

**EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD
PENAL PARA ADOLESCENTES, SU
CONSTITUCIONALIDAD Y VALIDEZ A LA LUZ
DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES
SOBRE PROTECCIÓN DE LA NIÑEZ***

**THE SYSTEM OF CRIMINAL LIABILITY FOR
ADOLESCENTS, CONSTITUTIONALITY AND
VALIDITY IN LIGHT OF INTERNATIONAL
INSTRUMENTS ON PROTECTION OF CHILDREN**

*Andrés Fernando Ruiz-Hernández***

*Fecha de recepción: 4 de junio de 2010
Fecha de aceptación: 18 de febrero de 2011*

Para citar este artículo / To cite this article

Ruiz-Hernández, Andrés Fernando, *El Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, su constitucionalidad y validez a la luz de los instrumentos internacionales sobre protección de la niñez*, 122 *Vniversitas*, 335-362 (2011).

SICI: 0041-9060(201106)60:122<335:SRPPA>2.0.TX;2-6

* Artículo realizado dentro de la línea de investigación de Derecho Penal y Constitución del grupo de investigación Reconciliación con la Dignidad y la Justicia - Red Humana, semillero de investigación Juan Fernández-Carrasquilla, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, UPTC, Tunja.

** Abogado Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, UPTC; especialista en Derecho Constitucional, Universidad Nacional de Colombia; magister en Derecho Comercial, Universidad Externado de Colombia; estudios de maestría en Derecho Penal, Universidad Libre; diplomado en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, Convenio Quinta Brigada del Ejército Nacional y la Universidad Autónoma de Bucaramanga; diplomado en Control, Investigación y Judicialización del Narcotráfico, Convenio Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, UNODC, y la Universidad Santo Tomás de Bogotá. Docente Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, UPTC; Universidad de Boyacá, UniBoyacá y Universidad Industrial de Santander, UIS. Actualmente, juez promiscuo municipal de Muzo, Boyacá. Tunja, Colombia. Contacto: afrh80@yahoo.com.

RESUMEN

El Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, su constitucionalidad y validez a la luz de los instrumentos internacionales sobre protección de la niñez es producto de una reflexión teórica que tiene por objeto desnudar las falencias que, a la luz de un análisis constitucional y de los principales instrumentos internacionales sobre esa materia, presenta el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, SRPA, consagrado en la Ley 1098 de 2006. El texto pretende demostrar las fallas que presenta el sistema y que derivan no solo en situaciones de inconstitucionalidad con ocasión de la violación de determinados derechos fundamentales a los menores sujetos de ese procedimiento, sino que deja entrever la ausencia de aplicación material de los instrumentos internacionales que sobre aplicación de justicia punitiva para menores de edad han sido reconocidos por la mayoría de los estados democráticos y las consecuencias de esa inaplicación e inobservancia, para concluir acerca de la imperiosa necesidad de replantear el sistema y dar prioridad a una política de prevención que incluya una política criminal garantista para menores de edad.

Palabras clave autor: Menores, inconstitucionalidad, derechos, responsabilidad, pena, sanción.

ABSTRACT

The System of Criminal Liability for Teenagers, their Constitutional and Validity in the light of International Instruments on Protection of Children is a product of a theoretical reflection which aims to lay bare de failures that occur within the system of criminal responsibility enshrined teen in the law 1098 of 2006 in the light of a constitutional analysis of the major international on the subject. The text seeks to demonstrate the weaknesses in the system and derive not only in situations of unconstitutionality on the occasion of the violation of certain fundamental rights of children subject to this procedure but suggests the absence of material implementation of international instruments on application of punitive justice for minors have been recognized by the majority of democratic states and the consequences of such a derogation and disregard concluding about the urgent need to rethink the system by giving priority to prevention policy that includes a criminal policy for minors.

Key words author: Children, Unconstitutionality, Rights, Liability, Penalty, Punishment.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.- I. APLICACIÓN DE PROCEDIMIENTOS ESPECIALES EN EL JUZGAMIENTO DE LOS MENORES DE EDAD.- II. VIGENCIA DE NORMAS CON CONTENIDO INCONSTITUCIONAL EN EL PROCEDIMIENTO APLICABLE EN EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES, SRPA.- III. EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES A LA LUZ DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES.- BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

Por lo general, cuando un Estado cambia su Constitución Política, está ávido de una reingeniería institucional que se dirija al cumplimiento de los fines y objetivos que, justamente, están plasmados en esa carta constitucional. Colombia no es la excepción y la metamorfosis estatal experimentada con ocasión de la entrada en vigencia del Estado Social y Democrático de Derecho, consagrado como modelo de Estado en la Constitución Política de 1991, implicó que se replantearan no solo los objetivos y fines estatales sino los medios para lograrlos. Uno de los cambios introducidos por la naciente Carta Constitucional de 1991 fue amparar de forma especial a la niñez al consagrar en el artículo 44 superior que los derechos de los niños gozan del rango de fundamentalidad, es decir, la norma implica “*una protección especialísima por parte del constituyente*”¹ que se hace tangible en dos sentidos, a saber: (i) el contenido del artículo 44 no es cosa distinta que la positivización en la Carta Constitucional de toda la carga principialista contenida en la Convención de los Derechos del Niño y (ii) si bien es cierto que el artículo 44 se encuentra contenido en el capítulo II del título II de la Constitución, es decir, entre los derechos sociales, económicos y culturales, es claro –y ha sido una discusión afortunadamente superada– que los derechos de los niños gozan del rango de fundamentalidad por su calidad de población de especial protección por parte del Estado y por mención expresa del artículo 44, ya que el objetivo es no solo lograr la enunciación de una carga de derechos a favor de los menores, sino que, con su consagración de fundamentalidad, se persigue su materialidad.

Así, la entrada en vigencia del nuevo texto constitucional demandó la actualización del régimen jurídico de juzgamiento penal de los menores de edad, el cual se hallaba previsto en el Decreto 2737 de 1989 o Código del Menor. Esta actualización solo se realizó en 2006 con la expedición de la Ley 1098 o Código de la Infancia y la Adolescencia, es decir, que el régimen del Código del Menor estuvo vigente durante quince años desde la entrada en vigencia de la nueva Constitución, pese a que la estructura de aquel no se compadecía con los fines y objetivos de esta última y pese a que los destinatarios son población de especial protección por parte del Estado, como ya se ha mencionado.

El Código de la Infancia y la Adolescencia en su libro segundo consagra el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, SRPA, el cual se desarrolla adjetivamente bajo los parámetros de la Ley 906 de 2004 o Código de Procedimiento Penal, por expreso mandato del artículo 144 de la Ley 1098 de

1 Corte Constitucional, Sentencia T-278/94, 15 de junio de 1994. Magistrado ponente Hernando Herrera-Vergara. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-278-94.htm>.

2006, lo que implica que el proceso penal que tenga como sujeto pasivo a un menor de edad deberá seguirse bajo las pautas del sistema acusatorio lo que equivale a decir que le son aplicables las reglas procesales que se les aplican a los adultos. Por ello, la pregunta obligada es: ¿es constitucional el procedimiento aplicado en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, SRPA? La respuesta es negativa y las razones para ello son las siguientes:

I. APLICACIÓN DE PROCEDIMIENTOS ESPECIALES EN EL JUZGAMIENTO DE LOS MENORES DE EDAD

Una de las primeras perversiones del sistema de juzgamiento de los menores de edad en Colombia es la homologación procesal que impone la Ley 1098 de 2006, cuando reseña que el procedimiento aplicable en los casos en los cuales el procesado sea un menor de edad es el mismo que se aplica para los adultos, esto es, el procedimiento penal consagrado en la Ley 906 de 2004. Si bien la idea del legislador es permitir que los procesos en los cuales se pretenda determinar la responsabilidad penal de un menor de edad cuenten con los mismos términos expeditos del procedimiento ordinario, ello no es necesariamente garantía de una correcta administración de justicia toda vez que no puede difuminarse la calidad del sujeto objeto del proceso so pretexto de la necesidad de eficiencia en la evacuación de esa clase de procedimientos.

