

EL MARGINAMIENTO SOCIAL, ECONÓMICO Y CULTURAL EN LA LEY 1098 DE 2006

Diana Katherin Roa Romero

Facultad de derecho de la Universidad Santo Tomás, seccional Tunja.

RESUMEN

Esta investigación parte del interés en materia penal de menores, respecto del principio de oportunidad que se otorga a los mismos, de acuerdo a lo que está estipulado en el artículo 175 numeral 1 de la ley 1098 de 2006. Este artículo de dicha ley, menciona que la Fiscalía General de la Nación podrá renunciar a la persecución penal, en los casos en que los adolescentes, en cualquier condición hayan hecho parte de grupos armados al margen de la ley, o hayan participado directa o indirectamente en las hostilidades o en acciones armadas o en los delitos cometidos por grupos armados al margen de la ley en cuatro situaciones. En el numeral 2 de este artículo, da uno de los 4 casos y este menciona que se otorgará el principio de oportunidad cuando se establezca que el menor realizó actos delictivos al encontrarse en un contexto de marginamiento social, económico y cultural que no le permitían contar con otras alternativas de desarrollo de su personalidad. El objeto estudio de esta investigación es realizar un análisis y verificar si dicho numeral cumple con las finalidades del derecho penal y la pena.

Palabras clave:

- | | |
|-----------------|---------|
| ➤ Marginamiento | ➤ Fines |
| ➤ Derecho penal | ➤ Pena |

SOCIAL, ECONOMIC AND CULTURAL MARGINALIZATION IN LAW 1098 OF 2006

Diana Katherin Roa Romero

Law School of the Santo Tomás University, Tunja section.

ABSTRACT

This investigation is based on the interest in criminal matters of minors, regarding the principle of opportunity that is granted to them, according to what is stipulated in article 175 numeral 1 of law 1098 of 2006. This article of said law mentions that the Attorney General of The Nation may waive criminal prosecution, in cases in which adolescents, in any condition, have been part of armed groups outside the law, or have obtained directly or indirectly in hostilities or in armed actions or in crimes committed by illegal armed groups in four situations. In number 2 of this article, he gives one of the 4 cases and this mentions that the principle of opportunity will be granted when it is established that the minor carried out his acts when he was in a context of social, economic and cultural marginalization that did not allow him to have other alternatives for the development of his personality. The object of study of this investigation is to carry out an analysis and verify if said numeral complies with the purposes of criminal law and punishment.

Keywords:

- Marginalization
- Purposes
- Criminal law
- Penalties

SUMARIO:

Introducción. 1. Finalidad del Derecho Penal y la Pena. 1.1. Derecho Penal. 1.2. Fines del Derecho Penal. 1.3. La Pena. 1.4. Fines de la Pena. 2. El marginamiento social, económico y cultural como principio de oportunidad en derecho penal de menores. 3. El marginamiento en la ley 1098 de 2006 vs la ley 599 de 2000.

INTRODUCCIÓN:

El presente artículo tratará sobre un análisis que se le realiza al artículo 175 numeral 2, el cual trata sobre el principio de oportunidad que se otorga en materia de menores cuando el adolescente se encuentre en una situación de marginamiento económico y cultural que no le permitían al adolescente contar con otras alternativas de desarrollo de su personalidad. Y estos sean partícipes de grupos armados al margen de la ley, o hayan participado directa o indirectamente en las hostilidades o en acciones armadas o en los delitos cometidos por grupos armados al margen de la ley. Teniendo en cuenta lo anterior este documento está dividido en tres capítulos.

El primero de ellos se titula LA FINALIDAD DEL DERECHO PENAL Y LA PENA, este se dividió en 4 subcapítulos, los cuales son:

1. Derecho Penal, en esta sección se

busca recopilar distintas definiciones de varios autores para finalmente, tener una definición más detallada del concepto de derecho penal.

2. Finalidad del Derecho Penal, en este apartado se busca saber cuál es la finalidad del Derecho Penal y para esto se tiene en cuenta los conceptos de varios autores.
3. La Pena, en este subcapítulo se encontrará el concepto de pena e implicación de la misma, de igual forma teniendo como referencia algunos autores.
4. Fines de la pena, allí se menciona los fines de la pena, de igual forma varias opiniones de algunos autores y se cita jurisprudencia que habla de los mismos.

El segundo capítulo de este documento se titula el marginamiento social, económico y cultural como principio de oportunidad en el derecho penal, en este apartado se describe el concepto de la marginalidad, las tres clases que nos interesen para este estudio y la influencia que tiene ésta en una

población teniendo como referencia varios autores, para luego enfocarla en materia de menores.

Asimismo se habla un poco de la responsabilidad de adolescentes, la finalidad de ésta y cómo se aplica el artículo el principio de oportunidad en materia de menores cuando hay marginamiento social, económico y cultural.

Por último, en el tercer capítulo compara el factor del marginamiento social, económico y cultural en materia de menores (ley 1098 de 2006) y en materia penal (ley 599 de 2000).

El problema jurídico formulado es: ¿El principio de oportunidad que se le otorga a los menores infractores partícipes de grupos armados o que hayan participado directa o indirectamente en las hostilidades o en acciones armadas o en los delitos cometidos por grupos armados al margen de la ley, cuando la situación de marginamiento social, económico y cultural no le permitían al adolescente contar con otras alternativas de desarrollo de su personalidad, cumple con la finalidad del derecho penal y la pena?

Para darle respuesta a esta pregunta se plantearon las siguientes hipótesis:

1. No cumple con la finalidad del derecho penal y la pena, cuando la Fiscalía General de la Nación renuncia a la persecución penal en situaciones del #2 del art 175 de la ley 1098 de 2006, puesto que da lugar al fracaso de los fines de las figuras mencionadas anteriormente.
2. Si se cumple con la finalidad del derecho penal y la pena, cuando la Fiscalía General de la Nación renuncia a la persecución penal en situaciones del #2 del art 175 de la ley 1098 de 2006.

Con lo anterior se estableció como objetivo general el siguiente: Analizar si el principio de oportunidad que se le otorga a los menores infractores, establecido en el #2 del art 175 de la ley 1098 de 2006, cumple con la finalidad del derecho penal y la pena.

Como objetivos específicos se formularon los siguientes:

1. Identificar la finalidad del derecho penal y la pena
2. Analizar el marginamiento social, económico y cultural como principio de oportunidad en materia de menores.
3. Comparar el tratamiento que se realiza en el artículo 175 numeral 2 de la ley 1098 de 2006 y artículo 56

de la ley 599 de 2000.

El presente artículo es una investigación básica jurídica, la cual se caracteriza por ser una investigación pura, teórica o dogmática, que se origina en un marco teórico y permanece en él. Su finalidad es incrementar los conocimientos científicos pero sin contrastarlos con ningún aspecto práctico. Por esa razón sus principales fuentes de consulta serán artículos de investigación, libros y jurisprudencia.

EL MARGINAMIENTO SOCIAL, ECONÓMICO Y CULTURAL EN LA LEY 1098 DE 2006

1. FINALIDAD DEL DERECHO PENAL Y LA PENA.

Para poder analizar la finalidad del derecho penal y la pena, se optó por dividir este capítulo en 4 partes los cuales son Derecho penal, finalidad del derecho penal, pena y finalidad de la pena.

1.1. DERECHO PENAL

En principio la definición del derecho penal ha sido tocado por varios autores como Von

Liszt, Fontán Balestra, entre otros, los cuales nos dicen lo siguiente:

“El Derecho Penal está constituido por el conjunto de normas que regulan la potestad punitiva del Estado, asociando a ciertos hechos, estrictamente determinados por la ley, como presupuesto, una pena o una medida de seguridad o corrección como consecuencia, con el objeto de asegurar el respeto, por los valores elementales sobre los que descansa la convivencia humana pacífica. (Enrique Cury Urzúa, 2005, P. 37).

Franza Von Liszt ha definido este concepto como “Conjunto de reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian el crimen como hecho, a la pena como legítima consecuencia” (Franz Von Liszt, 2007, P.2).

Ricardo Nuñez lo ha definido como “La rama del Derecho que regula la potestad pública de castigar, estableciendo lo que es punible y sus consecuencias, y aplicar una sanción o una medida de seguridad a los autores de infracciones punibles” (Ricardo Nuñez, 2009, P. 76).

