógico, no le aplica como sí a los adultos, como tampoco prevalece la gravedad de la conducta, sino las circunstancias y necesidades del adolescente, que son las que se deben evaluar, para la graduación de la sanción que vaya a contrarrestar la problemática social del adolescente en conflicto con la ley penal.

En consecuencia, desde el derecho penal, no se puede reaccionar frente a estos hechos con indiferencia ni tampoco con dureza, porque se estaría enviando dos mensajes incorrectos a la sociedad: el primero que, con el endurecimiento y la pena, el menor *aprenderá* la lección (que podría ser la delincuencia de otros infractores) o, segundo, que la intervención para rehabilitar y resocializar es blanda con los menores, en aras de evitar la continuidad dentro de la vida delictiva.

Le cabe responsabilidad de solicitud del endurecimiento de las sanciones, no solo a las víctimas del delito cometido por el infractor, sino por los medios de *comunicación social*, que a priori, consideran el sesgo retribucionista de fortalecer la política criminal, a través de la incorporación de medidas más agresivas y represivas, privativas de la libertad para los menores que, en alguna etapa de su desarrollo humano, emprenden acciones de delincuencia, por imitación o por estados psicosociales o por necesidad frente a condiciones sociales precarias de hambre o pobreza.

Para Quiroga (1986), el menor de edad es, por su misma situación evolutiva, un ser imprudente, descuidado, negligente y tiene a menudo mala intención, pero no es capaz de comprender la significación completa y trascendente, moral y social de sus actos propios de su estado evolutivo con transformaciones extremas, relacionadas con los conflictos que vive el menor dentro de su núcleo familiar y social; y que la comisión de las conductas, hace parte de una crisis pasajera hacia la madurez plena, que desaparece por sí misma al llegar a la adultez, sin necesidad de acudir al derecho penal y mucho menos con las penas previstas en el sistema de adultos, por lo que pueden considerarse como delitos de bagatela, que puede ser tratados a través de ayudas administrativas.

3.4. Reflexión 4. El derecho penal no es la vía para solucionar una problemática social

En nuestro país se hizo costumbre la estigmatización de los menores infractores y el *castigo ejemplar* que se les debe aplicar, para satisfacer la necesidad de seguridad ciudadana o morbo o quizá como mecanismo de defensa al complejo de culpa social, promovido desde influenciadores de opinión, medios de comunicación, redes sociales proclamados por los medios de comunicación y un gran sector de la sociedad, que se cree parte de la solución y no de la problemática social del delito; que encuentra solo el camino del derecho penal y de las acciones de tipo penitenciario con privación de la libertad de forma intramural, para resolver con penas y medidas de aseguramiento, sin importar las condiciones de inmadurez, vulnerabilidad y desprotección de los menores.

No se comprende bien como, ¿si el espíritu de la ley 1098 de 2006 es eminentemente educativa, proteccionista y de afrontamiento restaurativo, ¿por qué razón el legislador acudió al régimen penal para determinar la suerte del menor y en muchos casos el proceso a seguir, a través de fiscales y jueces no especializados, en lugar de comisarios o jueces altamente especializados?

La respuesta parece saltar a la vista: porque el sistema penal para adolescentes en Colombia se diseñó para dogmas de la justicia retributiva, entendida como “el sufrimiento que se le debe ocasionar a quien previamente hizo sufrir a su víctima”, y no como enfoque restaurativo, porque el control social se previó como restricción de derechos y garantías; de suyo propio y contrario sensu, nuestro sistema penal para adultos, no reforma, no enseña, ni dignifica.

La estigmatización de los menores de edad judicializados, se incluyó de manera expresa en el artículo 159 de la ley 1098 de 2006 agravado con la Ley 1453 de 2011, modificatoria de la primera, porque se determinó que: “las entidades competentes deberán hacer compatibles los sistemas de información para llevar el registro de los adolescentes que han cometido delitos, con el objeto de definir los lineamientos de política criminal para adolescentes y jóvenes”; en otras palabras, institucionalizó el registro de antecedentes judiciales de los menores de edad infractores sustituyendo con esto el tratamiento especializado y diferenciado respecto de los adultos, otorgado por el CIA por una inminente estigmatización y exclusión social.

Casi a diario se informa por los medios de comunicación o por los propios de la propia rama judicial, la reincidencia de los infractores al retornar a las calles, creando una falsa percepción de que ser todos y que todo el esfuerzo realizado en la fase de ejecución de la sanción se pierde porque

el menor al retornar a su medio social, vuelve a enfrentar las mismas dificultades que lo hicieron vulnerable frente al SRPA y a una sociedad frente a la cual ya es inadaptable.