Al respecto, hay dos puntos claves para resaltar el porqué la concepción actual del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes cuenta con serios vicios de inconstitucionalidad: el primero de ellos es el hecho de que instrumentos internacionales que versan de forma concreta sobre el tema –como las Reglas de Beijing² expresamente se pronuncian sobre la necesidad de contar con normas no solo procesales sino sustantivas que sean aplicables única y exclusivamente al juzgamiento de las personas menores de edad; así pues, es necesario citar la regla 2.3:

2.3 En cada jurisdicción nacional se procurará promulgar un conjunto de leyes, normas y disposiciones aplicables específicamente a los menores delincuentes, así como a los órganos e instituciones encargados de las funciones de administración

2 Organización de las Naciones Unidas, ONU, *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores, Reglas de Beijing*. 20 de noviembre de 1985. Disponible en: <http://www.parlamento.gub.uy/htmlstat/pl/convenciones/convreglbeijing-985.htm>.

de la justicia de menores, conjunto que tendrá por objeto:

- a. Responder a las diversas necesidades de los menores delincuentes, y al mismo tiempo proteger sus derechos básicos;*
- b. Satisfacer las necesidades de la sociedad;*
- c. Aplicar cabalmente y con justicia las reglas que se enuncian a continuación (negrilla fuera de texto).*

Como puede observarse en los instrumentos internacionales, bajo ninguna circunstancia puede pretenderse que una misma normatividad regule el sistema de responsabilidad penal de los adultos y de los menores. Esta necesidad de diferenciación normativa incluye, por supuesto, la normatividad procesal, toda vez que en ningún lado se limita la necesidad de diferenciación normativa al aspecto sustantivo sino que, además, adelantar juzgamientos con fines diversos bajo un mismo procedimiento implica, necesariamente, que el procedimiento derivado de uno primario no arrojará resultados positivos como se anotará posteriormente. Si bien la constitución de una jurisdicción especial con reglas especiales en el juzgamiento de los menores de edad infractores de la ley penal en los instrumentos internacionales da lugar a la configuración de los principios de diferenciación y especificidad que, según la Corte Constitucional, se aplican en nuestra legislación,³ es imperioso reseñar cómo, en ocasiones, esa diferenciación y especificidad –más que erigirse como presupuestos coherentes de un adecuado juzgamiento de menores de edad– aparecen en la realidad procesal para –al contrario de sus fines y objetivos– generar menoscabo manifiesto⁴ en la carga de derechos que

3 La sentencia C-740/08 realizó un estudio de constitucionalidad integral de la Ley 1098 de 2006. En esa sentencia, la Corte –con base en el hecho de que la ley establece que los fines del proceso y de las medidas en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, SRPA, son de carácter pedagógico, específico y diferenciado en busca de una protección integral, entre otros objetivos– consideró que son parámetros que permiten identificar la vigencia de los principios de diferenciación y especificidad que demandan diversos instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, en especial los que regulan los derechos de los menores de edad en la legislación penal de menores en Colombia, lo cual dio lugar a la declaratoria de exequibilidad de los artículos 144, 151 inciso 2 y 163 numerales 1 y 5. Esta postura fue reiterada en la sentencia C-684/09, cuando la Corte expone como ejemplo del trato diferenciado y específico entre la legislación penal de adultos y la de menores de edad la especial regulación de la situación de captura en flagrancia, figura esta bajo examen de constitucionalidad en esa sentencia. Corte Constitucional, Sentencia C-740/08, 23 de julio de 2008. Magistrado ponente Jaime Araújo-Rentería. Disponible en: http://www.cntv.org.co/cntv_bop/basedoc/cc_sc_nf/2008/c-740_2008.html.

Corte Constitucional, Sentencia C-684/09, 30 de septiembre de 2009. Magistrado ponente Humberto Sierra-Porto. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-684-09.htm>.

4 Pese a que la Corte, en la sentencia C-684/09, toma como ejemplo de la vigencia de los principios de diferenciación y especificidad del SRPA la forma especial en que se regula la situación de la captura en flagrancia de los menores de edad respecto de la misma situación al tratarse de adultos, acepta que hay vicios de constitucionalidad en la regulación especial de la figura en la ley 1098 de 2006 y termina decretando la inexequibilidad parcial del artículo 191 del Código de la Infancia y la Adolescencia. Corte Constitucional, Sentencia C-684/09, 30 de septiembre de 2009. Magistrado ponente Humberto Sierra-Porto. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-684-09.htm>.

le asiste al menor infractor no solo como menor sino como sujeto pasivo de un proceso penal.

En segundo lugar, superando las razones normativas, una de las consecuencias de aplicar el mismo procedimiento tanto a adultos como a menores de edad es, justamente, la desnaturalización de los fines de un sistema de responsabilidad penal para menores, toda vez que no puede pretenderse que materialmente un mismo procedimiento funja como medio idóneo para materializar los fines propios de la pena impuesta a un mayor de edad delincuente y, a la vez, opere perfectamente como instrumento procesal apto para la aplicación de medidas correctivas en un menor de edad; lo anterior dado que es clara la diferenciación que se hace en los artículos 4 de la Ley 599 de 2000 y 178 de la Ley 1098 de 2006. La primera de las normas citadas trata el tema de las funciones de la pena, siendo taxativo que la imposición de una pena producto de un proceso penal busca en el adulto condenado la prevención general, la retribución justa, la prevención especial, la reinserción social y la protección al condenado; en la segunda norma, las sanciones consagradas en la Ley 1098 de 2006 ni siquiera cuentan con la calidad de pena⁵ y su finalidad y función son radical y diametralmente distintas a las de la pena, puesto que las sanciones del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes tienen una finalidad educativa y restaurativa. Además, la misma Ley 1098 de 2006 en su artículo 140 inciso primero señala taxativamente que *“en materia de responsabilidad penal para adolescentes tanto el proceso como las medidas que se tomen son de carácter pedagógico, específico y diferenciado respecto del sistema de adultos, conforme a la protección integral”*. A este respecto, al pronunciarse sobre las medidas de seguridad, la Corte Constitucional menciona que estas *“no tienen como fin la retribución por el hecho antijurídico, sino la prevención de futuras y eventuales violaciones de las reglas de grupo”*.⁶ Queda claro, entonces, que no es capricho de los instrumentos internacionales pretender el establecimiento de tratamientos normativos diferenciados para el juzgamiento de los menores de edad y de los adultos pues salta a la vista la imposibilidad material de alcanzar los fines y objetivos de uno y otro tratamiento punitivo cuando se cuenta con un mismo medio procesal, toda vez que su naturaleza es completamente opuesta y excluyente.

No obstante la conveniencia de contar con normas exclusivas para el juzgamiento de los menores de edad, para el caso particular de Colombia, la implementación del procedimiento establecido en la Ley 906 de 2004 en el

5 El artículo 159 de la Ley 1098 de 2006 establece la prohibición expresa de antecedentes, al determinar que las sentencias proferidas en procesos por responsabilidad penal para adolescentes no tendrán el carácter de antecedente judicial.

6 Corte Constitucional, Sentencia C-176/93, 6 de mayo de 1993. Magistrado ponente Alejandro Martínez-Caballero. Disponible en: http://www.dmsjuridica.com/JURISPRUDENCIA/CORTE_CONSTITUCIONAL/docs/sentencias_1993.htm.

Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes no se ha dado en términos adecuados. El artículo 140 de la Ley 1098 de 2006 establece en su inciso segundo que en el evento en que se configure un conflicto normativo entre las disposiciones de la Ley 1098 de 2006 y cualquier otra norma, prevalecerá la primera lo que, de contera, se traduce en que cualquier contradicción entre la Ley 906 de 2004 y la 1098 de 2006 implica la prelación de la segunda respecto de la primera, siempre bajo la observancia de los principios de la protección integral y de la prevalencia del interés superior del niño. Pero... ¿qué hacer cuando la misma Ley 1098 de 2006 pervierte la aplicación del procedimiento establecido en la Ley 906 de 2004 en perjuicio de los menores? La solución a este interrogante no es pacífica, como se verá a continuación.