Luis Jiménez deAsúa ha dicho que es “Conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado,

estableciendo el concepto de delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo, y asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora” (Luis Jiménez deAsúa, 1970, P.14)

Fontán Balestra lo definió como “Rama del ordenamiento jurídico que contiene las normas impuestas bajo amenaza de sanción.”(Fontán Balestra, 1964, P. 30).

Novoa señala que “las normas jurídicas están destinadas a reglar la actividad de los hombres en cuanto trascienda al exterior de ellos” (Eduardo Novoa Monreal, 1960, P. 25).

Zaffaroni ha dicho que, el Derecho penal es el saber jurídico que establece los principios para la creación, interpretación y así ejecutar la aplicación de las leyes penales (aun a los casos privados); propone a los jueces un sistema orientador de sus decisiones, que contiene y reduce el poder punitivo para impulsar el progreso del Estado constitucional de derecho (Eugenio Raúl Zaffaroni, 2005).

Con lo anterior podemos decir que el derecho penal es considerado como el conjunto de las normas jurídicas relacionadas con el poder que tiene el

estado para castigar o encauzar comportamientos conforme a la ley subordinados a un marco legal con el que se relacionan las personas en sociedad.

De igual forma el derecho penal puede verse o hablarse desde dos significados ya que dentro de este concepto hay una clasificación el cual es el derecho penal sustantivo (normas que establecen los delitos y penas) y por otro lado está el derecho procesal penal o también denominado en algunos lugares como el derecho penal sustantivo (normas que establecen el proceso como tal y modo de aplicación de las penas).

Asimismo de la definición del derecho penal se puede deducir qué está goza de dos objetos de regulación, el primero de ellos son los hechos, los cuales son objeto o pueden llegar a ser de una reacción característica de esta rama; el segundo son las formas de reacción mismas. Pese a que el empleo de los recursos propios del derecho penal no siempre presupone la existencia de un delito en sentido estricto, ésta es la situación más frecuente: es decir, imponer penas, medidas de seguridad y corrección, como consecuencia de cometer un acto delictivo.

Es muy importante resaltar y decir que existen otras dos clases de derecho penal,

pero estas se refieren al derecho penal subjetivo y objetivo, el doctor Eugenio Cury en su libro DERECHO PENAL PARTE GENERAL nos dice que “Se debe distinguir el derecho penal subjetivo (ius puniendi) del objetivo (ius poenalis). El primero consiste en una facultad del Estado de prohibir o mandar ciertos hechos bajo la amenaza de sancionar la trasgresión con una pena. El segundo, en la manifestación de ese poder en el derecho positivo” (Enrique Cury Urzúa, 1982).

1.2. FINES DEL DERECHO PENAL

El derecho penal exige una limitación desde su criterio instrumental, es decir desde los fines, como desde la perspectiva valorativa, esto último refiere a la barrera de contención que fueron planteados desde la perspectiva instrumental.

Luigi Ferrajoli en el artículo denominado el derecho penal mínimo nos menciona que “El fin general del derecho penal, tal como resulta de la doble finalidad preventiva recién ilustrada, consiste entonces en impedir la razón construida, o sea en la minimización de la violencia en la sociedad. Es razón construida el delito. Es razón construida la venganza. En ambos casos se verifica un conflicto violento

resuelto por la fuerza; por la fuerza del delincuente en el primer caso, por la de la parte ofendida en el segundo” (Luigi Ferrajoli, P. 39).

Por lo anterior podríamos decir que la finalidad del derecho penal no se centra solo en la sanción, ya que también busca la protección bajo amenaza de sanción de los bienes jurídicos, que tiene como base normas morales, pero tampoco se puede decir que la ley penal es una protección absoluta de normas morales.

El derecho penal tiene como objetivo la protección de los bienes jurídicos y realiza esta bajo la prevención de la lesión de los mismos. Sobre dicha prevención y protección de los bienes jurídicos Von Liszt nos ha dicho “En primer lugar debe tenerse en cuenta solo aquellas acciones que representan por lo menos un peligro objetivo de lesión de bienes jurídicos”(Von Liszt). Y Welsel ha mencionado que la protección de bienes puede comenzar donde se manifiesta una acción disvaliosa, aunque el bien jurídico no haya corrido un peligro concreto. En este caso dependería de la dirección de la voluntad del autor”(Welsel).

Teniendo en cuenta lo anterior se ha evidenciado que en el derecho penal respecto de su función preventiva no se

discute, pero sí hay cierto debate sobre su función represiva, ya que no es aceptada tan pacíficamente.

Cómo se decía en anteriores párrafos este derecho se encarga de determinar qué acciones son de naturaleza criminal y estas son vinculadas con una pena o medida de seguridad. La misión de este derecho es amparar aquellos valores que se consideran elementales en la vida de la comunidad.

Existe una valoración que se le realiza a dicha acción criminal, la cual puede hacerse de dos formas, estas son denominadas como el valor y disvalor de la acción. La primera de ellas mira el valor del resultado y el valor del acto. El valor del resultado o valor material, refiere a que será valorada la acción de acuerdo al resultado que produzca; la segunda es la valoración de acto, como su nombre lo dice independientemente su resultado, lo que resaltará es el sentido de la actividad en sí misma.

La otra forma de valoración es el disvalor, este gira entorno al orden negativo y se divide en dos, el primero de ellos es el disvalor del resultados de la acción el cual es el que se considera que es digno de desaprobación de acuerdo al resultado producido, de igual forma existe un disvalor de la acción cuando

independientemente del resultado que se dé.

Con lo anterior podemos decir, que el derecho penal va en búsqueda siempre de salvaguardar los bienes jurídicos, los cuales adquiere la tutela de los mismos prohibiendo y sancionando las acciones que tienden a lesionarlos, queriendo evitar el disvalor del resultado con la punición del disvalor del acto.

1.3. LA PENA

El concepto de pena desde una vertiente etimológica “procede del latín «poena» castigo o tormento y este del griego «ποινη» (poinē)” (Definición y etimología, 2021). Ahora bien, dentro del espectro jurídico, la pena no se interpreta únicamente en materia penal, sino que existen otro tipo de sanciones alrededor del Derecho y, en consecuencia, se produce para “satisfacer intereses sociales” (García, 1991, p. 107). (Bryan Steven Paz López, 2022, P. 16)

Entonces, se entiende que es el reproche del Estado ante un individuo, por su infracción ante la ley penal existente, por cuanto vulnera bienes jurídicos fundamentales y se materializa cuando un juez o quien haga sus veces, la imponga. También desde un

análisis restrictivo, es entendida como un “castigo impuesto conforme a la ley por los jueces o tribunales a los responsables de un delito o falta” (Real Academia Española, 2021). (Bryan Steven Paz López, 2022, P. 17,)

La pena ha sido considerada como aquella consecuencia jurídica de la realización del delito y puede definirse como la privación de un bien en virtud de un proceso al responsable de una infracción establecida en la ley.

Eugenio Raúl Zaffaroni considera que la pena es “toda sanción jurídica o inflicción de dolor a título de decisión de autoridad que no encaje dentro de los modelos abstractos de solución de conflictos de las otras ramas del derecho (Eugenio Raúl Zaffaroni, 1989).

Gunther Jakobs señala que “la pena es siempre una reacción frente a la infracción de una norma que pone de manifiesto la vigencia de la misma. La pena hay que definirla positivamente: es una muestra de la vigencia de la norma a costa de un responsable”(Jacobo López, 2004. P. 21).

Con lo anterior podríamos decir, que la pena en sí es la consecuencia jurídica del delito y conforme al principio de legalidad se encuentra establecida previamente en la

norma penal. La pena no debería entenderse como un mal impuesto al delincuente ya que como nuestro ordenamiento jurídico lo estipula, la finalidad de la pena se basa en reeducar, rehabilitar y reincorporar a aquel recluso que fue privado de su libertad a la sociedad.

El para qué de la pena ha sido una de las principales controversias a lo largo del tiempo, principalmente en la doctrina tanto clásica como contemporánea, por lo anterior han surgido teorías que intentan darle una respuesta a ese cuestionamiento.

