

CONSEJO SUPERIOR DE POLÍTICA CRIMINAL

Estudio del Consejo Superior de Política Criminal a los Proyectos de Ley N° 085 de 2018 Senado “Por medio del cual se modifica el Código de Infancia y Adolescencia y se dictan otras disposiciones”; Proyecto de Ley número 019 de 2018 Cámara “Por medio de la cual se dictan disposiciones en materia de acciones de prevención y atención para los y las adolescentes vinculados al Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes para Adolescentes y se modifica parcialmente su régimen sancionatorio” Proyecto de Ley número 034 Senado de 2018 “por medio de la cual se modifican algunos artículos del Código de Infancia y Adolescencia (Ley 1098 de 2006) y se dictan otras disposiciones”

1. Proyectos de Ley N° 085 de 2018 Senado “Por medio del cual se modifica el Código de Infancia y Adolescencia y se dictan otras disposiciones” 2. Proyecto de Ley número 019 de 2018 Cámara “Por medio de la cual se dictan disposiciones en materia de acciones de prevención y atención para los y las adolescentes vinculados al Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes para Adolescentes y se modifica parcialmente su régimen sancionatorio”. 3. Proyecto de Ley número 034 Senado de 2018 “por medio de la cual se modifican algunos artículos del Código de Infancia y Adolescencia (Ley 1098 de 2006) y se dictan otras disposiciones”	
Autor	1. Senadora Nadia Georgette Blel Scaff 2. Representante Alfredo Rafael Deluque Zuleta - HS. María del Rosario Guerra de la Espriella
Fecha de Presentación	Agosto 8 de 2018 Julio 20 de 2018 Julio 25 de 2018
Estado	1. Pendiente rendir ponencia primer debate Senado 2. Pendiente rendir ponencia primer debate Cámara 3. Pendiente rendir ponencia primer debate Senado
Referencia	Concepto 34.2018

A continuación el Consejo Superior de Política Criminal expone sus observaciones y emite concepto sobre los Proyectos de Ley número 085 de 2018 Senado “Por medio del cual se modifica el Código de Infancia y Adolescencia y se dictan otras disposiciones”; 019 de 2018 Cámara “Por medio de la cual se dictan disposiciones en materia de acciones de prevención y atención para los y las adolescentes vinculados al Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes para Adolescentes y se modifica parcialmente su régimen sancionatorio”; y, 034 Senado de 2018 “por medio de la cual se modifican algunos artículos del Código de Infancia y Adolescencia (Ley 1098 de 2006) y se dictan otras disposiciones”. A partir de la discusión del Comité Técnico del Consejo Superior de Política Criminal del día 9 de octubre de 2018.

1. Contenido de los Proyectos de Ley

1.1. Proyecto de Ley N° 085 de 2018 Senado “Por medio del cual se modifica el Código de Infancia y Adolescencia y se dictan otras disposiciones”.

2

El proyecto de ley consta de trece (13) artículos incluido el de su vigencia. Su objeto, como se desprende de la exposición de motivos del mismo, no es otro que el *“establecer disposiciones al interior del SRPA que armonicen el trato diferenciador y garantista que debe entregarse a los menores de edad por su condición de sujetos de especial protección con el sometimiento a medidas que garanticen el reconocimiento de la responsabilidad frente a las conductas ejercidas y la disminución de las probabilidades de reincidencia ante las mismas”*.

Para el cumplimiento de su objeto, plantea, entre otras, que las medidas especiales de responsabilidad penal para adolescentes en ningún caso darán lugar a la impunidad por los delitos en que llegare a incurrir un adolescente entre los catorce (14) y dieciocho años (18) (artículo 1); también modifica la excepción de antecedentes judiciales para los adolescentes que incurran en los punibles de homicidio doloso y secuestro extorsivo (artículo 3); establece que en aquellos casos de privación de la libertad, esta procederá como medida pedagógica, resocializadora, al tiempo que señala que una de las finalidades de las sanciones es la resocialización (artículo 4 y 7); por otra parte, crea los centros de privación de la libertad en establecimientos carcelarios especializados los cuales se instituirán en las grandes ciudades, priorizando aquellas que presentan mayores

índices en la comisión de los delitos, los que estarán a cargo del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Artículos 5, 6, 11); fija como criterio para determinar la sanción, la “*reiteración en el delitos*” (artículo 8); y, establece como causal para el internamiento preventivo, la existencia de “*reportes por conductas infractoras de la ley penal*” (artículo 9).