II. VIGENCIA DE NORMAS CON CONTENIDO INCONSTITUCIONAL EN EL PROCEDIMIENTO APLICABLE EN EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES, SRPA

Se ha mencionado desde el inicio de este escrito que la Corte Constitucional ha calificado a los menores como “*población de protección especial*”, lo cual está claramente establecido a la luz de los mandatos contenidos en la Carta Política y en los diversos tratados internacionales que versan sobre derechos humanos y que hacen parte del bloque de constitucionalidad. Al partir de esta situación, la aplicación de un trato diferenciado entre un adulto y un menor de cara a la materialización de los derechos del segundo es constitucionalmente admisible, lo cual es uno de los parámetros jurisprudencialmente desarrollados por la Corte para justificar el rompimiento del derecho a la igualdad en aplicación y desarrollo del test de igualdad, lo cual no es del resorte de este ensayo. Empero, aplicar un trato diferenciado entre un menor y un adulto en perjuicio del primero desconoce el texto constitucional, los diversos tratados sobre derechos humanos constitutivos del bloque de constitucionalidad, deslegitima cualquier test de igualdad y, sobre todo, se erige como una flagrante violación del derecho fundamental de igualdad que, al cernirse como un vicio de la Ley 906 de 2004 en sede de aplicación al menor infractor de la ley penal, afecta la constitucionalidad de toda la actuación procesal.

Para dar sustento a lo antes afirmado, se considera prudente hacer cita de dos situaciones establecidas en la Ley 1098 de 2006 que modifican la Ley 906 de 2004 en lo atinente al procedimiento penal para menores: (i) el procedimiento reglado por el Código de la Infancia y la Adolescencia en los casos en los que el menor infractor es capturado en flagrancia⁷ y (ii) la prohibición expresa de celebrar acuerdos entre fiscalía y defensa.⁸

7 Artículo 191, Ley 1098 de 2006. Detención en flagrancia.

8 Artículo 157, Ley 1098 de 2006.

Respecto del primer evento,⁹ había una violación a los derechos a la igualdad y al debido proceso en sede de los principios de debido proceso *stricto sensu*, principio de defensa, principio de presunción de inocencia y principio de contradicción probatoria. En efecto, al estudiar el texto del artículo 191 de la Ley 1098 de 2006, allí se modificaba completamente el procedimiento a seguir en caso de que un menor fuere capturado en flagrancia, toda vez que de acatarse la remisión normativa al Código de Procedimiento Penal la captura en flagrancia estaría reglada por lo establecido en el artículo 302 del mencionado estatuto procesal; así pues, el artículo 191 goza de prevalencia no solo por ser norma especial aplicable sino por el mandato de primacía legal que ya se ha mencionado se encuentra contenido en el artículo 140 de la Ley 1098 de 2006.

Así pues, la regulación especial que traía el artículo 191 de la Ley 1098 de 2006 acerca del procedimiento a seguirse en caso de que un menor de edad fuese capturado en flagrancia desplazaba en su aplicación a lo reglado por la Ley 906 de 2004 para la flagrancia. Esta norma a todas luces es más garantista que el peligrosísimo régimen señalado por la norma acusada, ya que esta última establecía que una vez se legalizara la captura del menor en el término de 36 horas, el fiscal del caso solicitaría al juez que legalizó la captura, es decir, al juez de control de garantías, que enviara la actuación al juez de conocimiento para que este último citara a audiencia de juicio oral dentro de los 10 días hábiles siguientes. Es de anotar que el artículo 191 señalaba, en el aparte acusado, que dentro de la solicitud que la fiscalía elevaba al juez de control de garantías estaba contenida la acusación. Como es fácilmente apreciable, esta norma deformaba hasta los más elementales principios de separación funcional de competencias que erige la Ley 906 de 2004 en busca de un proceso penal efectivo y eficiente pero sobre todo legal y legítimo, ya que la primera perversión del texto legal mencionado es que no discrimina entre las funciones de control de garantías y las de conocimiento, porque en un debido proceso con separación y delimitación clara de competencias funcionales en virtud de la Ley 906 de 2004 jamás un juez constitucional de control de garantías conoce de un escrito de acusación.¹⁰ Aparte de la confu-

9 El artículo 191 de la Ley 1098 de 2006, Detención en flagrancia, fue declarado parcialmente inexecutable por la Corte Constitucional, por medio de sentencia C-684/09. Magistrado ponente Humberto Sierra-Porto. Demanda presentada por el autor de este escrito y estructurada con base en los argumentos acá presentados.

10 El Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004) establece en sus artículos 336 y 337 el trámite de la acusación y allí es taxativo que el escrito de acusación debe ser presentado por el fiscal “*ante el juez competente para adelantar el juicio*”, igualmente, es en la audiencia de formulación de acusación en donde los sujetos procesales, incluido el ministerio público, pueden hacerle observaciones al escrito de acusación, ya que la audiencia de formulación de acusación es la primera actuación de la etapa de juicio y, por ende, es adelantada única y exclusivamente ante el juez de conocimiento, lo que implica que en los estrictos términos de la Ley 906 de 2004 el juez de control de garantías nunca conoce del escrito de acusación.

sión funcional competencial, el procedimiento reglado por el artículo 191 de la Ley 1098 de 2006 implicaba que de la legalización de la captura se diera un salto directo a la audiencia de juicio oral, lo cual se traduce en la omisión de las audiencias de formulación de imputación, de acusación y preparatoria; a este respecto, se hace imperioso aclarar que una cosa es la etapa procesal del juicio y otra muy distinta es la audiencia de juicio oral en la medida en que la primera es el género y la segunda es la especie, ya que la segunda es parte constitutiva de la primera, es decir, la etapa procesal del juicio está conformada por tres audiencias a saber: (i) Audiencia de Formulación de Acusación, (ii) Audiencia Preparatoria y (iii) Audiencia de Juicio Oral. Así pues, la omisión de las tres actuaciones inicialmente anotadas es clara, lo que se traduce en un desconocimiento flagrante del derecho fundamental al debido proceso pues en la audiencia de formulación de imputación la fiscalía le comunica al hasta entonces indiciado que es sujeto de una investigación y le señala la conducta punible de la cual lo considera responsable. Aunado a ello, en la audiencia de formulación de imputación empieza a materializarse el derecho de defensa, lo cual implica que eliminar de la actuación procesal la audiencia de formulación de imputación es cercenar de forma indebida y, naturalmente, inconstitucional el ejercicio del derecho de defensa,¹¹ el cual se erige como uno de los derechos procesales fundamentales estructurales y básicos en un Estado democrático.

En idéntico sentido, al establecer el artículo 191 de la Ley 1098 de 2006 que de la audiencia de legalización de captura se pasara directamente a la audiencia de juicio oral se omite también la realización de la audiencia de formulación de acusación, lo cual configuraba nuevamente un desconocimiento del derecho fundamental al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política de 1991 por desconocimiento de varios de sus principios fundantes. En efecto, la omisión de la audiencia de formulación de acusación conlleva un desconocimiento de los derechos procesales fundamentales del “*imputado*”, ya que en esa audiencia se evacúa lo referente a causales de incompetencia, impedimentos, recusaciones, nulidades y las observaciones que se tengan que hacer respecto del cumplimiento de los requisitos formales que debe cumplir el escrito de acusación¹² y que debe darse

11 El artículo 290 de la ley 906 de 2004 señala: “*Con la formulación de imputación la defensa podrá preparar de modo eficaz su actividad procesal, sin que ello implique la solicitud de práctica de pruebas, salvo las excepciones reconocidas en este Código*” (negrilla fuera de texto). Como puede verse, el artículo 191 del Código de la Infancia y la Adolescencia no solo reemplaza el régimen de la ley 906 en lo atinente a los procedimientos en caso de flagrancia, es decir, no solo sustituye la regulación del artículo 302 del Código de Procedimiento Penal, sino que involucra una deformación estructural de todo el concepto del proceso penal al –tácitamente– reformar instituciones procesales básicas como la audiencia de formulación de imputación con el consecuente desconocimiento de toda la carga de derechos fundamentales que atañen al indiciado o imputado en desarrollo de un proceso penal.