Aunado a lo anterior, el sesgo negativo creado por las oportunistas campañas electorales de protección a la niñez o de las escasas e inocuas las iniciativas legislativas en pro de subsanar parcial o totalmente los conflictos jurídicos, mediante proyectos de ley para intervenir escenarios socio-familiares que posibiliten de manera efectiva la óptima no reincidencia de los menores infractores.

Existen alternativas inexploradas para rehabilitar al menor infractor, diferentes al derecho penal, que deben articularse a las políticas públicas y sistemas del desarrollo humano y social, creados para lograr la protección integral del menor, desde cambios estructurales contundentes, creando nuevas instituciones especializadas en el tratamiento interdisciplinario integrado de los menores en conflicto con la ley, para que el proceso reeducativo tenga impacto positivo en el camino de la resocialización, para afrontar la vida, con las oportunidades necesarias, en aras de evitar la continuidad dentro de la vida delictiva.

3.5. Consideraciones finales de la autora

La sociedad colombiana es indiferente y poco creativa a la hora de proponer alternativas para solucionar los problemas ligados a la delincuencia de menores, por esa razón acude una y otra vez al derecho penal como mecanismo para defenderse (Delgado-Nocua, 2019).

A riesgo de burocratizar el aparato judicial y teniendo en cuenta que, uno de los viceministerios del Ministerio de Justicia y del Derecho se denomina *Política Criminal y Justicia Restaurativa*, del cual dependen tres Direcciones (justicia transaccional, de política criminal-penitenciaria, de política de drogas); *la autora considera oportuno* modificar el organigrama de ése viceministerio, para agregar una cuarta Dirección denominada de Responsabilidad Penal para Adolescentes, que opere como una instancia de instrumentalización para la coordinación y articulación institucional, intersectorial, determinada en el Decreto 1885 de 2015, en cuanto a la fijación de parámetros técnicos, la creación e instituciones especializadas para la formación y cualificación de responsables en el manejo interdisciplinario y transdisciplinario (no como el multidisciplinario actual); así mismo, para el seguimiento y la evaluación y mejoramiento de las acciones integradoras del tratamiento diferenciado, reeducativo, rehabilitación y resocialización efectiva del menor infractor, concomitante con el Estatuto de Ciudadanía Juvenil (Ley 1622 de 2013).

El propósito no es otro que proteger a los menores que han cometido conductas punibles y posibilitar una intervención interdisciplinaria el equipo rehabilitador y no las acciones pedagógicas

de tipo multidisciplinaria y desagregada que se realiza por “subespecialidades de trabajo social, psicología y pedagogía social.; en aras de cumplir con la normatividad interna soportadas por el BC.

Como sujeto de derechos al menor infractor se le debe imponer sanciones, identificando las normas aplicables que le causen mayor beneficio, independiente de la gravedad de la conducta y las necesidades de la sociedad, con equilibrio entre la justicia hacia las víctimas, pero también frente al restablecimiento de los derechos del infractor; aboliendo la privación de la libertad que no implica la aplicación de justicia, como tampoco la omisión la privación no es sinónimo de impunidad, porque la sanción es el proceso reeducativo rehabilitante, y no la contención física.

CONCLUSIONES

Los planteamientos teóricos y procesales para en el tratamiento de la RPA están soportados sobre 2 ejes fundamentales, la Ley 1098 de 2006 (art. 144) y la Ley 908 de 2004, que abarcan un gran número de principios, conceptos, normas y jurisprudencia, pertinentes con imputabilidad del menor infractor en Colombia; pero en su manejo y administración de justicia existen discrepancias en los enfoques e interpretaciones jurídicas, usadas por jueces y fiscales para la toma de decisiones.

Dado que, sobre este tema existen múltiples aproximaciones y puntos de vista, provenientes de sentencias, libros de texto, artículos y tesis de grado en maestría; el propósito de esta monografía no fue el de controvertir a los autores, ni mucho acopiar sus textos, sino desarrollar una revisión, análisis y consideraciones, en el ejercicio requerido de investigación formativa de corte sociológico-hermenéutico.

En consecuencia, la revisión de literatura que posibilitó el análisis requerido, permitió generar cuatro reflexiones que dieron respuesta a la pregunta de investigación y a su vez, cumplir con los objetivos monográficos planteados; en su orden fueron:

1. Existe un *conflicto dogmático* entre la Ley 1098 de 2006, la Ley 906 de 2004 y los principios de ESDD, justicia restaurativa y política criminal no reactiva, que desconoce además las reglas internacionales y del derecho consuetudinario incorporadas en el BC. No se garantizan ni se protegen los allí cacareados derechos del NNA, quedando expuestos a privación de su libertad, desconociendo el real derecho a rehabilitarse y resocializarse en forma diferenciada, por vía reeducativa de reintegro a la sociedad.

2. La Ley 1453 de 2011 desconoce las normas y acuerdos internacionales en doble vía: disminuyó la edad para la imputación penal y aumentó el término de privación de la libertad, transgrediendo los derechos de NNA que, como seres humanos aún no ha completado su formación psíquica o mental.