1.2. Proyecto de ley número 019 de 2018 Cámara “Por medio de la cual se dictan disposiciones en materia de acciones de prevención y atención para los y las adolescentes vinculados al Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes para Adolescentes y se modifica parcialmente su régimen sancionatorio”

El proyecto de ley consta de veinte (20) artículos incluido el de su vigencia, distribuidos en dos capítulos. Su objeto, como se desprende del artículo primero del proyecto de ley, es el de

“adicionar acciones de prevención y atención para los y las adolescentes vinculados al sistema de responsabilidad penal. Igualmente busca modificar el mecanismo sancionatorio en el sistema de responsabilidad penal para adolescentes que tengan entre catorce (14) hasta dieciocho (18) años y sean declarados responsables penalmente por la comisión de delitos de homicidio doloso, secuestro extorsivo, hurto calificado, extorsión en todas sus formas y delitos agravados contra la libertad, integridad y formación sexual, con la finalidad de aplicarles un trato diferencial con respecto a la sanción a imponer”, adicionalmente se busca “fomentar la educación en las instituciones educativas públicas y privadas en cuanto al Sistema de Responsabilidad Penal con el fin de prever la comisión temprana de delitos”.

3

Por su parte, el capítulo I del proyecto dispone las acciones de prevención y atención para los menores de 18 años vinculados al Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, estableciendo la creación de programas de prevención y campañas publicitarias, al tiempo que fija responsabilidades a las Gobernaciones y Alcaldías en corresponsabilidad con la familia. Asimismo, crea un Cuerpo Especial de Seguridad por parte del Ministerio de Justicia y del Derecho, el cual velará porque los adolescentes comprendan los reglamentos que rigen la organización interna del centro, les garanticen y permita conocer los derechos y deberes que les asisten durante su tratamiento, así como serán los encargados de los traslados de los adolescentes a donde haya lugar.

El Capítulo II aborda las modificaciones al Régimen sancionatorio de los adolescentes sujetos al Sistema de Responsabilidad penal para Adolescentes, y que hayan incurrido en conductas punibles como homicidio doloso, secuestro extorsivo, hurto calificado, extorsión en todas sus formas y delitos agravados contra la libertad, integridad y formación sexual. En este mismo sentido se dispone una “*mayoría de edad penal*” para juzgar a los adolescentes en los casos de los delitos anteriormente mencionado, a los cuales, además, la sanción a imponer será el mínimo establecido en el código penal, y el máximo será la mitad del máximo punible establecido en el mismo estatuto; por ultimo, se adiciona en este capítulo, un artículo por medio del cual se establece la acumulación de procesos por las distintas sanciones a las que pudo ser condenado el infractor de la ley penal; igualmente, se incluye la obligatoriedad de realizar un examen médico/psiquiátrico, a través del cual, el Fiscal Delegado ante los Jueces Penales de Infancia y Adolescencia deberá dentro de los actos urgentes, solicitar al Instituto de Medicina Legal la realización de los exámenes médico/psiquiátricos idóneos para establecer si el adolescente padece o no alguna condición de discapacidad psíquica o mental que determine su posible inimputabilidad, o si este actuó con plena conciencia del hecho punible.

4

1.3. Proyecto de Ley número 034 Senado de 2018 “por medio de la cual se modifican algunos artículos del Código de Infancia y Adolescencia (Ley 1098 de 2006) y se dictan otras disposiciones”

El proyecto de ley consta de dieciséis (16) artículos incluido el de su vigencia. Su objeto, tal como se desprende del artículo primero del proyecto de ley, es el *fortalecimiento del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes*. Este proyecto busca disminuir la edad de ingreso al sistema de responsabilidad penal para adolescentes, al pasar de 14 a 12 años (artículo 12). A su vez, dispone que las sentencias de carácter condenatorio que se profiera a los adolescentes entre 12 y 16 años al momento de incurrir en la conducta no generarán antecedentes penales, sin embargo, estos registros podrán utilizarse por las autoridades judiciales competentes para definir las medidas aplicables, cuando se trate de establecer la naturaleza y gravedad de las conductas y la proporcionalidad de la medida; por último, se dispone que los adolescentes entre 16 y 18 años que incumplan cualquiera de las sanciones que le imponga el juez al momento de adoptar la sentencia, terminarán el tiempo de la sanción en un establecimiento carcelario o penitenciario.

2. Observaciones a los proyectos de ley

Antes de presentar los argumentos derivados del examen y discusión a los proyectos de ley, es necesario precisar que se decidió, por parte del Consejo Superior de Política Criminal, agrupar en un solo concepto el examen de los proyectos toda vez que abordan una misma materia, como lo es, la modificación y creación de algunas instituciones del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes. No obstante lo anterior, se harán unas observaciones concretas a cada proyecto de ley.

2.1. Observaciones al proyecto de ley número 019 de 2018 Cámara.

2.1.1. Pronunciamiento sobre los artículos 13 y 16 de la iniciativa legislativa.

La iniciativa dispone que serán sancionados los adolescentes que, al momento de la comisión de los delitos de homicidio doloso, secuestro extorsivo, hurto calificado, extorsión en todas sus formas y delitos agravados contra la libertad, integridad y formación sexual, se determine por el juez que el hecho punible se cometió existiendo las siguientes razones: i) que para el momento de la comisión del delito, el adolescente actuó bajo plena conciencia del hecho punible, ii) que a través del examen médico/psiquiátrico, establecido en el artículo 16 de la iniciativa, se determine que el adolescente no padece de alguna condición de discapacidad psíquica o mental y, iii) que no haya sido víctima del delito de uso de menores de edad para la comisión de delitos o reclutamiento ilícito.