12 Artículo 339, Ley 906 de 2004.

traslado a la defensa para que se pronuncie respecto de los eventos citados. Omitir la realización de la audiencia de formulación de acusación equivale a negar a la defensa la posibilidad de pronunciarse sobre la concurrencia de causales de incompetencia, impedimentos, recusaciones, nulidades y, peor aún, es impedirle que se pronuncie sobre el cumplimiento de los requisitos del escrito de acusación, lo que implica, a su vez, que el escrito de acusación que el fiscal anexaba a la solicitud que hacía al juez de control de garantías¹³ para enviar al juez de conocimiento en los términos de la norma demandada era totalmente arbitrario y exento de control alguno, ya que no es solo la defensa la que no podía hacerle observaciones de cara a lograr aclaración, adición o corrección tal como lo establece el artículo 339 de la Ley 906 de 2004, sino que, de contera, se negaba la posibilidad de que el ministerio público hiciera pronunciamientos en los términos ya señalados, es decir, respecto de las causales de incompetencia, impedimentos, recusaciones, nulidades o del cumplimiento de los requisitos del escrito de acusación¹⁴ pues en esta misma audiencia es cuando el ministerio público se puede pronunciar al respecto. Es de anotar que al inicio de la audiencia de formulación de acusación se da traslado del escrito de acusación a los sujetos procesales,¹⁵ justamente para efectos de la realización del control de legalidad de ese escrito, lo cual implicaba que al no haber audiencia necesariamente se omitía la etapa procesal para la realización del control de legalidad del escrito de acusación. Así pues queda claro, entonces, que la omisión de esa audiencia en términos prácticos implicaba el rompimiento de un principio estructural del sistema acusatorio, como la igualdad de armas cuya traducción constitucional, el derecho a la igualdad, se ve necesariamente cercenado también puesto que fiscalía y defensa ya no se encontraban en igualdad de condiciones cuando la norma mencionada eximía de cualquier tipo de control formal y material al escrito de acusación que presentaba la fiscalía, lo cual agravaba la situación de manifiesta inconstitucionalidad en el sentido de que la vulneración del derecho a la igualdad degeneraba igualmente en una limitación indebida del derecho al debido proceso en sus principios de defensa técnica y de contradicción.

No obstante lo anterior, se desconocía igualmente el principio de contradicción probatoria ya que al no celebrarse la audiencia de formulación de acusación, se estaba omitiendo la etapa dentro de esa audiencia¹⁶ en la que la fiscalía realiza su descubrimiento probatorio, es decir, cuando la fiscalía señala cuáles son las pruebas que pretende hacer valer en la etapa

13 Artículo 191, Ley 1098 de 2006. Detención en flagrancia.

14 El escrito de acusación debe cumplir una serie de requisitos contenidos en el artículo 337 de la Ley 906 de 2004 y el cumplimiento de esos requisitos es susceptible de control por parte de la defensa y del ministerio público en la audiencia de formulación de acusación.

15 Artículo 339, Ley 906 de 2004.

16 Artículo 344, Ley 906 de 2004.

de juicio oral. Si se tiene en cuenta que el artículo 337 de la Ley 906 de 2004 en el numeral 5 establece que entre los requisitos del escrito de acusación debe ir mencionado el descubrimiento probatorio, la norma demandada –al permitir al fiscal mencionar sus pruebas en el escrito de acusación pero sin que se realizara audiencia de formulación de acusación– le permitía al ente acusador que introdujera sus pruebas en el juicio oral, lo que no ocurría con la defensa y ello rompía y desconocía el principio de igualdad de armas propio de un sistema acusatorio como se verá a continuación –al tratar el tema de la audiencia preparatoria–, lo que se traduce en la violación clara y concreta del debido proceso.

De la misma manera, al no realizarse la audiencia de formulación de acusación, se desconocía el espíritu o la finalidad de la misma, la cual es “*adelantar el juicio cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, se pueda afirmar, con probabilidad de verdad, que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe*”.¹⁷ Como se puede ver, la no realización de la mencionada diligencia permitía inferir, inválidamente, que la conducta existió y que el capturado era su autor o partícipe, lo cual derivaba, como se verá más adelante, en un desconocimiento tajante del principio constitucional de presunción de inocencia, lo que resalta, aún más, lo inconstitucional que se tornaba la actuación de la captura en flagrancia del menor señalada en el artículo 191 de la Ley 1098 de 2006.

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

17 Artículo 336, Ley 906 de 2004.

audiencia preparatoria era procesalmente imposible para la defensa realizar su descubrimiento probatorio, es decir, la defensa no contaba con la etapa procesal consagrada para que pudiera introducir sus pruebas a practicarse en el juicio oral, lo que implicaba que al momento del juicio oral solo podían practicarse las pruebas de la fiscalía por estar en el escrito de acusación pero no se practicarían pruebas de la defensa por no haber hecho descubrimiento probatorio como consecuencia de la omisión de la etapa procesal pertinente que es, como se ha mencionado, la audiencia preparatoria.

Aunado a lo anterior y como confirmación de la violación del debido proceso que contenía la redacción original del artículo 191 del Código de la Infancia y la Adolescencia, la audiencia preparatoria es la etapa en la cual el juez de conocimiento señala el orden en que debe presentarse la prueba¹⁸ y al no realizarse esta diligencia no había etapa para que el juez de conocimiento determinara el orden de la presentación de la prueba, lo que a la postre viciaría el contenido y desarrollo de la audiencia de juicio oral pues es impensable que el juez de conocimiento practicara pruebas en la audiencia de juicio oral tan solo porque la fiscalía las menciona en el escrito de acusación que le envía el juez de control de garantías, más aún cuando se ha omitido la etapa procesal en la cual él mismo debe determinar el orden de presentación de las pruebas. Ello implica que al no tener el juez de conocimiento la oportunidad de determinar ese orden, en el juicio oral quedaba necesariamente ligado a evacuar: (i) solamente las pruebas de la fiscalía pues esta tuvo oportunidad de mencionarlas en el escrito de acusación, lo cual no ocurría con la defensa justamente con ocasión de la extirpación de la audiencia preparatoria y (ii) evacuar las pruebas en el orden que la fiscalía reseñaba en el escrito de acusación, con lo cual se configura, igualmente, una usurpación de funciones pues no es la fiscalía sino el juez de conocimiento el que debe entrar a determinar ese orden.

En el mismo sentido es necesario mencionar que en la audiencia preparatoria es la etapa procesal en la cual es dable realizar estipulaciones probatorias¹⁹ y la no realización de esta audiencia cuando se trata de la captura de un menor en flagrancia reafirmaba una vez más la negación del principio de solicitud de pruebas radicado en cabeza de la defensa pues al no realizarse esta diligencia, la defensa estaba impedida para realizar estipulaciones probatorias con la fiscalía, lo que materialmente implica el rompimiento del principio constitucional de contradicción probatoria.

Para finalizar el análisis de la pluralidad de situaciones inconstitucionales que encerraba el artículo 191 de la Ley 1098 de 2006, es imperioso resaltar

18 Artículo 362, Ley 906 de 2004.

19 Las estipulaciones probatorias son aquellos acuerdos a los que llegan la fiscalía y la defensa respecto de determinadas pruebas para evitar el desgaste de la administración de justicia cuando han sido aceptadas por las partes en contienda como material probatorio válido.

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

Nótese cómo la norma analizada resolvía que ante una situación de captura en flagrancia el menor aprehendido pasaría, en lo que a actuación procesal se refiere, de la audiencia de legalización de captura directamente a la audiencia de juicio oral, lo que se traduce en la imposibilidad de entrar a estudiar si el menor actuó bajo alguna causal de ausencia de responsabilidad.²⁰ En efecto, la norma atacada desconocía de manera absoluta el principio de presunción de inocencia contenido en el artículo 29 de la Constitución Política de 1991 pues al no celebrarse las etapas consagradas en la Ley 906 de 2004 ya mencionadas (Audiencia de Formulación de Imputación, Audiencia de Formulación de Acusación y Audiencia Preparatoria) se tenía que con el solo hecho de la flagrancia se estaba presumiendo la responsabilidad penal del menor capturado, ya que la norma atacada enseñaba que la actuación se enviaría al juez de conocimiento para que señalara dentro de los 10 días hábiles siguientes fecha para la realización de la audiencia de juicio oral y que esa solicitud enviada al juez de conocimiento incluiría la acusación.