Dentro de las teorías se encuentran:

- a. Teorías absolutas: refieren a todas aquellas donde consideran que la pena se le impone al autor porque este ha cometido un delito, es decir encuentra la justificación en sí misma, de igual forma se justificaría la pena por la necesidad que se crea al retribuirse con un mal a quien realizó un mal, lo anterior bajo los principios de justicia. En síntesis, justifican la pena si esta es justa, aunque no sea útil. Esta teoría es absoluta por el hecho de que el sentido de la pena es muy independiente del efecto social que produce.
- b. Teorías relativas: estas consideran

que la legitimación de la pena se encuentra en la finalidad que se logre obtener con la imposición de aquella, buscando evitar la criminalidad, es decir que se castigaría para que las personas no delincan. Puede ser entendida como un medio para obtener objetivos ulteriores, funciona como instrumento de motivación, es decir un remedio para impedir el delito.

- c. Teorías de la Unión: Se identifican como aquellas teorías que buscan combinar los principios que legitiman las anteriores teorías, es decir que pretenden justificar la pena bajo la habilidad de represión y prevención al mismo tiempo, configurando un sistema que recoja los efectos más positivos de cada una de las concepciones previas. Por lo anterior consideran que la pena legítima si ésta a la vez es justa y útil.

Con lo anterior podríamos decir, que el fundamento de la pena en nuestro ordenamiento jurídico colombiano no es otro que la necesidad de tener un medio de represión, indispensable para el correcto orden de la población bajo unas condiciones que hagan posible una convivencia entre las personas de la comunidad.

En materia penal, la pena no se limita exclusivamente a la privación de la libertad, sino que existen otras como son la multa, sanciones accesorias y de otro carácter (Roxin, 1997). Por su parte, en tiempos modernos dentro del ámbito penal, se comprende como un castigo, pero a su vez se ha establecido como único medio de control que se impone al individuo para mantener el orden social, por lo cual “hay una privación de bienes jurídicos al infractor” (García, 1991, p. 107).

Ahora bien, de manera teórica, se mide como una “forma eficaz”, es significativo entonces que, no existen mecanismos diferentes para su reducción cuando el infractor incumple la norma penal. Esta puede ser entendida como la consecuencia o mal que se le genera a un individuo en relación con un proceso “público-general, llevado a cabo por el Estado” (Lesch, 1999, p. 4), toda vez que ha producido la infracción a una regla jurídica de carácter penal, por lo que tienen que imputarse este castigo en modo de reproche (Lesch, 1999). (Bryan Steven Paz López, P.7).

La pena debe ser otorgada bajo el lente de la racionalidad, es decir, que debe guardar coherencia con los elementos y principios del sistema penal.

Por esa razón debe existir una

sintonización entre la función de la norma de conducta con el fin último del derecho penal.

Según el autor Zaffaroni, las penas deben ser racionales, respetando principios y ponderando bienes jurídicos, pues no puede ser sancionado con mayor pena la protección hacia un bien jurídico que la vida misma (Eugenio Raúl Zaffaroni, 2011, P.130).

Sobre la regulación de las conductas que tienen mayor lesividad, deben ser castigados de forma distinta, toda vez que para imponer la sanción hay que mirar la afectación a los bienes jurídicos, ya que pues unos son más importantes que otros, por lo tanto debe realizarse una ponderación entre las respectivas sanciones y de igual forma a los bienes jurídicos.

Lo anterior quiere decir que las sanciones más fuertes se van a otorgar a las conductas que lesionan los bienes jurídicos más importantes y se disminuirá la sanción cuando las lesiones de los bienes sean sobre bienes jurídicamente menos importantes. Siempre se va a buscar qué dependiendo de la importancia del bien jurídico vulnerado, la sanción será equiparable a la acción que vulnera el mismo.

El ordenamiento jurídico contiene leyes

como sanciones las cuáles deben estar sujetas a postulados de justicia lo que implica que quién aplique las mismas o imponga cómo los operadores judiciales velar porque exista una proporcionalidad en la aplicación de las mismas y de igual forma deben realizarse conforme a la Constitución.

Asimismo, la proporcionalidad abarca una naturaleza sustantiva, es decir, puede ser analizado como un parámetro de carácter constitucional donde se limita toda actuación de las ramas del poder público, respetando así los derechos fundamentales en un criterio ponderativo que requiere identificarse de manera casi que obligatoria con lo razonable (Vidal Fueyo, C., 2005, P.442).

Por consiguiente, “una ley arbitraria no es derecho, ni tampoco un acto administrativo que restringe desproporcionadamente los derechos de los ciudadanos” (Martínez-Villalba, J. C. R, 2016).

La proporcionalidad debe estar sujeta al grado de peligrosidad de la conducta, ya que, frente a menor lesividad de la conducta en relación con los diferentes bienes jurídicos que protege, menor debe ser su pena, así como también, si existe un menor grado de participación en la afectación del bien jurídico, corresponde una sanción

menor. (CIDH, 2013).

En Colombia la carta magna es “norma de normas” (Constitución Política De Colombia, 1991, Art. 4), esta es la que irradia todo el ordenamiento jurídico, por lo que este texto es el mayor en la jerarquía imposibilitaría a que una norma inferior sea contraria teniendo en cuenta la anterior nuestra constitución nos dice en uno de sus artículos que “nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes” (Constitución Política De Colombia, 1991, Art. 12).

Con base a lo descrito anteriormente, podríamos decir que ninguna pena puede ser irracional, ya que ésta debe cumplir con los estándares estipulados en la constitución y por esa razón la pena debe ser racional proporcional y conforme al acto delictivo.

1.4. FINES DE LA PENA

Es necesario detenerse y aclarar el uso de los términos fines y funciones de la pena, por cuanto puede generar confusiones al lector al momento de interpretarlas. En principio, se debe establecer que tanto fines como funciones son diferentes, por lo que es de aclarar que, el legislador colombiano

no supo interpretar de manera correcta sus diferencias, siendo entonces que la normatividad penal establece el término fines como sinónimo de “funciones de la pena” (Congreso de Colombia, Código Penal, 2000, Art. 4.20), es decir, cuando estemos ante este último, se interpretará el primero en el mismo sentido. Por el momento, no se desarrolla ampliación de su justificación ya que no es objeto de estudio del presente artículo (Bryan Steven Paz López, 2022, P. 16).

Kant y Hegel, hacen alusión sobre el fin de la pena, lo cual hace que se consolide su noción. Dentro de este contexto, nacen teorías para establecer cuál es su fin último y así lograr entender toda esta clase de postulados. Ahora bien, como cualquiera de estas teorías, tienen menciones a destacar y que en su momento fueron innovación a la ciencia del Derecho Penal desde su análisis práctico, pero que, algunas dejaron de ser funcionales (Iván Meini Mendez, 2013).

Para Kant, al momento de infringirse una norma, la pena que debía imponerse, debía ostentar un carácter justo y acorde al acto cometido, pensamiento el cual compartía Hegel. Por lo tanto, la pena se veía como un acto de retribución al daño que se había cometido, además esta debía concebirse dentro del ordenamiento jurídico en todo momento y lugar, pero como fin,

restablecía, reafirmaba y daba validez nuevamente al ordenamiento jurídico y la víctima (Meini, 2013).

Entre estos dos autores, existe una diferencia en cuanto al modo de ver la pena, pues “para Hegel la pena era una manera de reafirmar el ordenamiento jurídico, mientras que, para Kant, era una manera de retribuir a la víctima” (Meini, 2013, p. 147), esto hace que sus fines fueran diferentes para su funcionamiento dentro del ordenamiento jurídico, pero no su manera de interpretarla ya que su aplicación era la misma, es decir, para ambos existía la pena (Bryan Steven Paz López, 2022, P.18).

Los fines que persigue la pena en sí, son los que se buscan conseguir a través de la imposición de la misma. En primera medida, la pena debe cumplir con tres propósitos.

El primero hace referencia a la *prevención*, la cual genera efecto disuasivo para que nadie tenga incentivos a cometer algún delito.

El segundo es la *retribución*, que se manifiesta como compensación del daño causado por el sujeto agresor y mantener las cosas al punto donde se encontraban antes de la acción punible.