Adicionalmente, el artículo 16 del proyecto de ley, dispone la obligación al Fiscal que conoce de los delitos antes enunciados, de solicitar al Instituto Nacional de Medicina Legal la realización de exámenes médico/psiquiátricos idóneos para establecer si el adolescente padece o no de alguna discapacidad psíquica o mental que determine su posible inimputabilidad. De evidenciarse que el adolescente actuó fruto de un padecimiento o discapacidad psíquica o mental, se le impondrá una sanción de medida de seguridad acorde con su condición.

Al respecto, el Consejo Superior de Política Criminal lo primero que debe dejar de presente es que los tres criterios dispuestos en el artículo 13 de la iniciativa no brindan nada novedoso al sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes,

para que el juez determine que el hecho punible existió. En efecto, esos criterios, deben ser y lo son, tenidos en cuenta tanto por el Fiscal que conoce del caso, como los jueces, así como el Defensor de Familia y desde luego, por su defensor, ya sea este de confianza o uno designa por la Defensoría Pública, a fin de determinar si la comisión de la conducta punible se desplegó con conciencia, o si por el contrario, en estado de inimputabilidad, debiéndose imponer una medida de seguridad y buscar obtener los fines del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, así como los de las medidas de seguridad tales como la protección, curación, tutela y rehabilitación.

Aunado a lo anterior, no resulta atinada la inclusión de los anteriores criterios en tanto estos ya encuentran soporte en la legislación existente, así como que los jueces de conocimiento dentro del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes los aplican por remisión normativa, en caso de que sean probados.

Por otro lado, y en lo que corresponde al artículo 16 del proyecto de ley, el cual contiene una obligación al Fiscal de remitir en todos los casos a los adolescentes al Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses para que se les practique exámenes médico/psiquiátricos idóneos para establecer si el adolescente padece o no de alguna discapacidad psíquica o mental que determine su posible inimputabilidad, considera el Consejo Superior de Política Criminal que se torna desproporcionada la medida toda vez que si bien es cierto el ente investigador debe realizar una investigación integral buscando lo favorable como lo desfavorable del procesado, no menos cierto es que la defensa debe buscar igualmente los elementos de convicción que logren probar un posible estado de inimputabilidad.

Adicionalmente, un examen como el propuesto, requeriría, por lo menos, de la aceptación por parte del presunto menor infractor, así como de su representante legal o del defensor de familia, por lo que la remisión del adolescente al Instituto de Medicina Legal para que se le practique un examen de ese nivel no se debe tornar genérico e insustentado, más aún, teniendo en cuenta que el Instituto de Medicina Legal no cuenta con presupuesto suficiente para practicar exámenes médicos a todos los adolescentes que presuntamente infringen la ley penal, y que incluso, atendiendo las particularidades de cada caso, no se torne necesario practicarlo, así, por ejemplo, un menor que incurre en una injuria, en un hurto, en unas lesiones, no significa, per se, que deba realizársele un examen para

determinar su inimputabilidad, ya que la misma pudo obedecer a una airada reacción contra otra persona por alguna ofensa.

Por lo anterior, considera el Consejo Superior de Política Criminal que se hace innecesaria la modificación que busca la iniciativa legislativa.

2.1.3. Pronunciamiento sobre la adición del párrafo al artículo 139 de la ley 1098 de 2006, artículo 14 del proyecto de ley.

La iniciativa pretende, a través de su artículo 14, introducir un párrafo en el que establece la **mayoría de edad penal**, el cual precisa que *“se establece la edad de 14 años como mayoría de edad penal para efectos de aplicar el sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes a quienes cometan los delitos de homicidio doloso, secuestro extorsivo, hurto calificado, extorsión en todas sus formas y delitos agravados contra la libertad, integridad y formación sexual”*, modificación ésta que no brinda claridad interpretativa, ya que, como se ventiló al interior del Consejo Superior de Política Criminal, ésta podría dar a entender que frente a los delitos mencionados, se puede llegar a aplicar la pena que para cada uno de esos delitos dispone la ley 599 de 2000, derogando para estas conductas, el máximo de imposición de sanción dentro del sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes que se fija en ocho (8) años. Lo cual, de ser así, transgrediría los principios propios del SRPA, en tanto estos están encaminados en, cuando se incurra en un comportamiento penal, brindar un componente pedagógico al menor infractor y no, desde ningún punto de vista, convertir la sanción que se llegue a imponer en una pena con fines eminentemente retributivos.

7

Asimismo, puede darse a entender que el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes se aplicará para los adolescentes comprendidos entre los catorce (14) y dieciocho (18) años de edad, lo cual, de ser así, resultaría innecesario y repetitivo, toda vez que el artículo 139¹ de la ley 1098 de 2006, establece que el SRPA regirá para delitos cometidos por personas que tengan entre catorce (14) y dieciocho (18) años al momento de cometer el hecho punible.