Si retomamos lo mencionado anteriormente, al señalar cuál es la finalidad de la audiencia de acusación, la misma se da cuando “...*de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, se pueda afirmar, con probabilidad de verdad, que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe*”.²¹ Es decir, al pasar directamente de la legalización de la captura en flagrancia al juicio oral,²² mediando escrito de acusación pero sin que se haya hecho audiencia de formulación de acu-

20 El artículo 32 de la Ley 599 de 2000 o Código Penal establece cuáles son las causales de ausencia de responsabilidad, es decir, cuando la acción o la omisión que se consideran conductas típicas por enmarcarse en alguna de las doce situaciones reseñadas en esa norma no permiten la evolución en la calificación jurídica de la conducta de “típica” a “punible” y, por ende, no hay lugar a declarar responsabilidad penal.

21 Artículo 336, Ley 906 de 2004.

22 La audiencia de juicio oral es la etapa procesal final de la etapa de juicio en la que se discute la responsabilidad penal o no del acusado.

sación, la fiscalía estaba presumiendo que existe conducta punible y que el menor es responsable.

Para ejemplificar la violación de la presunción de inocencia, se puede citar el caso de un menor de 17 años que es capturado en flagrancia hurtando alimentos acosado por el hambre. En este evento hipotético, el menor era capturado, legalizada su captura y enviada la actuación junto con escrito de acusación al juez de conocimiento para la celebración de audiencia de juicio oral y por el único hecho de haber sido capturado en flagrancia, se estaba presumiendo la responsabilidad penal del menor en lo referente a la comisión de la conducta punible de hurto pues la fiscalía nunca entraba a determinar que en este caso pudiera estar configurándose una causal de ausencia de responsabilidad como el estado de necesidad.²³ De otra manera, es menester mencionar que la defensa no podía alegar la aparición de esa causal de ausencia de responsabilidad, sencillamente porque nunca tenía la oportunidad procesal para hacerlo pues como se puede desprender de todo el análisis hasta acá realizado la defensa solo intervenía en dos audiencias y en ambas de forma muy limitada: (i) la audiencia de legalización de captura y (ii) la audiencia de juicio oral para rebatir sin pruebas propias y sin ejercicio del principio de contradicción lo que la fiscalía da por sentado es una conducta punible en la cual el menor capturado es autor o partícipe.

Corolario de la magnitud que tenía el desconocimiento de la presunción de inocencia en los eventos de captura en flagrancia de un menor es el hecho de que al “saltar” de la audiencia de legalización de captura a la audiencia de juicio oral tampoco se abría la posibilidad de hacer solicitud de preclusión por dos motivos principales, a saber: (i) legalmente se estipulaba que posterior a la audiencia de legalización de captura la actuación subsiguiente era taxativamente la audiencia de juicio oral, lo cual implicaba que si la fiscalía consideraba que no existía conducta punible, que no había tipicidad de la conducta o que había imposibilidad de continuar con el ejercicio de la acción penal, etc.,²⁴ sería en la audiencia de juicio oral en la cual debía solicitar se decretara la preclusión de la investigación y (ii) no es concebible una solicitud de preclusión por parte de la fiscalía, ya que el artículo 331 de la Ley 906 de 2004 señala: “*En cualquier momento, [a partir de la formulación de imputación],²⁵ el fiscal solicitará al juez de conocimiento la preclusión, si no existiere mérito para acusar*” (negrilla fuera de texto). Ello implica por elemental compren-

23 El estado de necesidad es una causal de ausencia de responsabilidad consagrada en el numeral 7 del artículo 32 de la Ley 599 de 2000 o Código Penal, que justifica la conducta y hace desaparecer el elemento de la antijuridicidad. En ese evento, pues, se tendría que la captura en flagrancia solo es prueba de la comisión de una conducta típica pero nunca punible.

24 Artículo 332, Ley 906 de 2004. Causales de Preclusión.

25 Aparte entre corchetes declarado inexecutable por la Corte Constitucional. Corte Constitucional, Sentencia C-591/05, 9 de junio 9 de 2005. Magistrada ponente Clara Inés Vargas-Hernández. Disponible en: www.dmsjuridica.com/CODIGOS/LEGISLACION/Sentencias/C-591-05.rtf.

sión semántica la imposibilidad de solicitar preclusión puesto que la misma procede si no existiere mérito para acusar y es claro, de la lectura del artículo 191 de la Ley 1098 de 2006, que ya ha habido acusación: la misma iba anexa a la solicitud que el fiscal entregaba al juez de control de garantías una vez finalizada la actuación preliminar de control de legalidad de la aprehensión del menor para que este enviara la actuación al juez de conocimiento.

El análisis acerca de la seria y grave inconstitucionalidad que encerraba en varias aristas la norma estudiada con ocasión de la acumulación de resultados nocivos en contra, finalmente, del segundo derecho fundante de un Estado Social y Democrático de Derecho como la libertad más aún al tratarse de menores de edad, sujetos estos de especial protección reconocida incluso en instrumentos internacionales, fue ratificado por la Procuraduría General de la Nación, ya que en su intervención²⁶ en el expediente D-7681, por medio del cual la Corte Constitucional estudió la demanda de acción pública de inconstitucionalidad del artículo 191 de la Ley 1098 de 2006, menciona que la acción de inconstitucionalidad efectivamente no solo dejó al descubierto la pretermisión de las etapas procesales, sino también las consecuencias inconstitucionales que generaban esas omisiones con ocasión de una regulación normativa especial y concreta de la captura en flagrancia respecto de los menores que modificó por completo el acucioso procedimiento que para la misma situación regula la Ley 906 de 2004 al tratarse de procesados mayores de edad. Además, considera el ministerio público, que la entidad de la inconstitucionalidad que se manifiesta en el artículo demandado va mucho más allá de lo reseñado por el actor, puesto que no solo se vulneraban los derechos fundamentales esbozados como soportes de la acción pública de inconstitucionalidad, sino que la norma atacada, incluso, se torna violatoria del mandato del artículo 44 de la Constitución Política de 1991, que eleva a rango de fundamentalidad los derechos de los niños y expresamente reseña que los mismos prevalecen sobre los derechos de los demás; la Procuraduría en lo atinente al tratamiento del principio de presunción de inocencia respecto de los menores dice:

Así las cosas resulta claro que el proceso penal para adultos ha sido diseñado distinguiendo etapas procesales, cada una de ellas dirigidas a determinar sólidamente, progresivamente y con fuerza de verdad judicial: la autoría, el grado de culpabilidad, la existencia de los hechos y si hay o no eximentes de responsabilidad, elementos todos que se dirigen a disolver la duda con la que se inicia toda la actuación penal. En caso contrario, cuando la duda prevalece en la actuación, el proceso penal ha previsto momentos en los que quede de manifiesto la inexistencia del hecho, o la

26 Procuraduría General de la Nación, Concepto 4786, expediente D-7681, demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 191 de la ley 1098 de 2006, magistrado ponente Humberto Antonio Sierra-Porto. Disponible en: http://www.procuraduria.gov.co/html/fallosycon_2009.htm.

incerteza sobre la autoría, o que el sujeto investigado se encontraba cobijado por una causal eximente de responsabilidad, para que en aras de los principios de economía procesal, la investigación finalice antes de llegar a la audiencia de juicio oral.

La legislación para la infancia, en forma contraria, al eludir las audiencias de formulación de imputación y de acusación coloca al adolescente infractor en condiciones más gravosas que aquellas que debe soportar un adulto. Lo que además significa que el legislador hizo una copia incompleta, fragmentada y no garantista del proceso de los adultos para aplicarla a los menores, poniendo en riesgo un cúmulo de valores, principios y derechos fundamentales.²⁷

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

De la misma manera como se han enunciado los vicios del artículo 191, es de anotar que no es esta la única norma que presenta serios resquicios en lo que atañe a su solidez y concordancia con el texto y espíritu de la Carta Constitucional. A este respecto, es necesario hacer mención y análisis, no tan extenso como el anterior, de las falencias contenidas, entre otras, en los artículos 157 y 178 del Código de la Infancia y la Adolescencia. El primero de ellos prohíbe expresamente la posibilidad de alcanzar acuerdos entre la fiscalía y la defensa y el segundo genera serias dudas sobre la materialidad del principio de legalidad.