3. Los derechos del menor *prevalecen como interés jurídico superior* y, en consecuencia, la sanción aplicable a un infractor no debe ser punitiva (como la del adulto), sino eminentemente reeducadora para contrarrestar la problemática social que lo llevó a entrar en conflicto con la ley penal. Desde luego, ante la sustracción de materia en prevención del delito (estatuído en la PCA y JR de nuestro ESDD), lo más apropiado es romper el paradigma que, la pena más severa es la más formativa.

4. El derecho penal *no es la vía para solucionar una problemática social*, porque el SRPA se sesgó con tintes de justicia retributiva donde prima el castigo y/o la pena sobre los principios y derechos del bien jurídico superior (la niñez y la adolescencia), y adquirió matices de control social y contrario sensu a lo restaurativo, sesgándolo al tratamiento punitivo del adulto, que ni reforma, ni educa, ni dignifica.

Además de lo anterior, se pueden esbozar las siguientes conclusiones complementarias:

- En Colombia existe una *política criminal* para el menor infractor que no interpreta al OJN ni al BC, dada la creación y expansión del control social formal; lo cual la sesga como una política criminal reactiva, mas no preventiva y que no obedece a un análisis integral de la realidad social.

- Sorprende que las reformas “estructurales” de la RPA hayan sido influenciadas por situaciones mediáticas, coyunturales y de presión social, provenientes de medios de comunicación y redes sociales, bajo el sofisma de garantizar la seguridad pública y justicia sin impunidad, desconociendo advertencias, recomendaciones y aporte de académicos e intelectuales sobre la coherencia del OJN.

- No se vislumbra una alternativa para la construcción de una verdadera sociedad civil de nuestro país, que aquella inspirada en el respeto, la convivencia, la paz comunitaria y justicia garantista, generada por nuestro ESDD y su OJN, con el propósito de reconstruir el tejido social y las relaciones entre personas y comunidad, quebrantadas por el delito (conflicto social), para propiciar la reincorporación efectiva de la víctima y del menor infractor a su entorno social,

Finalmente, recomendó crear la Dirección de Responsabilidad Penal para Adolescentes, adscrita al Viceministerio de política Criminal y Justicia restaurativa, en aras de instrumentalizar la coordinación y articulación institucional, intersectorial, determinada en el Decreto 1885 de 2015.

En gracia de discusión para futuros trabajos, la autora plantea, en concordancia con Montalvo (2011), que es necesario construir nuevas estructuras materiales de vida, las que han de ser de naturaleza colectiva, dentro de espacios colectivos en donde el fundamento del vivir es solidario, en donde es una vida digna lo prioritario para sus participantes, en donde el menor encuentre un ambiente armónico en donde se pueda desarrollar en forma digna como ser humano ha de ser la prioridad, convocando desde el derecho procesal penal, innovaciones efectivas complementadas con políticas públicas preventivas, para disminuir factores y condiciones de riesgo, como crear una cultura de la solidaridad social y el apoyo mutuo; para que el menor como sujeto de derecho (no solo objeto de protección) y de garantías inherentes al ser humano y a su condición específica; porque según Velásquez-Lyons(1998), “es innegable que la mejor forma de *construir una excelente política criminal* es desarrollando una adecuada política social”.

El problema no es la falta de camino, sino que no tengas piernas para caminar-proverbio chino