¹ ARTÍCULO 139. SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES. El sistema de responsabilidad penal para adolescentes es el conjunto de principios, normas, procedimientos, autoridades judiciales especializadas y entes administrativos que rigen o intervienen en la investigación y juzgamiento de delitos cometidos por personas que tengan entre catorce (14) y dieciocho (18) años al momento de cometer el hecho punible.

Por lo anterior, el Consejo Superior de Política Criminal considera inconveniente la adición del párrafo al artículo 139 al Código de la Infancia y la Adolescencia.

2.2. Proyecto de Ley número 085 de 2018 Senado “Por medio del cual se modifica el Código de Infancia y Adolescencia y se dictan otras disposiciones”

2.2.1. Observaciones al artículo primero de la iniciativa.

Este artículo plantea que la aplicación de las medidas especiales de responsabilidad para adolescentes en ningún caso dará lugar a la impunidad, así como que se propone que no exista diferenciación entre las sanciones aplicables a los adolescentes entre catorce (14) y dieciséis (16) años ni entre los dieciséis (16) y dieciocho (18) años.

Al respecto, el Consejo Superior de Política Criminal considera que las modificaciones que busca la iniciativa legislativa resultan innecesarias y no prestan utilidad alguna al Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, ya que la aplicación de este sistema de responsabilidad desde luego no da lugar a la impunidad por el acto ejecutado cualquiera que este sea. En efecto, en esta oportunidad el Consejo Superior considera pertinente hacer mención a que no puede continuarse pensando que el adoptar medidas distintas a la imposición de una medida de aseguramiento privativa de la libertad o la privación de la libertad en centro de atención especializado, sean las únicas medidas viables a imponer por la comisión de un determinado hecho punible, más aún cuando los fines del sistema son de carácter pedagógico, específico y diferenciado, con destinación principal de empleo de una justicia restaurativa y no retributiva.

A demás con la propuesta de no diferenciación entre las sanciones aplicables de los adolescentes de entre catorce (14) y dieciséis (16) años y de entre dieciséis (16) y dieciocho (18) años, quebranta uno de los pilares del SRPA, el cual es su enfoque diferenciado y la progresividad del desarrollo de la capacidad del adolescente para entender y determinarse conforme a derecho, y en ese sentido, la razonabilidad de establecer un sistema de sanciones diferenciado para adolescentes entre las edades precitadas, toda vez que debe haber una graduación de la responsabilidad que atienda a la capacidad comprensión por el hecho causado.

2.2.2. Observaciones a los artículos 3, 4 y 7 de la iniciativa.

La iniciativa dispone en su artículo 3º, a través del cual se modifica el artículo 159 de la ley 1098 de 2006, que se exceptúa de la prohibición de antecedentes penales, a los adolescentes entre catorce (14) y dieciocho (18) años cuando estos incurran en delitos de homicidio doloso y secuestro o extorsión en cualquiera de sus modalidades, situación que el Consejo Superior de Política Criminal considera injustificada y sin fundamentos empíricos y científicos que ameriten la introducción de esa excepción al ordenamiento, es decir, la medida buscada en la iniciativa no comprende a un análisis serio, riguroso y soportado en evidencia empírica que determine el por qué se requiere exceptuar la prohibición de antecedentes en estos únicos delitos, más aún cuando, por ejemplo, el tráfico de estupefacientes (no consumo), porte ilegal de armas de fuego o municiones, e incluso aquellos delitos contra la libertad integridad y formación sexual, cuando el sujeto pasivo es un menor de 14 años, no se encuentran dentro de la categoría de delitos siendo que estos, en principio, revisten igualmente una lesividad notable frente a los bienes jurídicos que cada uno de ellos protege.

9

Lo anterior, sin desconocer que una medida de excepción a la prohibición de antecedentes penales para los delitos en cita, va en contravía de los principios sobre los cuales se edificó el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes. Así, uno de los principios rectores del SRPA es su carácter pedagógico, tanto en el proceso como en las medidas que se tomen², razón para que la finalidad de las sanciones sea *protectora, educativa y restaurativa*³, y por tanto, no genere efectos adversos a los adolescentes.

En todo caso, el proceso del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, debe garantizar la justicia restaurativa entendida como la búsqueda de resultados reparadores de la infracción a la ley penal y que, por su naturaleza, implica no mirar exclusivamente los sentimientos de venganza de la víctima o la formalidad del trámite de los procesos de asignación de responsabilidades, sino conocer las condiciones particulares del afectado y del infractor, para actuar en función de la búsqueda de mecanismos que además de borrar las consecuencias del delito, contribuyan a evitar que el ofensor, en el futuro, reincida en la conducta.

² Ley 1098, artículo 140.

³ Ley 1098, artículo 178.

Recordándose que la justicia restaurativa *es un tipo de justicia exigente, que no puede ser asociada con impunidad, dado el nivel de responsabilización, reconocimiento del daño y reparación que involucra*⁴.