En lo que respecta al artículo 157, como se anotó, prohíbe que al tratarse de juzgamiento de menores de edad se llegue a acuerdo alguno entre la fiscalía y la defensa. Esta prohibición no cuenta con argumento válido alguno que supere el más leve de los juicios de constitucionalidad, ya que si es permitida esa figura en la justicia para mayores de edad bajo las premisas de “*humanizar la actuación procesal y la pena; obtener pronta y cumplida justicia; activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito; propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto y lograr la participación del*

27 Procuraduría General de la Nación, Concepto 4786, expediente D-7681, demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 191 de la ley 1098 de 2006, magistrado ponente Humberto Antonio Sierra-Porto, 13, 14. Disponible en: http://www.procuraduria.gov.co/html/fallosycon_2009.htm.

*imputado en la definición de su caso*²⁸ no se entiende cómo esos parámetros no pueden ser aplicados para la justicia de menores, máxime si se tiene en cuenta que en esta jurisdicción no se habla de pena sino de sanciones.²⁹ Es decir, con mayor razón debería permitirse alcanzar acuerdos entre defensa y fiscalía, puesto que los fines de los acuerdos definidos en la Ley 906 de 2004 cuentan con la entidad material suficiente como para ser aplicables con mayor vehemencia en la jurisdicción que juzga a los menores de edad pues esos fines se compadecen más y son más concordantes con los fines de la justicia penal de menores que con la de los adultos. ¿O, es necesario preguntarse, será que en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes no hay necesidad de humanizar la actuación procesal? o ¿cuál es el argumento que constitucionalmente valide humanizar la pena mas no la sanción cuando la primera es castigo y la segunda un fin pedagógico? o ¿no debe propiciarse en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el delito?³⁰ Si lo que persigue la diferenciación de jurisdicciones, de normas procesales y de normas sustantivas³¹ es materializar los fines especiales respecto de los menores para no ser tratados con la rigidez de un adulto, con mayor razón debería no solo permitirse los acuerdos entre la fiscalía y la defensa sino que debería el mandato consagrarse en el sentido de promoverlos de la misma manera que imperativamente se ordena la promoción de la aplicación del principio de oportunidad al tratarse de justicia

28 Artículo 348, Ley 906 de 2004. Finalidades de los preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado.

29 Aunque lingüísticamente *pena* y *sanción* son palabras sinónimas, jurídicamente cuentan con una marcada diferencia en la medida en que la primera es un castigo y aplica para los mayores de edad contraventores de la ley penal y la segunda es una medida pedagógica con fines de protección que aplica para los menores infractores de la ley penal. Igualmente, debe aclararse que *sanción* no es jurídicamente símil de *medida de seguridad*, ya que la primera hace alusión a la medida con la cual finaliza el proceso penal en el cual un menor de edad es encontrado responsable de la comisión de alguna conducta punible en tanto que la segunda es la forma como finaliza un proceso penal cuyo procesado cuenta con la calidad de inimputable y a la fecha se ha decantado con bastante suficiencia que *los menores de edad no son inimputables*, sino *sujetos de un proceso especial de juzgamiento con reglas procesales y sustantivas propias*. En concordancia con lo anterior, debe recordarse que en la ley penal colombiana contenida en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, los menores de catorce años no son sujetos de la ley penal (artículo 142, Ley 1098 de 2006). Para una mejor comprensión del tema, nótese las diferentes finalidades de la pena, la sanción y la medida de seguridad en los artículos 4 del Código Penal, 178 de la Ley 1098 de 2006 y 5 de la Ley 599 de 2000, respectivamente.

30 El artículo 140 de la Ley 1098 de 2006 señala entre las finalidades del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes: *“el proceso deberá garantizar la justicia restaurativa, la verdad y la reparación del daño”* (negrilla fuera de texto).

31 Al respecto, ver regla 2.3 de las *Reglas de Beijing* y regla 4 (cláusula de salvaguardia) de las *Reglas de Tokio*. Organización de las Naciones Unidas, ONU, *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores, Reglas de Beijing*. 20 de noviembre de 1985. Disponible en: <http://www.parlamento.gub.uy/htmlstat/pl/convenciones/convreglbeijing-985.htm>.

Organización de las Naciones Unidas, ONU, *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad, Reglas de Tokio*. 14 de diciembre de 1990. Disponible en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/OTROS%2020.pdf>.

penal para menores de edad.³² Así pues, sin necesidad de entrar con mayor análisis de fondo se vislumbra de forma clara una nueva vulneración indebida del derecho fundamental a la igualdad al permitirse al adulto infractor celebrar acuerdos con la fiscalía y no al menor infractor, pese a su calidad de población de especial protección y a la entidad de sus derechos.

Igualmente, una breve pero obligada mención merece la regulación consagrada en el artículo 178 del Código de la Infancia y la Adolescencia, ya que esa norma establece:

Las sanciones señaladas en el artículo anterior tienen una finalidad protectora, educativa y restaurativa, y se aplicarán con el apoyo de la familia y de especialistas. El juez podrá modificar en función de las circunstancias individuales del adolescente y sus necesidades especiales las medidas impuestas (negrilla fuera de texto).

Como es fácilmente visible en el aparte resaltado, se abre en esa norma una puerta a la discrecionalidad del juzgador para la imposición de la sanción lo cual, en términos estrictos, no significa cosa distinta que un desconocimiento flagrante del principio de legalidad puesto que es inaceptable, desde una vista constitucional, que sea el juez el que, aun enmarcado en los parámetros mencionados por la norma en comento, tenga la potestad de modificar las sanciones a imponer. El principio de legalidad no solo se limita a la preexistencia normativa de la prohibición de una conducta positiva o negativa, sino que dentro de su radio de acción se encuentra necesaria e inescindiblemente consagrada, igualmente, la pena o, para este caso, la sanción como consecuencia natural de la comisión de una conducta punible. Entender en sentido restrictivo el principio de legalidad implicaría que la exigencia del principio se limitaría a la preexistencia de la conducta prohibida contenida en una norma positiva o, lo que es igual, a la necesidad de verificar únicamente la prohibición para una vez confirmada la realización de la conducta, entrar a liberar la discrecionalidad del juez en la imposición de la sanción. En términos prácticos, de lo anterior podríamos ejemplificar mencionando que hay una norma positiva que prohíbe el homicidio pero como no hace parte del principio de legalidad el establecimiento de la pena a imponer por esa conducta sería válido pretender que en algunas ocasiones el homicidio tuviere pena de multa y en otras hasta pena de muerte; justamente porque la imposición de la pena o sanción podría tornarse arbitraria, el principio de legalidad comprende tanto la parte descriptiva del tipo penal, como norma positiva, como su parte sancionatoria. Entendida, entonces, la real dimensión del principio, es claro que la indeterminación real de la sanción a imponer pese a la existencia de unos criterios para la definición de las sanciones con-

32 Artículo 174, Ley 1098 de 2006 o Código de la Infancia y la Adolescencia. Del principio de oportunidad, la conciliación y la reparación integral de los daños.

tenidos en el artículo 179 de la Ley 1098 de 2006 al permitírsele al juez de conocimiento la posibilidad de modificación de las sanciones puede entenderse como la posibilidad de exacerbar la imposición de una sanción o, más grave aún, puede entenderse como la posibilidad del juez de imponer una sanción por fuera de las taxativamente señaladas en el artículo 177 de la Ley 1098 de 2006, lo que implicaría un desbordamiento aún más notorio y gravoso en sede de demostración del contenido inconstitucional de la norma analizada sin necesidad de hacer mayor esfuerzo en un juicio de control constitucional.

III. EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES, SRPA, A LA LUZ DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

Como se mencionó al principio de este escrito, uno de los pilares normativos-constitucionales para la expedición del Código de la Infancia y la Adolescencia es el contenido del artículo 44 de la Constitución Política, que eleva a rango de fundamentales los derechos de los niños y expresamente otorga prevalencia sobre los derechos de los demás; pero, a pesar de que ese artículo constitucional es una recopilación breve de los principios que orientan la Convención de los Derechos del Niño de 1989 ello, *per se*, no implica una armonización plena entre ese código y los diversos instrumentos internacionales que respecto de la protección de los menores debe darse en forma integral y no solo en sede del desarrollo de un proceso penal.