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Acuña, F. (2008). Módulo de responsabilidad penal del adolescente. Bogotá: ICBF.
- Alberto-Gherssi, C. (2013). Metodología de la investigación en ciencias jurídicas. Bogotá: PUJ.
- Baratta, A. (2004). Criminología crítica y crítica del derecho penal. Introducción a la sociología jurídico-penal. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- Caro-Cuartas, S. (2015). Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes en el marco de Justicia Restaurativa, desde el año 2006 en Colombia. *Summa Iuris*, 3(1), 150-183
- Congreso de la República de Colombia (2004). Ley 906 de 2004 - Código de Procedimiento Penal.
- Congreso de la República de Colombia (2006). Ley 1098 de 2006 - CIA.
- Cruz-Cruz, E. (2009). Menores de edad infractores de la ley penal. Tesis Universidad Complutense.
- Delgado-Nocua, C. (2019). El sistema de responsabilidad penal para adolescentes ¿proceso pedagógico o seguridad ciudadana? Tesis Maestría en Derecho. Universidad Eafit, Medellín.
- Diccionario Jurídico Colombiano (s.f). Recuperado de URL: [http://ecoleyes.com/wp-content/uploads/2016/06/diccionario-jur% c3% 8ddico-colombiano.pdf](http://ecoleyes.com/wp-content/uploads/2016/06/diccionario-jur%c3%8ddico-colombiano.pdf)
- Fernández-Carrasquilla, J. (2002). Derecho penal liberal de hoy. Bogotá: G.E. Ibáñez.
- Galán-González, O. (2011). Justicia penal para adolescentes: expresión de la política criminal reactiva. *Revista UPTC Derecho y Realidad*, 18; 221-234.
- Guzmán Díaz, C.A. (2012). Responsabilidad Penal del Adolescente. Bogotá: G.E. Ibáñez.
- Holguín, N (2010). Construcción histórica del tratamiento jurídico del adolescente infractor de la ley penal colombiana. *Rev. Crim.*, 52(1); 287-306.
- Huertas, O. & Morales, I. (2013). El sistema de RP para adolescentes: la expansión de la punibilidad en el neopunitivismo colombiano. *Revista Guillermo de Ockham*, 11(2); 69-78.
- ICBF. (2018). Ser restaurativo-Gaceta No. 03. Bogotá: ICBF. Disponible en URL: <https://www.icbf.gov.co/programas-y-estrategias/ser-restaurativo-gaceta-no-3>
- Latorre-Iglesias, E., Tirado-Acero, M., & Ardila-Mora, J. (2018). Sistema de responsabilidad penal adolescente en una sociedad transicional: una mirada interdisciplinaria al caso colombiano. Santa Marta: Universidad Sergio Arboleda.
- López, C., & Arenas, J. (2011). El sistema de RPA en el marco de la imposición de una sanción privativa de la libertad en Hogares Claret. Tesis de Derecho. Escuela de Derecho UIS.
- Martínez-Idárraga, J., Olaya-Salazar, J., & Zuleta-Castañeda, S. (2012). Edad de responsabilidad en el Sistema de RPA. *Memorando de Derecho*, Año III (3), 76–79.

- Montalvo-Velásquez, C. (2011). Delincuencia y responsabilidad penal juvenil en Colombia. *Revista Pensamiento Americano*, 2(6); 57-61.
- Moya, M., & Bernal, C. (2015). *Los menores en el sistema penal colombiano*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia, Colección JUS penal.
- Observatorio de Política Criminal. (2016). *La política criminal en Colombia*. Recuperado de: URL: [http:// www.politicacriminal.gov.co/Portals/0/documento/politica%20criminal%20\(1\).pdf](http://www.politicacriminal.gov.co/Portals/0/documento/politica%20criminal%20(1).pdf)
- Ojeda-Burbano S. (2016). La interpretación “adulto-punitivista” de la ley 1098 de 2006 como manifestación de la eficacia simbólica del derecho. Estudio de caso de los juzgados penales del circuito para adolescentes. Tesis de Maestría en Derecho. Universidad de Manizales.
- Oviedo, M. (2009). Evolución del concepto de la inimputabilidad en Colombia. *Vía Iuris* 6; 54-70.
- Ramírez-Betancur, V. (2019). Estado Social y Democrático de Derecho: Una realidad política, jurídica, económica y sociológica para la garantía y protección los derechos fundamentales. *Revista Nova et Vetera*, 5 (45), 22-32.
- Rodríguez-Cely, L (2012). Análisis de la Justicia Restaurativa en Materia de Responsabilidad Penal para Adolescentes en Colombia. *Anuario de Psicología Jurídica*, vol. 22, pp. 25-35
- Roxin, C. (2006). *Derecho penal. Parte General, Tomo I*. Madrid: Civitas.
- Sáenz-Rodríguez, D. (2015). Política pública penitenciaria y carcelaria en contexto de procesos de reinserción social en Colombia. *Principia Iuris*, 12(24); 77-97
- Torres, H., & Rojas, Á. (2013). Tratamiento a la delincuencia juvenil en Colombia en el sistema de responsabilidad de adolescentes. *Verba Iuris*, 30; 115-133
- Torres, T.S., et al. (2013). Cuadernillo Dos: Los Adolescentes en el Sistema de Responsabilidad Penal. *Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes. Guía para su Comprensión*. Bogotá: ICBF y OIM.
- Useche-Bohórquez, C. (2012). *El Sistema de RPA*. Bogotá: G.E. Ibañez.
- Velásquez-Lyons, L., et al. (1998). *Lecciones de criminología*. Bogotá: 1998.
- Welzel, H. (1980). *Derecho Penal Alemán*. Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas del Sur.
- Zambrano-Salazar, L., Pineda-Jiménez, L., & Vargas-Rojas, A. (2010). La política criminal en la ley de infancia y adolescencia. *Revista UPTC Derecho y Realidad*, 15; 239-253.
- Sentencias de la Corte Constitucional Colombiana
C-173 de 1993; C-626 de 1996; C-839 de 2001; C-647 de 2001; C-370 de 2002; C-489 de 2002; C-762 de 2002; C-804 de 2003; C-203 de 2005; C-636 de 2009.