Por otro lado, según lo dispuesto en los artículos 4 y 7 de la iniciativa, a través de los cuales se adiciona que la privación de la libertad procederá como medida pedagógica, resocializadora, y se incluye dentro de las finalidades de las sanciones la resocializadora, respectivamente, el Consejo Superior de Política Criminal considera que las sanciones que se imponen a los adolescentes, tienen en todo caso una finalidad restaurativa y pedagógica, y por tanto busca la integración social de los adolescentes a la sociedad, por lo que la norma se torna innecesaria y obvia.

Adicionalmente, el Consejo Superior de Política Criminal considera que la modificación pretendida en la iniciativa en su artículo cuarto, puede llegarse a interpretar no restrictivamente, sino de manera genérica, llegando a considerar que como la privación de la libertad procederá como medida pedagógica y resocializadora, se termine haciendo un uso extendido de la misma, al considerar que al ser resocializadora deberá imponérsela al adolescente infractor, lo que desnaturaliza el fin último del Sistema de Responsabilidad Penal, aunado a que nada se dice sobre el posible impacto fiscal que puede llegar a tener la medida.

10

Asimismo, no debe pasarse por alto que otro de los principios rectores del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes es la excepcionalidad de la privación de la libertad⁵, la cual además, únicamente será procedente como medida pedagógica. Cuando el internamiento del adolescente en un centro de atención especial se considere pertinente, sólo se podrá imponer *como último recurso*⁶.

Estas normas nacionales se encuentran en concordancia con las disposiciones internacionales, según las cuales, las privaciones de la libertad impuestas como sanción solo proceden cuando ninguna otra medida pueda producir los mismos efectos, deben imponerse por el periodo más breve posible y, por consiguiente,

⁴Diagnóstico y lineamientos de política para la aplicación de la justicia juvenil restaurativa en Colombia. Ministerio de Justicia y del Derecho, Organización Internacional para las Migraciones (OIM), 2017. p. 21

⁵ Ley 1098, artículos 160 y 161.

⁶ Ley 1098, artículo 181.

han de ser excepcionales frente a otras medidas que puedan adoptarse, correspondiendo a la autoridad competente el deber de velar por la recuperación de la libertad del niño, niña o adolescente infractor tan pronto como sea posible⁷.

Por su parte, la Comisión Asesora de Política Criminal de 2012 en su Informe⁸, hizo un llamado frente al *uso excesivo de la privación de libertad, pese al hecho de contar con mecanismos alternativos al uso de la prisión para los y las jóvenes en conflicto con la ley*⁹. Acciones que contravienen el espíritu garantista del SRPA, que se guía *por el principio de mínima intervención, [según el cual] la pena de prisión no es la medida principal sino que se trata de una medida [reservada] para los casos más graves*¹⁰.

En relación con la prisión preventiva, las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores ‘Reglas de Beijing’, sugieren su aplicación *como último recurso y durante el plazo más breve posible* (regla 13.1), con preferencia de la adopción de otras medidas sustitutivas (regla 13.2)¹¹.

El comentario que acompaña a las reglas del numeral 13, de este instrumento internacional, señala que las restricciones al internamiento preventivo se justifican como una medida protectora de los derechos del adolescente, frente a los riesgos que comporta la privación de la libertad. Allí se indica:

No se debe subestimar el peligro de que los menores sufran «influencias corruptoras» mientras se encuentren en prisión preventiva. De ahí la importancia de insistir en la necesidad de medidas sustitutorias. [...]

⁷ Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores ‘Reglas de Beijing’, del 29 de noviembre de 1985: 17.1.2; 18; 19.1; 28. Artículo 40.4 de la Convención sobre los derechos del niño. Fundamentos, reglas 1 y 2 de las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, del 14 de diciembre de 1990. Informe Final: Diagnóstico y Propuesta de Lineamientos de Política Criminal para el Estado Colombiano. Comisión Asesora de Política Criminal. 2012, p. 100.

⁸ Informe Final: Diagnóstico y Propuesta de Lineamientos de Política Criminal para el Estado Colombiano. Comisión Asesora de Política Criminal. 2012

⁹ Ibídem. p. 99

¹⁰ Ibídem. p. 100

¹¹ Ibídem. p. 101.

En el mismo sentido, Diagnóstico y lineamientos de política para la aplicación de la justicia juvenil restaurativa en Colombia. Ministerio de Justicia y del Derecho, Organización Internacional para las Migraciones (OIM), 2017, p. 150.

El Sexto Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, en su resolución 4, sobre la elaboración de normas de justicia de menores, especificaba que dichas reglas debían, entre otras cosas, reflejar el principio básico de que la prisión preventiva debe usarse únicamente como último recurso, que no debe mantenerse a ningún menor en una institución donde sea vulnerable a las influencias negativas de reclusos adultos y que deben tenerse siempre en cuenta las necesidades propias de su estado de desarrollo.