Por último, la *rehabilitación* que es el proceso de reincorporación al marco del contrato social.

En Colombia, los fines de la pena están establecidos en el código penal, la ley 599 del 2000 en su artículo cuarto nos dice que los fines de la pena son: la prevención general, la retribución justa, la reinserción social, la prevención especial y protección al condenado.

Los artículos 3º y 4º de la Ley 599 de 2000 (Código Penal) establecen los principios y las funciones de la pena. De esta suerte, la imposición de la pena o medida de seguridad deberá responder a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad. Sin embargo, el principio de necesidad se entenderá en el marco de la prevención y conforme a las instituciones que la desarrollan (C-328-16 Corte Constitucional de Colombia, 2016).

La Corte ha analizado los fines constitucionales de la pena, con especial preferencia a los objetivos de resocialización (función preventiva especial). En efecto, en **sentencia C-261 de 1996**^[56] expuso que la resocialización guarda una íntima relevancia con la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, pues la reeducación y la reinserción social del condenado son el

objetivo de los esfuerzos legales e institucionales del Estado (C-328-16 Corte Constitucional De Colombia, 2016).

Posteriormente en la **sentencia C-430 de 1996**^[57], este Tribunal dijo que la pena en nuestro sistema jurídico tiene un fin preventivo, representado en el establecimiento legal de la sanción penal, un fin retributivo que se manifiesta con la imposición judicial de la pena y un fin resocializador que orienta la ejecución de la misma, a partir de principios humanistas contenidos en la Carta y en los tratados internacionales (C-328-16 Corte Constitucional De Colombia, 2016).

En la **sentencia C-144 de 1997**^[58], la Corte manifestó que las penas tienen como finalidad la búsqueda de la resocialización del condenado, dentro del respeto por su autonomía y dignidad, puesto que el objeto del derecho penal en el Estado Social de Derecho no es excluir al delincuente del pacto social, sino buscar su reinserción (C-328-16 Corte Constitucional De Colombia, 2016).

Esta finalidad, ha sido reconocida por esta Corporación en la **sentencia C-806 de 2002**^[59], en la que manifestó que la pena debe pretender la resocialización del condenado, dentro de la órbita del respeto de su autonomía y dignidad, puesto que el

objeto del derecho penal no es la exclusión del infractor, sino su reinserción al pacto (C-328-16 Corte Constitucional De Colombia, 2016).

La Corte en la **sentencia T-267 de 2015**^[61], expresó que se trata del objetivo más importante de la sanción penal, en especial en su fase de ejecución, pues impide que se instrumentalice al individuo y garantiza su proceso de resocialización con estricto apego al respeto por su dignidad humana (C-328-16 Corte Constitucional De Colombia, 2016).

Recientemente en **sentencia T-718 de 2015**^[62], este Tribunal reiteró que de acuerdo con la legislación y la jurisprudencia vigentes, la educación es la base de la resocialización, puesto que la figura de la redención de la pena es la materialización de la función resocializadora de la sanción (C-328-16 Corte Constitucional De Colombia, 2016).

Finalmente de este capítulo podemos concluir, que el derecho penal es el conjunto de las normas jurídicas que se crean en un estado para castigar o encauzar comportamientos de las personas en sociedad que vulneran bienes jurídicos que gozan de protección por parte del mismo estado.

Además se recuerda que existe un derecho penal sustantivo, el cual son las normas que contienen descritos los delitos y penas; y un derecho procesal penal que establecen el proceso como tal y modo de aplicación de las penas.

De igual forma, que la pena es la consecuencia jurídica de la realización del delito y puede definirse como la privación de un bien en virtud de un proceso al responsable de una infracción establecida en la ley. Fundamentándose la misma en nuestro ordenamiento jurídico colombiano como la necesidad de tener un medio de represión, indispensable para el correcto orden de la población bajo unas condiciones que hagan posible una convivencia entre las personas de la comunidad.

De acuerdo a lo anterior, los fines que persigue la pena en sí son los que se buscan conseguir a través de la imposición de la misma, los cuales son la prevención, la retribución y la rehabilitación.

En Colombia los fines de la pena se amplían un poco y estos se encuentran en la ley 599 del 2000, en su artículo cuarto, el cual dice que los fines son: la prevención general, la retribución justa, la reinserción social, la prevención especial y protección al condenado.

El autor Rafaél hace una diferenciación entre los fines de la pena y fines del derecho donde nos dice que, el fin de la pena es la prevención de acciones pero este fin solo es a su vez medio para un fin ulterior, el del derecho penal consiste en la protección de bienes jurídicos (Rafael Alcácer Guiragao, P. 21).

2. EL MARGINAMIENTO SOCIAL, ECONÓMICO Y CULTURAL COMO PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL DERECHO PENAL DE MENORES

Para iniciar este capítulo, se debe analizar el concepto de marginalidad en cada una de las clases que nos interesa y luego revisarlo bajo el lente del derecho penal.

La marginalidad constituye un fenómeno multidimensional o pluridimensional; puede hablarse de distintas dimensiones o formas de marginalidad -económica de producción o consumo, política, cultural, educacional, etc.- y hasta de distintas intensidades o grados dentro de la misma forma. Esta concepción de multidimensionalidad le permite a Germani (1980) hablar de un *perfil* de marginalidad para individuos y grupos, entendiéndose con ello la configuración específica que los caracteriza en cuanto tipos y grados de participación que efectivamente ejercen, en relación con los tipos y grados que les corresponden, según el modelo ideal asumido en cada caso por cada grupo y/o categoría o sector de la sociedad (Andrea Delfino, 2012).

Este concepto de marginalidad está relacionado con la orilla de un conjunto, es decir, carece de centralidad; está al margen. Para fines de este estudio, se analizará la marginalidad como el conjunto o grupo ciudadanos que están excluidos del llamado “contrato social” y que carecen de sus beneficios.

En consecuencia, en lo relacionado al aspecto social hace referencia a las personas aisladas y por ende con dificultades para acceder a diferentes servicios que ofrece la ficción del Estado

Social, y por tanto su asimetría es de carácter vinculante con otro grupo poblacional que relativamente están más ligados a los beneficios que fundamentan el fin último del marco estatal.

Los estudios para determinar la marginalidad se basan en el nivel de alfabetización, además de esto, también son considerados a ciudadanos marginados los que están lejos de los beneficios y del acceso a servicios como la vivienda digna, la educación y están sumidos bajo la pobreza monetaria.

En consecuencia con lo anterior, los resultados de estar por fuera de la acción del estado, además de vivir este grupo poblacional mayoritariamente en el área rural dispersa, son los bajos niveles en los indicadores como la alfabetización, acceso a la tecnología, viviendas con electricidad, habitaciones por persona y otras que determinan la calidad de vida.

Ahora bien, a nivel global la preocupación es creciente por los resultados de la realidad social en que se desenvuelven las personas actualmente. Dicha realidad trae consigo consecuencias negativas para toda la sociedad en las que prevalece la pobreza, falta de oportunidades, vulnerabilidad entre otras, todo bajo el marco de la exclusión social.

Existen varios tipos de marginalidad, pero solo son tres tipos los que nos interesan. El social, económico y cultural. La primera está relacionada a la exclusión de los diferentes beneficios que puede traer el conjunto social sin posibilidades de superarlos a *motu proprio*. La económica se vincula con la no participación de las ganancias generales. Por último y a nivel cultural, la exclusión es independiente de toda acción individual.

Uno de los factores por los que se convierte en cíclica y creciente la acción criminal está relacionada con la tendencia a criminalizar la pobreza.

Dicha situación genera efectos crecientes en la marginalidad social y repetición de las acciones por fuera del marco legal ya que estos individuos son rechazados por la ciudadanía.

El autor Didier nos dice que “el estado puede comprenderse mejor en las márgenes: en la forma que trata a los pobres, a los delincuentes, los detenidos y a los espacios marginales” (Didier Fassin, 2015).