En primera medida, debe mencionarse que si bien la carga principialista y finalista que contiene la Ley 1098 de 2006 efectivamente tiene concordancia con la Convención de los Derechos del Niño³³ no solo por identidad de materia sino por hacer este último parte constitutiva del bloque de constitucionalidad, no se están teniendo en cuenta aspectos claves de esa Convención, en especial en lo que tiene que ver con los aprovisionamientos legales para el juzgamiento de los menores de edad infractores de la ley penal, puesto que el artículo 40 de la Convención enuncia específicamente las directrices mínimas a ser observadas por los Estados Parte en lo atinente al tratamiento que deben recibir los menores infractores de la ley penal y en su numeral 3 concretamente señala:

los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones aplicables específicamente a los niños que sean considerados, acusados o declarados culpables de

33 La Convención de los Derechos del Niño fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por Colombia por medio de la Ley 12 de 1991.

infringir las leyes penales y, en particular examinarán:

a)... (negrilla fuera de texto).

Como puede denotarse, el establecimiento en nuestra legislación de una regla general del procedimiento como la de aplicar a los menores las mismas pautas procesales de los adultos (Ley 906 de 2004) y, más grave aún, introducir regulaciones específicas aplicables a los menores infractores que desarticulan y desnaturalizan por completo un debido proceso se tornan en una redundancia inconstitucional al desconocer, en primera medida, el expreso mandato de la norma antes citada en el sentido de contar con procedimientos aplicables específicamente a los niños y, en segundo lugar, al vulnerar un cúmulo de derechos sustantivos y procesales de rango constitucional, naturalmente, consagrados en la Carta pero reiterados en la carga mínima de derechos de los niños³⁴ procesados contemplados en el mencionado artículo 40 de la Convención. Así pues, las afectaciones de rango constitucional a las cuales se ha hecho mención a lo largo del presente escrito no se configuran únicamente en sede de confrontación con la Carta Política sino que se configuran, igualmente, por expreso desconocimiento del bloque de constitucionalidad no solo por la vulneración concreta de derechos como en el caso de las normas de la Ley 1098 de 2006 estudiadas sino por inaplicación expresa de la Convención.

Por otra parte, si bien es cierto que aunque sea en términos netamente teóricos nuestra legislación sobre menores ha intentado vincularse con la Convención de los Derechos del Niño, no es ese el único instrumento internacional que enseña pautas aplicables a los menores de edad infractores de la ley penal y que los mismos ni siquiera han sido estudiados de cara a analizar la posibilidad de ser aplicados en Colombia en aras de materializar el sentido de prevalencia general de los derechos de los niños contenido en el artículo 44 de la Constitución Política. Como se ha mencionado varias veces, no un instrumento genérico sobre los derechos de los niños sino uno en particular que regula concretamente el tema de los menores infractores de la

34 Para dar claridad al texto, es necesario mencionar que a la luz del artículo 1 de la Convención de los Derechos del Niño se establece que se entenderá por niño a todo ser humano menor de dieciocho (18) años, salvo que en la legislación interna de cada Estado Parte se haya alcanzado antes la mayoría de edad. En Colombia, la mayoría de edad se alcanza a los dieciocho (18) años y el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes rige para los menores infractores de la ley penal cuya edad oscile entre los catorce (14) y los dieciocho (18) años, por lo cual aunque en nuestra legislación se hable de “adolescentes” es plenamente aplicable la Convención. Además, la Corte Constitucional en sentencia C-170/04 señaló que el concepto de “niño” y el de “adolescente” se tienen como sinónimos en Colombia en virtud de la inexistencia de contenido normativo alguno que permita distinguir jurídicamente esos conceptos. Ver igualmente la sentencia C-228/08.

Corte Constitucional, Sentencia C-170/04, 2 de marzo de 2004. Magistrado ponente Rodrigo Escobar-Gil. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=14024>. Corte Constitucional, Sentencia C-228/08, 5 de marzo de 2008. Magistrado ponente Jaime Araújo-Rentería. Disponible en: http://www.cntv.org.co/cntv_bop/basedoc/cc_sc_nf/2008/c-228_2008.html.

ley penal: las *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores*, de 1985, mejor conocidas como *Reglas de Beijing*.

Como pudo anotarse anteriormente, esas pautas no fueron observadas por el legislador al momento de elaborar la Ley 1098 de 2006 y al diseñar el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, ya que no solo la Convención en el numeral 3 del artículo 40 expresamente señala la necesidad de contar con leyes, procedimientos e instituciones de aplicación específica en los casos de menores infractores de la ley penal sino que la regla 2.3 de las *Reglas de Beijing* ya había expresado la misma necesidad. Prueba de lo anterior es que la Procuraduría General de la Nación en el concepto³⁵ ya mencionado solicitó a la Corte Constitucional exhortar al legislador para que en la siguiente legislatura expidiese un procedimiento penal para el adolescente que tenga en cuenta las mencionadas reglas pues aun el ministerio público denota que las mismas no fueron observadas únicamente en lo atinente a la necesidad de contar con jurisdicciones y procedimientos diferentes.

En el evento en que se pretenda contar con una legislación penal (tanto adjetiva como sustantiva) acorde con la entidad de los derechos fundamentales de los menores no solo debe tenerse en cuenta de forma material la Convención de los Derechos del Niño y las *Reglas de Beijing*, sino que debe echarse mano de otros instrumentos internacionales concretos sobre menores de edad, los cuales serán apenas enunciados para reseñar su validez e importancia en la estructuración de una legislación materialmente válida y constitucionalmente legítima.

La restricción de la libertad debe ser siempre una *ultima ratio* para un menor de edad infractor de la ley penal, por lo cual debe diseñarse una legislación que dé prelación a las medidas no privativas de la libertad en sede de materializar, justamente, el contenido pedagógico y especial que se predica como fin último de las sanciones, por lo cual se torna inconcebible una legislación que no tenga en cuenta en su estructuración las *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad*, más conocidas como *Reglas de Tokio*.³⁶ Así mismo, si bien la restricción a la libertad debe ser la última alternativa en sede de imposición de sanción al menor infractor de la ley penal, ello no conlleva la posibilidad de eliminarla como forma de sanción; pero ello implica que esa privación sea plenamente concordante con la entidad de la fundamentalidad de los derechos de los menores y con los fines últimos que persigue la imposición de la sanción,

35 Procuraduría General de la Nación, Concepto 4786, expediente D-7681, demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 191 de la ley 1098 de 2006, magistrado ponente Humberto Antonio Sierra-Porto. Disponible en: http://www.procuraduria.gov.co/html/fallosycon_2009.htm.

36 *Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad* o Reglas de Tokio fueron aprobadas por medio de la resolución 45/110, el 14 de diciembre de 1990.

por lo cual es imperioso regular de forma completa, concreta, específica y especial y de forma diferenciada de las demás sanciones no privativas de la libertad la sanción de privación de la libertad por ser esta la expresión máxima de invasión del aparato estatal, en ejercicio del *ius puniendi*, en el derecho de libertad, máxime si se tiene en cuenta la calidad del titular del mismo como menor de edad, es decir, un sujeto de especial protección por parte del mismo Estado que lo está sancionando. Así pues, se torna inconcebible una legislación que prevé la sanción de privación de la libertad para el menor infractor sin tener en cuenta las *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de la libertad*, conocidas como *Reglas de La Habana*,³⁷ toda vez que ese instrumento plasma una serie de directrices que permiten el ejercicio de esta sanción sin menoscabo de los derechos del menor infractor y en garantía de la consecución real de los fines perseguidos por la sanción *sub examine*.

Ahora bien, es impensable válidamente que exista un Estado democrático legítimo que aparezca frente a sus asociados únicamente en sede del ejercicio de la vindicta social por la comisión de conductas punibles sin tener alternativas previas al castigo encaminadas a la prevención del delito y esa política preventiva debe ser exacerbada al tratarse de población en formación, como la población juvenil menor de edad, por lo cual se extraña sobremanera que nuestra Ley 1098 de 2006 nada mencione en sede de prevención del delito y, más aún, en nada haya tenido en consideración las *Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil*, de 1990, llamadas *Directrices de Riad*,³⁸ las cuales fungen como pautas no coercitivas, sino preventivas en sede de promoción del desarrollo de una juventud sana, acatadora de las normas internas de cada Estado Parte y, naturalmente, diametralmente opuesta al sentido de comisión de conductas punibles.