Aunque no se precisa en este argumento en qué consiste exactamente la influencia corruptora a la que estarían expuestos los adolescentes, numerosos estudios se han encargado de señalar el carácter criminógeno de las sanciones privativas de la libertad, relacionado principalmente con formas especiales de asociación que se despliegan en este tipo de instituciones. Por ejemplo, José Cid Moliné¹² señala al respecto:

[...] la teoría del etiquetamiento considera que las personas condenadas a prisión tendrán, una vez controladas las otras variables relevantes, mayor nivel de reincidencia que las personas sancionadas con penas alternativas. En concreto, los procesos que, de acuerdo a esta teoría, explicarían el carácter criminógeno de la pena privativa de libertad son de un doble orden: en primer lugar, la prisión, suponiendo una degradación de la persona, favorecerá el surgimiento en su seno de formas de socialización alternativa, en particular de subculturas delictivas; en segundo lugar, el sentido de injusticia de la persona, que es relevante para explicar su actividad delictiva, se reforzará cuando salga de la cárcel y advierta que su condición de persona ex-reclusa le dificulta el acceso al trabajo, que la policía la conoce y compruebe las dificultades de relación con personas no delincuentes. (Subrayado fuera de texto)

12

En un sentido similar, la regla 17 de las “Reglas de la Habana”, reitera la importancia de emplear la medida como último recurso y la conveniencia de optar por medidas alternativas, así:

¹² CID MOLINÉ, José. ¿ES LA PRISIÓN CRIMINÓGENA?: un análisis comparativo de reincidencia entre la pena de prisión y la suspensión de la pena. UNED. Revista de Derecho Penal y Criminología, No. 19. 2007

17. Se presume que los menores detenidos bajo arresto o en espera de juicio son inocentes y deberán ser tratados como tales. En la medida de lo posible, deberá evitarse y limitarse a circunstancias excepcionales la detención antes del juicio. En consecuencia, deberá hacerse todo lo posible por aplicar medidas sustitutorias. Cuando, a pesar de ello, se recurra a la detención preventiva, los tribunales de menores y los órganos de investigación deberán atribuir máxima prioridad a la más rápida tramitación posible de esos casos a fin de que la detención sea lo más breve posible.

En armonía con lo anterior, el Distrito Capital instituyó, en colaboración con las demás entidades del sistema, entre ellas el Ministerio de Justicia y del Derecho, el Programa Distrital de Justicia Juvenil Restaurativa, siendo este un espacio para que los adolescentes y jóvenes en conflicto con la ley, resuelvan las problemáticas de manera *pacífica, responsabilizándose por el daño causado, reparando a la víctima y reintegrándose a la sociedad*¹³, con un propósito claro de reducir los casos en los que se utilicen las medidas de internamiento del adolescentes que infringió la ley.

13

En esta línea, el programa prevé que los adolescentes en conflicto con la ley materialicen los principios del SRPA, se apropien del restablecimiento de los derechos quebrantados por el acto que infringió la ley penal, y darle un estatus determinante a su intervención y el de la víctima que zanje el problema suscitado, encaminado a que el menor infractor no reincida y vela por la reinserción social del adolescente.

Igualmente, en el nivel nacional, el Programa de Justicia Juvenil Restaurativa del Ministerio de Justicia y del Derecho que se desarrolla en las ciudades de Cali, Bogotá y Medellín con el apoyo de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), busca ofrecer una alternativa a los adolescentes en conflicto con la ley penal por medio de la implementación de procesos y prácticas restaurativas en tres ámbitos: i) en el contexto de los conflictos escolares por situaciones Tipo III, de acuerdo con la clasificación establecida en la Ley 1620 de 2013, ii) en el marco de la aplicación del principio de oportunidad y iii) en el

¹³ Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. Secretaría Distrital de Seguridad, Convivencia y Justicia. Dponible en línea: <https://www.scj.gov.co/es/noticias/programa-distrital-justicia-juvenil-restaurativa-ejemplo-latinoamerica>

cumplimiento de las sanciones impuestas en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes.

El trabajo de acompañamiento a las partes del conflicto se cumple con el apoyo de un equipo interdisciplinario compuesto por profesionales de trabajo social, psicología y derecho que desarrollan prácticas de mediación víctima – ofensor, conferencias familiares y círculos de paz, con el fin de buscar resultados completamente restaurativos, entendiendo por tales aquellos que consiguen la reparación integral a la víctima, la responsabilización y la reconciliación o reintegración. Este programa busca contribuir al fortalecimiento de la justicia restaurativa como componente de la política de prevención del delito (prevención secundaria y terciaria) y como alternativa al proceso y a las sanciones penales.

Es así como se torna más ejemplarizante, vinculante y con una mayor garantía de reinserción, que a los adolescentes se les impongan este tipo de sanciones incluyentes, de manera frontal con la sociedad y por supuesto con la víctima, y no aislándolos, y sacándolos de la propia resolución del conflicto.