La política criminal y carcelaria es selectiva y excluyente, se concentra en personas vulnerables. Los estudios empíricos muestran que el Sistema penitenciario y

carcelario se concentra en jóvenes de escasos recursos y estratos bajos. Así, por ejemplo, se ha sostenido que “[...] la población reclusa no ha variado significativamente las últimas tres décadas y [...] tiene rasgos similares: es una población relativamente joven, en su gran mayoría del sexo masculino, con bajos niveles de educación formal y desempleada o con trabajos de bajos ingresos antes de entrar a prisión. Puede decirse entonces que la mayoría de la población carcelaria proviene de sectores marginales de la sociedad colombiana, sometidos a altos niveles de exclusión y pobreza.”[408] La especial vulneración de los derechos fundamentales de las personas más débiles de la sociedad es un asunto que se ha constatado no solamente en Colombia. En otros países de la región latinoamericana se han constatado condiciones similares.[409] (T-388-13 Corte Constitucional De Colombia, n.d.)

En diferentes países del continente americano y cercanos a Colombia como Perú, Venezuela, Brasil entre otros, la situación de extrema pobreza o pobreza está vinculada como un factor principal en la comisión del delito. Si se es pobre se tendría más probabilidad para la ejecución de la conducta dañina, sin embargo, esto genera un juicio *ex ante* ya que se hace necesario una acción que determine la

tipificación de dicha conducta y no solo un juicio a priori por su marginalidad.

Ahora bien, referente a la criminalización de la pobreza, es un error que se ha venido cometiendo tanto con adolescentes como con adultos, la creación de situaciones de mayor marginalidad, que según Jacob (2006) sólo genera un mayor sentimiento de rechazo del individuo hacia la sociedad, incrementando así la probabilidad de que se cometan más delitos por parte de esta comunidad marginada. Se tiende a creer que los entornos familiares complicados se encuentran en la población pobre, pues como expone Nascimento (2012), la pobreza a su vez puede provocar una imposibilidad de crianza de los hijos por parte de sus padres, quienes deben salir a trabajar y por ello surge una situación de abandono dentro de la cual estos jóvenes pueden verse influenciados por figuras inconvenientes en su proceso de formación” (Zorro Chaparro, 2019, P.3).

La eliminación de las diferentes formas de marginalización de los adolescentes debe ser un imperativo a la hora de ejercer influencia en ellos. Se hace necesario acciones que no permitan el estigma de la pobreza como causa de la criminalidad.

Las diferentes definiciones que existen acerca de la persona marginada, es de

mencionar en primer lugar a aquellas que están por fuera de lo ideal dentro de un colectivo social, es decir, están fuera de las dinámicas económicas, sociales y culturales que guían el statu quo y que por consiguiente conduce a la no vinculación de estos individuos.

En Colombia la prevención y el tratamiento de los delitos cometidos por adolescentes se lleva a cabo de acuerdo al Sistema Responsabilidad Penal para Adolescentes (SRPA).

Este sistema es definido por el código de infancia y adolescencia como: el conjunto de principios, normas, procedimientos, autoridades judiciales especializadas y entes administrativos que rigen o intervienen en la investigación y juzgamiento de delitos cometidos por personas que tengan entre catorce (14) y dieciocho (18) años al momento de cometer el hecho punible (Código De La Infancia Y La Adolescencia., Artículo 139).

Asimismo, la finalidad de este es:

En materia de responsabilidad penal para adolescentes tanto el proceso como las medidas que se tomen son de carácter pedagógico, específico y diferenciado respecto del sistema de adultos, conforme a la protección integral. El proceso deberá

garantizar la justicia restaurativa, la verdad y la reparación del daño (Código De La Infancia Y La Adolescencia, Artículo 140).

El principio del interés superior del niño o niña o adolescente es el conjunto de mecanismos, acciones y procesos que se encuentran establecidos en la Convención de los Derechos del Niño y en otros instrumentos de carácter internacional, en la Constitución y en la ley colombiana que procuran tanto proteger, como promover, interpretar y aplicar lo que más beneficie al menor para el pleno y la cabal protección de todos los derechos del menor, ya sean materiales o afectivos. Se encuentra en el artículo 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño, “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.” (Artículo 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño) (María Helena Luna Hernández, 2021).

En caso de conflictos normativos entre las disposiciones de esta ley y otras leyes, así como para todo efecto hermenéutico, las autoridades judiciales deberán siempre privilegiar el interés

superior del niño y orientarse por los principios de la protección integral, así como los pedagógicos, específicos y diferenciados que rigen este sistema (Código De La Infancia Y La Adolescencia, Artículo 140).

En materia de menores, hay unos principios, así como en el derecho penal, en la ley 1098 de 2006, en su artículo 141 establece que, los principios y definiciones consagrados en la Constitución Política, en los instrumentos internacionales de derechos humanos y en la presente ley se aplicarán en el Sistema de Responsabilidad para Adolescentes.

De igual forma, en el artículo 142 de la misma ley nos dice que las personas menores de catorce (14) años, no serán juzgadas ni declaradas responsables penalmente, privadas de libertad, bajo denuncia o sindicación de haber cometido una conducta punible.

El gobierno nacional a través del Ministerio de Justicia y del Derecho en el año 2015 expidió el Decreto 1885 el 21 de septiembre, en donde desarrolla el Sistema Nacional de coordinación de responsabilidad penal para adolescentes, estableciendo su conformación objetivos y funciones. El sistema fue creado como una instancia para la coordinación articulación

y fijación de parámetros técnicos realizados con base en las acciones contempladas en las “Leyes 906 de 2004, 1098 de 2006, 1453 de 2011, 1622 de 2013 y 1450 de 2011 en lo relacionado con la responsabilidad penal para adolescentes” (Decreto 1885, 2015). (Zorro Chaparro, 2019, P.7).

Las políticas públicas de infancia, adolescencia y familia como políticas de Estado se regirán como mínimo por los siguientes principios: 1. El interés superior del niño, niña o adolescente; 2. La prevalencia de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes; 3. La protección integral; 4. La equidad; 5. La integralidad y articulación de las políticas; 6. La solidaridad; 7. La participación social; 8. La prioridad de las políticas públicas sobre niñez y adolescencia; 9. La complementariedad; 10. La prioridad en la inversión social dirigida a la niñez y la adolescencia; 11. La financiación, gestión y eficiencia del gasto y la inversión pública; 12. La perspectiva de género. (Ley 1098, 2006, art.178) (Zorro Chaparro, 2019, P.14).

Cuando el menor comete un delito, se establecen unos procedimientos o sanciones con la finalidad de generar al adolescente una protección pedagógica por medio de una justicia restaurativa y de

inclusión social. Una de las funciones del SRPA es producir un acercamiento del joven de nuevo a la sociedad al momento de cumplir con su sanción, un aspecto importante dentro del sistema de responsabilidad penal para adolescentes son las medidas educativas que se aplican a los jóvenes que han cometido actos delictivos (Zorro Chaparro, 2019, P. 6).

La Ley 1098 de 2006, por medio de la cual se consagra el régimen penal para adolescentes es una estrategia de control social dirigida a criminalizar a menores de edad infractores. El control social dentro de cualquier sociedad es ejercido por instituciones en nombre del Estado e instituciones sociales como la familia, el colegio, la iglesia, los medios de comunicación, etc., el primero se conoce como mecanismos de control social formal mientras que el segundo se denomina mecanismos de control social informal. Estas formas de control social se deben a las relaciones de poder tradicionales. (Zorro Chaparro, 2019, P.12).

El autor Torres y Corrales nos dice en su artículo que: A los adolescentes que infringen la ley penal se les considera imputables con especial tratamiento, en consecuencia responden penalmente por las conductas punibles que realicen, lo cual hace que no haya impunidad en sus delitos.

Se concluye en el artículo que enfrentar la delincuencia juvenil hace necesario realizar estudios sobre la conveniencia o no de la inimputabilidad basada en la edad y en la inmadurez psicológica (Corrales Barona, 2019, P.1).

En un artículo donde estudian el Sistema de Responsabilidad Penal para adolescentes tienen un reparo sobre este y afirman lo siguiente:

Al analizar al SRPA, encontramos un sistema de justicia que hace tangible el problema de desigualdad social en nuestra sociedad y sus consecuencias prácticas en la vida de los adolescentes de las clases populares, lo cual se manifiesta en: 1. La brecha entre las condiciones de vida de juzgadores y juzgados, es decir que existen diferencias en la manera que han recibido los beneficios y servicios del estado y 2. La falta de recursos por parte del sistema de justicia para que sea más objetiva y eficiente.