El interrogante que surge en este evento es: ¿estos instrumentos internacionales, si versan de manera concreta sobre los menores y su relación con el derecho penal juvenil, no pueden ser aplicados, aunque no estén consagrados en el Código de la Infancia y la Adolescencia, en virtud del bloque de constitucionalidad? La respuesta es negativa tratándose del bloque de constitucionalidad, pero afirmativa en el sentido de reseñar que sí pueden ser aplicados en la legislación interna.

Al respecto, es necesario recordar que el bloque de constitucionalidad está conformado por los tratados internacionales aprobados y ratifica-

37 *Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de la Libertad* o *Reglas de La Habana* fueron aprobadas por medio de la resolución 45/113, el 14 de diciembre de 1990.

38 *Las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil* o *Directrices de Riad* fueron aprobadas por medio de la resolución 45/112, el 14 de diciembre de 1990.

dos por Colombia que versen sobre derechos humanos y que no puedan ser suspendidos en vigencia de un estado de excepción. Para el caso que estudiamos, serios doctrinantes del derecho constitucional señalan que si bien instrumentos como las *Reglas de Beijing* y las *Directrices de Riad* no pueden ser parte constitutiva del bloque de constitucionalidad con ocasión de la ausencia de la calidad de tratado internacional, ello no conlleva su desatención absoluta pues hay medios diferentes al bloque para integrarlos y observarlos en la legislación propia: una primera fuente de integración es considerarlos principios generales del derecho o principios de derecho internacional consuetudinario, habida cuenta de que son instrumentos principialistas emanados de organismos que gozan de fundado y marcado reconocimiento internacional; y otra alternativa que goza de la misma validez es usarlos como criterios de interpretación de la normatividad interna y de la normatividad constitutiva del bloque de constitucionalidad con ocasión de lo que la doctrina denomina *soft law*.³⁹

Así pues, sean o no parte del bloque de constitucionalidad, no puede desconocerse la trascendencia de estos instrumentos internacionales a la luz de la labor de materialización de los derechos fundamentales de los menores de edad infractores de la ley penal, por lo cual no se considera válida razón alguna que los pretermita de la regulación interna el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, SRPA.

Por último y con ocasión de la reseña que se ha hecho en el sentido de desnudar las incompatibilidades, algunas tácitas y otras manifiestas, entre el régimen de procesamiento y juzgamiento de los menores infractores de la ley penal consagrado en la Ley 1098 de 2006 y los instrumentos internacionales que son y no son parte del bloque de constitucionalidad así como de las normas internas que modifican en sede de agravación para el menor infractor el sistema procesal de la Ley 906 de 2004 al punto de viciar esas normas con sendas manifestaciones de inconstitucionalidad se debe, forzosamente, concluir que la Ley 1098 de 2006 en lo atinente a la consagración del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, SRPA, representa un poderoso avance en materia de protección a la niñez colombiana, si se compara con la estructura del régimen anterior (Decreto 2737 de 1989). Pero igualmente dista mucho de materializar los fines constitucionales últimos para los menores de edad como sujetos de especialísima protección por parte de la sociedad y del Estado, también se hace visible el marcado desconocimiento de los parámetros internacionales que tanto

39 Rodrigo Uprimny-Yepes, Inés Margarita Uprimny-Yepes & Óscar Parra-Vera, *Módulo de formación autodirigida en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario* (Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa; Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Fundación Social, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Bogotá, 2006). Disponible en: <http://www.ejrlb.net/medios/docs/Derechos%20Humanos%20y%20Derecho%20Internacional%20Humanitario.pdf>.

genérica como concretamente parten de un *pedocentrismo*, si cabe el uso de esta expresión, para en torno al fuerte contenido del concepto “*menor*” estructurar toda una política de protección lo cual, necesariamente, incluye, y así debe hacerlo, la política criminal.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

Uprimny-Yepes, Rodrigo, Uprimny-Yepes, Inés Margarita & Parra-Vera, Óscar, *Módulo de formación autodirigida en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario* (Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa; Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Fundación Social, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Bogotá, 2006). Disponible en: <http://www.ejrlb.net/medios/docs/Derechos%20Humanos%20y%20Derecho%20Internacional%20Humanitario.pdf>.

Tratados y otros acuerdos internacionales

Organización de las Naciones Unidas, ONU, *Convención de los Derechos del Niño*. 20 de noviembre de 1989. Disponible en: http://www.unicef.es/derechos/docs/CDN_06.pdf. Aprobada en Colombia por la Ley 12 de 1991. Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/6469>.

Organización de las Naciones Unidas, ONU, *Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, Directrices de Riad*. 14 de diciembre de 1990. Disponible en: http://www.ocavi.com/docs_files/file_696.pdf.

Organización de las Naciones Unidas, ONU, *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores, Reglas de Beijing*. 20 de noviembre de 1985. Disponible en: <http://www.parlamento.gub.uy/htmlstat/pl/convencciones/convreglbeijing-985.htm>.

Organización de las Naciones Unidas, ONU, *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de la Libertad, Reglas de La Habana*. 14 de diciembre de 1990. Disponible en: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/menores.htm>.

Organización de las Naciones Unidas, ONU, *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad, Reglas de Tokio*. 14 de diciembre de 1990. Disponible en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/OTROS%2020.pdf>.

Normatividad colombiana

Constitución Política de Colombia, 116 *Gaceta Constitucional*, 20 de julio de 1991. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/cp/constitucion_politica_1991.html.

Decreto 2737 de 1989, por el cual se expide el Código del Menor, 39.080 *Diario Oficial*, 27 de noviembre de 1989. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo/codigo_menor.html.

Ley 599 de 2000, por la cual se expide el Código Penal, 44.097 *Diario Oficial*. 24 de julio de 2000. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2000/ley_0599_2000.html.

Ley 906 de 2004, por medio de la cual se expide el Código de Procedimiento Penal, 45.658 *Diario Oficial*, 1 de septiembre de 2004. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2004/ley_0906_2004.html.

Ley 1098 de 2006, por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia, 46.446 *Diario Oficial*, 8 de noviembre de 2006. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2006/ley_1098_2006.html.

Jurisprudencia colombiana

- Corte Constitucional, Sentencia C-176/93, 6 de mayo de 1993. Magistrado ponente Alejandro Martínez-Caballero. Disponible en: http://www.dmsjuridica.com/JURISPRUDENCIA/CORTE_CONSTITUCIONAL/docs/sentencias_1993.htm.
- Corte Constitucional, Sentencia C-170/04, 2 de marzo de 2004. Magistrado ponente Rodrigo Escobar-Gil. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=14024>.
- Corte Constitucional, Sentencia C-591/05, 9 de junio 9 de 2005. Magistrada ponente Clara Inés Vargas-Hernández. Disponible en: www.dmsjuridica.com/CODIGOS/LEGISLACION/Sentencias/C-591-05.rtf.
- Corte Constitucional, Sentencia C-228/08, 5 de marzo de 2008. Magistrado ponente Jaime Araújo-Rentería. Disponible en: http://www.cntv.org.co/cntv_bop/basedoc/cc_sc_nf/2008/c-228_2008.html.
- Corte Constitucional, Sentencia C-740/08, 23 de julio de 2008. Magistrado ponente Jaime Araújo-Rentería. Disponible en: http://www.cntv.org.co/cntv_bop/basedoc/cc_sc_nf/2008/c-740_2008.html.
- Corte Constitucional, Sentencia C-684/09, 30 de septiembre de 2009. Magistrado ponente Humberto Sierra-Porto. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-684-09.htm>.
- Corte Constitucional, Sentencia T-278/94, 15 de junio de 1994. Magistrado ponente Hernando Herrera-Vergara. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-278-94.htm>.
- Procuraduría General de la Nación, Concepto 4786, expediente D-7681, demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 191 de la ley 1098 de 2006, magistrado ponente Humberto Antonio Sierra-Porto. Disponible en: http://www.procuraduria.gov.co/html/fallosycon_2009.htm.