14

2.2.3. Observaciones a los artículos 5 y 6 de la iniciativa.

La iniciativa introduce la creación de los Establecimientos Carcelarios Especializados, así como el fortalecimiento, según lo dicho en el proyecto de ley, de la infraestructura de los establecimientos de atención especializada en las capitales de departamento, priorizando las ciudades que presentan los mayores índices de delitos, establecimientos carcelarios especializados que estarán administrados por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC). Sobre el particular, se considera que la propuesta resulta inconveniente en términos constitucionales y contrario a la Convención de Derechos del Niño que establece que debe haber autoridades especializadas para la atención de los adolescentes y jóvenes que cometen delitos, normativas que se infringen al dársele la administración al INPEC, el cual está especializado es en la administración de los Establecimientos de Reclusión del Orden Nacional y cuya población es adulto; más aún cuando la finalidad de ambos sistemas, es decir, de adultos y adolescentes, son diferentes.

2.3. Proyecto de Ley número 034 Senado de 2018 “Por medio de la cual se modifican algunos artículos del Código de Infancia y Adolescencia (Ley 1098 de 2006) y se dictan otras disposiciones

2.3. Observaciones a los artículos 2 y 10 segundo de la iniciativa.

Esta iniciativa, a través de su artículo segundo, busca disminuir la edad mínima de la responsabilidad penal para adolescentes a doce (12) años. Sobre el particular, el Consejo Superior de Política Criminal considera que esta disminución no se compadece con la realidad actual de nuestro país, más aún, cuando la capacidad de comprensión y desarrollo de determinación de la conducta por parte de los adolescentes es un proceso paulatino y progresivo, aunado a que por conocimiento científico, es a partir de los catorce (14) o dieciséis (16) años, cuando se empieza a desarrollar la capacidad de comprensión, además de que de acuerdo a las estadísticas de la Policía, a corte del 24 septiembre de 2018, la comisión de delitos por parte de adolescentes de 12 y 13 años no es representativa, toda vez que los niveles delictivos dentro del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes se tornan más altos entre los 16 y 17 años.

15

Adicionalmente, el sistema de responsabilidad especial está orientado por el postulado según el cual [...] *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*¹⁴.

Como toda regulación legal que se refiera a los menores de 18 años y de acuerdo con lo previsto en la Convención sobre los Derechos del Niño, las autoridades *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.*

De acuerdo con esto, el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes fue diseñado para el juzgamiento de los delitos cometidos por las personas que *tengan entre catorce (14) y dieciocho (18) años al momento de cometer el hecho*

¹⁴ Artículo 140 de la Ley 1098.

*punible*¹⁵, y es que la fijación de esta edad es compatible con el compromiso adoptado por el Estado colombiano al ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 40.3.a)¹⁶, y con las Reglas de Beijing, según las cuales *no deberá fijarse a una edad demasiado temprana [de responsabilidad penal] habida cuenta de las circunstancias que acompañan a la madurez emocional, mental e intelectual* (regla 4)¹⁷ del niño, niña o adolescente infractor.

Ahora bien, evidentemente, en los instrumentos internacionales mencionados no se fija una edad mínima de responsabilidad penal, sino un principio de preservación de la integridad moral, sicológica e intelectual de los menores de 18 años como cortapisa al juzgamiento de los delitos cometidos por las niñas, los niños o los adolescentes. Atendiendo estos criterios, los Estados han fijado diferencialmente la edad de responsabilidad penal, tal como ocurre, por ejemplo, en Escocia en donde se determinó en ocho (8) años, Bélgica dieciocho (18) años; España y Alemania catorce (14) años; Inglaterra diez (10) años y Suecia quince (15) años.

El Estado colombiano optó por la edad de catorce (14) años, atendiendo sus propias condiciones socioculturales, los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política en particular los relacionados con los niños en el artículo 44, y criterios técnicos que aconsejan no someter a quienes aún no han cumplido la edad mencionada, al impacto que causa el sistema de responsabilidad penal en los menores de 18 años.

Sin que se haya dicho explícitamente, en la fijación de la edad penal mínima de responsabilidad penal de los adolescentes intervinieron, entre otros, la definición de la Organización Mundial de la Salud –OMS– según la cual la adolescencia es *el periodo de crecimiento y desarrollo humano que se produce después de la niñez y antes de la edad adulta, entre los 10 y los 19 años*¹⁸, período en el cual, además del crecimiento acelerado, se presentan cambios relacionados con la independencia, la identidad, *la adquisición de las aptitudes necesarias para*

¹⁵ Artículo 139 de la Ley 1098.

¹⁶ Convención sobre los derechos del niño. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

¹⁷ Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores 'Reglas de Beijing', del 29 de noviembre de 1985.

¹⁸ Organización Mundial de la Salud. Desarrollo en la adolescencia. Disponible en línea: http://www.who.int/maternal_child_adolescent/topics/adolescence/dev/es/

*establecer relaciones de adulto y asumir funciones adultas y la capacidad de razonamiento abstracto*¹⁹.