Por tanto, en cierta medida, los adolescentes que he podido observar en el SRPA son judicializados por un estado que les ha abandonado y marginado en cuanto a prestación de servicios sociales y condiciones materiales de existencia, dejando estos asuntos a su responsabilidad individual y a la de sus familias. Los

procesados como la gran mayoría de los menores que ingresan al SRPA, son afectados por una forma de violencia que supera al sistema de justicia: la violencia estructural (Bourgois, 2001), cuya consecuencia más evidente son la desigualdad y la precariedad a las que ha sido sometido toda su vida (Andrea Katherine García González, 2019).

Teniendo en cuenta lo anterior nos permitimos citar el artículo objeto de estudio en este documento:

“Artículo 175. El principio de oportunidad en los procesos seguidos a los adolescentes como partícipes de los delitos cometidos por grupos armados al margen de la ley. La Fiscalía General de la Nación podrá renunciar a la persecución penal, en los casos en que los adolescentes, en cualquier condición hayan hecho parte de grupos armados al margen de la ley, o hayan participado directa o indirectamente en las hostilidades o en acciones armadas o en los delitos cometidos por grupos armados al margen de la ley cuando:

- 1. Se establezca que el adolescente tuvo como fundamento de su decisión las condiciones sociales, económicas y culturales de su medio para haber estimado como de mayor valor la pertenencia a un*

- grupo armado al margen de la ley.*
2. *Se establezca que la situación de marginamiento social, económico y cultural no le permitían al adolescente contar con otras alternativas de desarrollo de su personalidad.*
 3. *Se establezca que el adolescente no estaba en capacidad de orientar sus esfuerzos a conocer otra forma de participación social.*
 4. *Por fuerza, amenaza, coacción y constreñimiento.*

Los adolescentes que se desvinculen de grupos armados al margen de la ley, tendrán que ser remitidos al programa de atención especializada del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, para niños, niñas y adolescentes desvinculados de grupos armados irregulares.

PARÁGRAFO. No se aplicará el principio de oportunidad cuando se trate de hechos que puedan significar violaciones graves al derecho internacional humanitario, crímenes de lesa humanidad o genocidio de acuerdo con el Estatuto de Roma.” (Código De La Infancia Y La Adolescencia, Artículo 175)

Como se observa en el anterior artículo citado se le otorga el principio de oportunidad a los menores en esas 4 condiciones cuando siendo partícipes hayan cometido ciertos delitos.

¿Que es el principio de oportunidad? El principio de oportunidad ha sido definido por Gimeno Sendra como la “facultad que al titular de la acción penal asiste para disponer, bajo determinadas condiciones, de su ejercicio con independencia de que se haya acreditado la existencia de un hecho punible contra un autor determinado” (Gimeno Sendra, 1987, P. 350)

En Colombia, el estado por medio de la ley 1312 de 2009, por medio de la cual se reforma la Ley 906 de 2004 en lo relacionado con el principio de oportunidad, define este principio. Y dice lo siguiente:

El principio de oportunidad es la facultad constitucional que le permite a la Fiscalía General de la Nación, no obstante que existe fundamento para adelantar la persecución penal, suspenderla, interrumpirla o renunciar a ella, por razones de política criminal, según las causales taxativamente definidas en la ley, con sujeción a la reglamentación expedida por el Fiscal General de la Nación y sometido a control de legalidad ante el Juez de

Garantías (*Ley 1312 De 2009*, Artículo 1).

Del mismo modo, la Corte Constitucional ha especificado unas características propias del Principio de Oportunidad, a saber:

- a. Se aplica de manera excepcional, permitiendo al Fiscal suspender, interrumpir o renunciar al ejercicio de la acción penal.
- b. Sus causales de aplicación, deben estar establecidas de manera inequívoca y clara.
- c. Se debe aplicar dentro del marco de la política criminal estatal.
- d. El ejercicio del principio en mención, debe estar supeditado al control de legalidad que realiza el Juez de control de garantías o quien haga sus veces.
- e. Debe haber compatibilidad entre la regulación y el respeto de los derechos de las víctimas (Brayan Mauricio Arevalo Rodríguez, 2017).

El principio de oportunidad fue incorporado en el ordenamiento jurídico colombiano a través del Acto Legislativo 03 de 2002, regulado legalmente en la Ley 906 de 2004 y después reglamentado en diversas leyes, decretos y resoluciones (Alfonso Daza González, 2011).

Como hemos venido observando, a lo largo de este capítulo, evidenciamos que el marginamiento es muy común en los países sobre todo en los subdesarrollados, más aún y principalmente en los que se encuentran en América del Sur. Claramente Colombia es uno de esos estados en los que es habitual ver esta marginación en su comunidad. De igual forma tenemos claro que estas situaciones generan unas consecuencias, como puede ser que las aquellas influyan en la vida y los actos de un ser humano.

Se dice que dónde hay mayor marginación, es más probable que dichos sujetos que viven en esos sectores comentan delitos. Para aquellos donde la marginalidad generó una influencia para que sean partícipes de grupos armados y estando allí cometieron delitos el derecho penal no los va a sancionar de igual forma como sanciona a una persona que no tuvo ninguna influencia por parte de una situación y aún así cometió un delito. Lo anterior debido a que el estado colombiano otorga el principio de oportunidad como se mencionó anteriormente.

Dicho principio de oportunidad es lo más pertinente para la condición del marginamiento ya que no se le puede juzgar a alguien por condiciones dónde nació, creció, cohabitó y desarrolló su

personalidad, por tanto su vida. Es por esto que en lugares donde se presenta esta situación es debido al mismo abandono del estado, dónde le dejan la responsabilidad a la familia y al mismo sujeto de sobrevivir en esos contextos sociales.

3. EL MARGINAMIENTO EN LA LEY 1098 DE 2006 Y EN LA LEY 599 DE 2000

Teniendo en cuenta lo anteriormente manifestado respecto del marginamiento social, económico y cultural, así como el principio de oportunidad que se otorga en materia de menores respecto del artículo objeto de investigación, se genera curiosidad en la aplicación del mismo en materia penal para mayores de edad.

Como bien se decía anteriormente, a los adolescentes se les da un trato especial en comparación con las personas mayores de 18.

El tema que nos parece curioso es que en materia de menores la marginalidad otorga el principio de oportunidad donde la Fiscalía General de la Nación podrá renunciar a la persecución penal, en los casos en que los adolescentes, en cualquier

condición hayan hecho parte de grupos armados al margen de la ley, o hayan participado directa o indirectamente en las hostilidades o en acciones armadas o en los delitos cometidos por grupos armados al margen de la ley cuando se establezca que la situación de marginamiento social, económico y cultural no le permitían al adolescente contar con otras alternativas de desarrollo de su personalidad (*Código De La Infancia Y La Adolescencia.*, Artículo 175).

A diferencia de lo que se encuentra estipulado en la ley 599 de 2000, el cual nos dice que cuando se presente la misma situación se realizará una disminución de la pena. El artículo 56 de dicha ley nos dice lo siguiente:

El que realice la conducta punible bajo la influencia de profundas situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas, en cuanto hayan influido directamente en la ejecución de la conducta punible y no tengan la entidad suficiente para excluir la responsabilidad, incurrirá en pena no mayor de la mitad del máximo, ni menor de la sexta parte del mínimo de la señalada en la respectiva disposición. (*Ley 599 De 2000*, Artículo 56)

Cómo podemos ver, la situación de marginamiento en estas dos leyes se aplica

distinto, dándole mayor favorabilidad al menor y siendo más drástica la sanción a una persona que no es adolescente.

Dadas las desigualdades sociales que parecen insuperables, y cuya solución se percibe como una utopía, los jóvenes están incurriendo en conductas delictivas como un medio para lograr alcanzar lo que creen no poder obtener por vía legal, o simplemente para lograr acceder de forma más amplia a aquellas oportunidades que la sociedad les ha restringido. El adolescente ve como salida de su evidente situación de desventaja la realización de conductas punibles que le permitan fácilmente satisfacer necesidades que de otro modo serían muy difíciles o imposibles de aplacar (Cristina Montalvo Velásquez, 2011).

Debemos recordar que las sanciones estipuladas para los menores infractores son menos drásticas por lo mismo, porque son menores y gozan de una protección, la se la brinda el estado de acuerdo a su ordenamiento jurídico, principalmente a su carta magna la cual es norma de normas y los tratados a los cuales está adscrito Colombia.

Además la protección a menores no es desde ahora, ya viene desde hace tiempo.

La idea de reconocimiento

internacional de los infantes como un grupo especialmente vulnerable necesitado de una protección específica comienza a abrirse camino a finales del siglo XIX y principios del siglo XX, período en el que se dará inicio a un largo proceso de transformación de la forma de concebir la figura del menor. Este proceso alcanzará su momento cumbre hasta la aprobación por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1989 del Convenio sobre los Derechos del Niño (María Marta González Tascón, 2010).

Los adolescentes en el Sistema de Responsabilidad Penal de la Ley 1098 de 2006, son sujetos de derecho que asumen responsablemente el ejercicio de sus propios derechos; con respecto a ello la finalidad del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes (SRPA), no obedece a un castigo retributivo estatal al menor de edad delincuente, sino que busca resolver el conflicto que ocasionó el delito cometido por el adolescente, propendiendo por la reintegración del adolescente a la vida en comunidad y la reparación que este le debe brindar a la víctima, coadyuvando así al restablecimiento de las relaciones sociales, dentro del marco de la legalidad y la convivencia ciudadana (Santiago Caro Cuartas, 2015)

Con lo anterior hay que recordar que las problemáticas estructurales han generado

en cada sociedad un grupo de marginados, es decir, aquellos que no contemplan las mismas condiciones, medios ni posibilidades que el resto de la población.

A causa de esto y sumado a la saturación del sistema de justicia, el Derecho Penal ha incurrido en diferentes mecanismos tanto sustanciales como procesales para aliviar aquellas situaciones.

Sin embargo, para conseguirlo, dichos mecanismos han sido cruzados por líneas de excepciones, abreviaciones, ilegalidades y demás dinámicas que distan de lo convencional que han defendido autores de la teoría analítica del delito.

Es necesario reconocer que al intentar solucionar el panorama del Derecho Penal de esta manera, se han provocado numerosas problemáticas colaterales, por ende, es peligroso impregnar a todo el sistema legal de estos mecanismos, pues se habría perdido todo el progreso conseguido y el resto de sectores sociales se verían afectados al respecto, pues no sé estaría tratando con el cuidado suficiente a aquellos delitos que lo ameriten.

Asimismo, se recalca que el Derecho Penal debe respetar los valores constitucionales individuales, se pide que, al operar contra la violencia organizada, no se caiga en

falacias que pretendan justificar el ahorro de medios con el fin de perseguir otros delitos.

Cuando el Estado no cumple con la satisfacción de derechos políticos de participación y las condiciones mínimas necesarias para el bienestar de los individuos, se refugia el orden social en buscar reprimir a aquellos que al parecer por voluntad propia deciden cometer ilegalidades, ignorando los factores estructurales.

Así, se pone en evidencia que aquellos marginados son etiquetados además como peligrosos, por lo cual, algunas personas creen que para salvaguardar la sociedad y mantener un sentimiento de seguridad, se requiere la criminalización de los desfavorecidos. Discursos que se apoyan en dinámicas económicas, políticas y mediáticas; por ejemplo en Europa, los colectivos migrantes son quienes sufren de la persecución.

De igual forma se tiene que a finales de la década de los ochenta, especialmente en 1989 por parte de la Organización de Naciones Unidas ONU se expidió la Convención de los Derechos del Niño, allí se comprende la necesidad de proteger integralmente a los individuos, impidiendo que permanecieran en una situación

irregular llena de vacíos jurídicos. Aquella protección integral se evidencia en la ley 1098 de 2006, Código de Infancia y Adolescencia. La cual reemplazó al antiguo código del menor, también conocido como Decreto 2737 de 1989, el cual ni siquiera reconocía al menor como sujeto de derechos y obligaciones, es decir, consideraba que no se les podía juzgar por delitos, según el artículo 165.

Las estructuras dogmáticas han tendido a excluir la responsabilidad penal de menores o, al menos, a atenuar sobre la base de la inimputabilidad. Ello consulta otro tipo de presupuestos, incluso de orden constitucional, en la medida en que la Carta Política consagra una especial protección y estimación de los derechos de los menores y los privilegia sobre los de los adultos. Ello atiende a una tendencia de orden internacional que busca darles privilegios específicos a los menores, en busca de generar mejores condiciones de desarrollo. (Bernal Castro, 2015).

Siguiendo con el análisis de los menores combatientes que hicieron parte del conflicto armado, se rescata que el Estado debe tener cuidado de no revictimizar a la hora de someterlos al proceso legal correspondiente.

Aunque, al mismo tiempo, se debe castigar

adecuadamente los crímenes de guerra, lesa humanidad o genocidio.

Cada caso en particular debe ser correctamente estudiado para entender las condiciones de su participación y encontrar si hay incluso causales que excluyen la punibilidad del sujeto.

Por lo tanto, también es necesario revisar todas las posibles fuentes de Derecho en busca de cuál estatuto es el más favorable para la víctima, sin tener que tomar decisiones en contra del deber ser.

Así mismo, es pertinente destacar que el objetivo principal es resolver el conflicto que vive el país y prevenir dificultades futuras, por lo cual se requiere el desarrollo de programas especiales que reintegren al menor combatiente a la sociedad civil, reincorporándolos al mundo laboral y que cuente con una red de apoyo suficiente.

Tomando los planteamientos de Bustos Ramírez, la responsabilidad del sujeto está adherida a la exigibilidad del Estado sobre cada individuo en relación con su conducta, exigencia que le es facultada en la medida que otorgue las condiciones para que dicha demanda de comportamiento conforme a derecho sea posible. Es una imputación social realizada al individuo, que requerirá

auscultar las circunstancias que rodearon al mismo en cada caso concreto.

Para Bustos y Hormazábal el elemento de la exigibilidad constituye fundamento del juicio de responsabilidad individual. Habrá que determinarse a partir de qué <presupuestos la motivación y la conciencia de la ilicitud son exigibles, o mejor, cuándo al sujeto se le puede demandar conducta diversa. Por otro lado, existirán eventos en los cuales a pesar de que el sujeto tenga capacidad de comprensión y conozca la ilicitud del hecho, el Estado no debe exigirle la conducta conforme a derecho, dadas las circunstancias particulares en las que actuó (causales de inculpabilidad) (María Helena Luna Hernández, 2021).

La libertad del hombre no es el poder obrar de otra manera, ni su determinación por el bien, sino su conciencia dentro de la relación social. Con el finalismo, para Bustos se inicia una apreciación del contenido real de la culpabilidad, sin que lo logrado sea suficiente, como puede entreeverse de la aceptación limitada de la exigibilidad de la conducta. Al sujeto aún se le cosifica, no se considera en su integralidad concreta social (María Helena Luna Hernández, 2021).

La circunstancia de marginalidad considerada en la disposición jurídica analizada, hace parte del componente de la culpabilidad, que en todo caso podrá tener un grado diferente de incidencia en el arreglo de punición; categoría que implica consideraciones preventivas y de otras finalidades (María Helena Luna Hernández, 2021).

CONCLUSIONES

Con lo escrito anteriormente podemos concluir lo siguiente:

En primer lugar, la definición del derecho. Este es considerado como el conjunto de las normas jurídicas relacionadas con el poder que tiene el estado para castigar o encauzar comportamientos conforme a la ley subordinados a un marco legal con el que se relacionan las personas en sociedad.

Asimismo, el derecho penal puede verse o hablarse desde dos significados, puesto que hay dos clases, el derecho penal sustantivo y el derecho procesal penal. De igual forma, hay un derecho penal objetivo y otro subjetivo.

En segundo lugar, se entiende que la finalidad del derecho penal no se centra solo en la sanción, ya que también busca la

protección bajo amenaza de sanción de los bienes jurídicos, su objetivo principal es este último y realiza dicha protección bajo la prevención de la lesión de los mismos. Y adquiere la tutela de estos prohibiendo y sancionando las acciones que tienden a lesionarlos.

En tercer lugar, la pena es la consecuencia jurídica del delito y conforme al principio de legalidad se encuentra establecida previamente en la norma penal.

Asimismo esta, no debería entenderse como un mal impuesto al delincuente, puesto que al penado se reeduca, rehabilita y reincorpora el sujeto a la sociedad.

También debe tenerse en cuenta que la pena no implica solamente la privación de la libertad, ya que existen otras como son la multa, sanciones accesorias, entre otras.

El SRPA es el conjunto de principios, normas, procedimientos, autoridades judiciales especializadas y entes administrativos que rigen o intervienen en la investigación y juzgamiento de delitos cometidos por personas que tengan entre catorce (14) y dieciocho (18) años al momento de cometer el hecho punible.

En sexto lugar, hay una diferencia entre cómo se aplica el derecho penal cuando hay

Dicha pena debe ser otorgada bajo el lente de la racionalidad, es decir que debe guardar coherencia con los elementos y principios del sistema penal.

En quinto lugar, se concluye que la marginalidad es evidente por la realidad económica y cultural de nuestro país.

El conflicto armado se ha desarrollado durante varias décadas y ha vulnerado a la población más desfavorecida en especial los niños, niñas y adolescentes que por situaciones en algunos casos ajenas a sus voluntades accedieron a grupos armados ilegales.

En materia de menores, se encuentra el Sistema Responsabilidad Penal para Adolescentes (SRPA).

una situación de marginamiento en adultos y menores, ya que en el primero de ellos su pena no mayor de la mitad del máximo, ni menor de la sexta parte del mínimo de la sanción que le imponga; en el segundo la Fiscalía podrá renunciar a la persecución penal.

Por último, se puede establecer que la aplicación del artículo 175 de la ley 1098 de 2006 en su numeral 2 NO cumple en

principio con la finalidad del derecho penal ya que como lo decíamos anteriormente la finalidad de este es proteger los bienes jurídicos pero lo hace a partir de la prevención bajo la coacción que puede ejercer el estado, de igual forma tampoco cumple con las finalidades de la pena puesto que cuándo hay un marginamiento en el entorno del infractor en ningún momento se le aplica ningún tipo de sanción debido a que se encuentra en una situación especial qué influyó para que él cometiera actos delictivos y por lo anterior se le otorga el principio de oportunidad.

REFERENCIAS / BIBLIOGRAFÍA:

1. Alfonso Daza González. (2011). El principio de oportunidad en la decisión sobre el imputado. <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/verbaiuris/article/download/2233/1703/3411>
2. Andrea Delfino. (2012, Julio). La noción de marginalidad en la teoría social latinoamericana: surgimiento y actualidad1. http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0120-48072012000200002
3. Andrea Katherine García González. (2019). Judicializar a los marginados: una etnografía del estado desde el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes. *Universidad del Rosario*.
<https://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/20443/TESIS-MAES-Andrea-Garcia-Gonzalez-%281%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
4. Bernal Castro, M. F. M. V. C. A. (2015). *Los menores en el sistema penal colombiano*. <https://repository.ucatolica.edu.co/server/api/core/bitstreams/b64b0aef-3105-494e-b18c-63a74e55e910/content>
5. BRAYAN MAURICIO AREVALO RODRIGUEZ. (2017). PRINCIPIOS DE LA CORTE INTERAMERICANA: ALCANCE DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN COLOMBIA. *Universidad Libre*.
<https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/11490/ALCANCE%20DEL%20PRINCIPIO%20DE%20OPORTUNIDAD%20EN%20COLOMBIA%20-%20PAPER%20-.pdf?sequence=1>
6. Bryan Steven Paz López. (n.d.). Proporcionalidad y Fines de la Pena: Parámetros para obtener sanciones justas en los delitos en Colombia.

- <https://repository.ucatolica.edu.co/server/api/core/bitstreams/2ea9ea48-300a-4f7d-b639-ea92c525d97b/content>
7. C-328-16 Corte Constitucional de Colombia. (2016, julio 22). Corte Constitucional. Retrieved January 21, 2023, from <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-328-16.htm>
 8. CIDH. (2013). Medidas Privativas Y No Privativas De La Libertad Para Niñas, Niños Y Adolescentes Que Son Declarados Responsables De Infringir Leyes Penales. Justicia Juvenil Y Derechos Humanos En Las Américas. <https://www.oas.org/es/cidh/infancia/docs/pdf/justiciajuvenil.pdf>
 9. Código de la Infancia y la Adolescencia. (n.d.). http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1098_2006.html
 10. Constitución Política de Colombia. (1991). <https://www.constitucioncolombia.com/titulo-1/capitulo-0/articulo-4>
 11. Corrales Barona, H. T. V. D. (n.d.). Inimputabilidad e inmadurez psicológica y su relación con los principios generales de la responsabilidad penal del adolescente infractor en Colombia. *Revista de la Universidad Libre*. <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/saber/article/view/5918/5455>
 12. Cristina Montalvo Velásquez. (2011). Delincuencia y responsabilidad penal juvenil en Colombia. *Revista Pensamiento Americano*.
 13. Didier Fassin. (2015). *At the heart of the State. Ther moral world of institutions*.
 14. Eduardo Novoa Monreal. (n.d.). *Curso de Derecho Penal Chileno* (Vol. Tomo I).
 15. Enrique Cury Urzúa. (1982). *Derecho penal: parte general*.
 16. Eugenio Raúl Zaffaroni. (2005). *Manual de Derecho Penal, Parte General*. Ediar. https://www.academia.edu/44587766/MANUAL_DE_DERECHO_PENAL_PORTE_GENERAL
 17. Eugenio Raúl Zaffaroni. (2011). *Derecho Penal – Parte General*. Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial Y Financiera.
 18. Franz Von Liszt. (n.d.). *TRATADO DE DERECHO PENAL*.
 19. GIMENO SENDRA. (1987). *Los procedimientos penales simplificados (Principios de oportunidad y proceso penal monitorio)*.

20. Iván Meini Mendez. (2013). La pena: función y presupuestos. *Revista de la facultad de derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/890>
21. Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROJA DE QUIROGA. (2004). *DERECHO PENAL PARTE GENERAL* (Primera edición ed., Vol. Tomo III). Edit. Gaceta Jurídica.
22. Ley 1312 de 2009. (n.d.). Función Pública.
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=36781>
23. Ley 599 de 2000. (n.d.). Secretaria General del Senado.
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html
24. Luigi Ferrajoli. (n.d.). *El Derecho Penal Mínimo*.
25. LUIS JIMÉNEZ DE AZUA. (2005). *Principios Del Derecho Penal. La Ley Y El Delito*.
26. María Helena Luna Hernández. (2021). Marginalidad en el Código Penal colombiano. Contexto de análisis y reflexiones de pandemia.
<https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/7192/5283>
27. María Marta González Tascón. (2010). *EL TRATAMIENTO DE LA DELINCUENCIA JUVENIL EN LA UNIÓN EUROPEA HACIA UNA POLÍTICA FUTURA COMÚN*.
28. Martínez-Villalba, J. C. R. (2016). Alcance y límites del principio de proporcionalidad. *Revista Chilena de Derecho.*, 284. 10.4067/s0718-34372016000100012
29. Rafael Alcácer Guiragao. (n.d.). *Los fines del derecho penal*.
30. Ricardo Nuñez. (n.d.). *Manual de Derecho Penal*.
31. Santiago Caro Cuartas. (2015). *SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES EN EL MARCO DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA, DESDE EL AÑO 2006 EN COLOMBIA*. SUMMA IURIS.
32. T-388-13 Corte Constitucional de Colombia. (n.d.). Corte Constitucional. Retrieved January 22, 2023, from <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T-388-13.htm>
33. Vidal-Fueyo, C. (2005). El principio de proporcionalidad como parámetro de constitucionalidad de la actividad del juez. *Biblioteca*

jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Tomo II, 442.
<https://revistascolaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derechoconstitucional/article/view/30266/27320>

- 34.** ZORRO CHAPARRO, L. C. Á. R.
L. A. (n.d.). *Estudio de la política*

Criminal en el sistema de responsabilidad penal para adolescentes en Colombia.
<https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/31770/2021zorroliliana.pdf?sequence=1&isAllowed=y>