Bien podría decirse, entonces, que según esta definición no habría inconveniente para fijar discrecionalmente la edad de responsabilidad penal a partir de los doce (12) años, o cualquiera otra edad. Sin embargo, esa eventual discrecionalidad se encuentra limitada por condiciones técnicas y científicas, según las cuales la adolescencia es una etapa en la que el contexto social influye de manera determinante y expone a los adolescentes a riesgos, relacionados principalmente con el alcoholismo, la drogadicción, el tabaquismo y las relaciones sexuales tempranas con peligro de traumatismos, *embarazos no deseados e infecciones de transmisión sexual*²⁰, razón por la que se requiere de una especial protección del Estado a quienes se hallen en esta etapa de su vida y según sea el desarrollo social, económico y de derechos de un Estado en particular.

Resulta, entonces, compatible con el interés superior del niño, excluirlo de los efectos nocivos que le puede causar su juzgamiento por conductas penales cometidas a temprana edad y reconocer, además, que en la adolescencia se carece de suficiente capacidad de juicio para determinarse cabalmente dentro de la sociedad, acorde con el concepto de la OMS, que ha reconocido:

Los adolescentes son diferentes de los niños pequeños y también de los adultos. Más en concreto, un adolescente no es plenamente capaz de comprender conceptos complejos, ni de entender la relación entre una conducta y sus consecuencias, ni tampoco de percibir el grado de control que tiene o puede tener respecto de la toma de decisiones relacionadas con la salud [...]

*Esta incapacidad puede hacerlo particularmente vulnerable a la explotación sexual y a la asunción de conductas de alto riesgo*²¹.

En este mismo sentido, la Corte Constitucional ha señalado que *si bien los adolescentes tienen capacidad y madurez para participar en los organismos públicos y privados que tengan a cargo la protección, educación y progreso de la*

¹⁹ Ibídem.

²⁰ Ibídem.

²¹ Ibídem.

*juventud*²², [...] los mandatos constitucionales de especial protección a la infancia tienen origen, entre otras razones, en la falta de madurez física y mental de los niños, circunstancia que les hace especialmente vulnerables e indefensos frente a todo tipo de riesgos, y que hacen imprescindibles la adopción de medidas de protección para garantizar su desarrollo armónico e integral *y proveer las condiciones que necesitan para convertirse en miembros autónomos de la sociedad*²³.

Por otra parte, algunas cifras estadísticas permiten conocer la incidencia de los menores de 18 años en las infracciones a la ley penal. En particular, se pueden examinar las proporcionadas por el Observatorio de Política Criminal del Ministerio de Justicia y del Derecho, proveídas a su turno por la Policía Nacional de Colombia, de los últimos cinco años con corte a junio de 2017, en relación con las aprehensiones de menores de dieciocho (18) años:

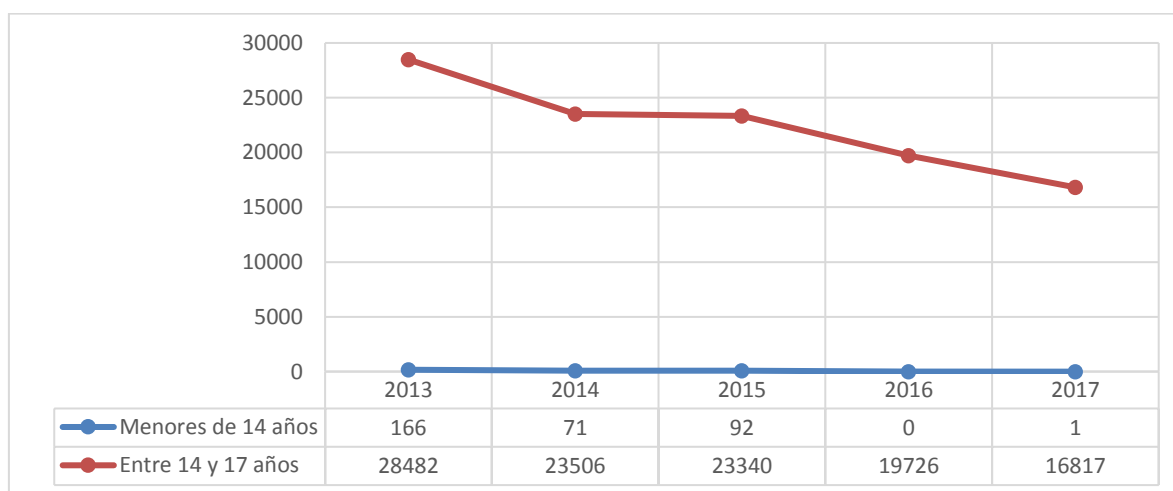


Gráfico 1. Total NNA aprehendidos durante los años 2013 a 2017

Fuente: Policía Nacional. Elaboración del MJD - DPCP.

De aquí, se resalta la tendencia decreciente de niños, niñas y adolescentes aprehendidos en el transcurso de los últimos cinco años, de los cuales únicamente el 0,2% corresponde a menores de 14 años²⁴. Se puede considerar, entonces, que

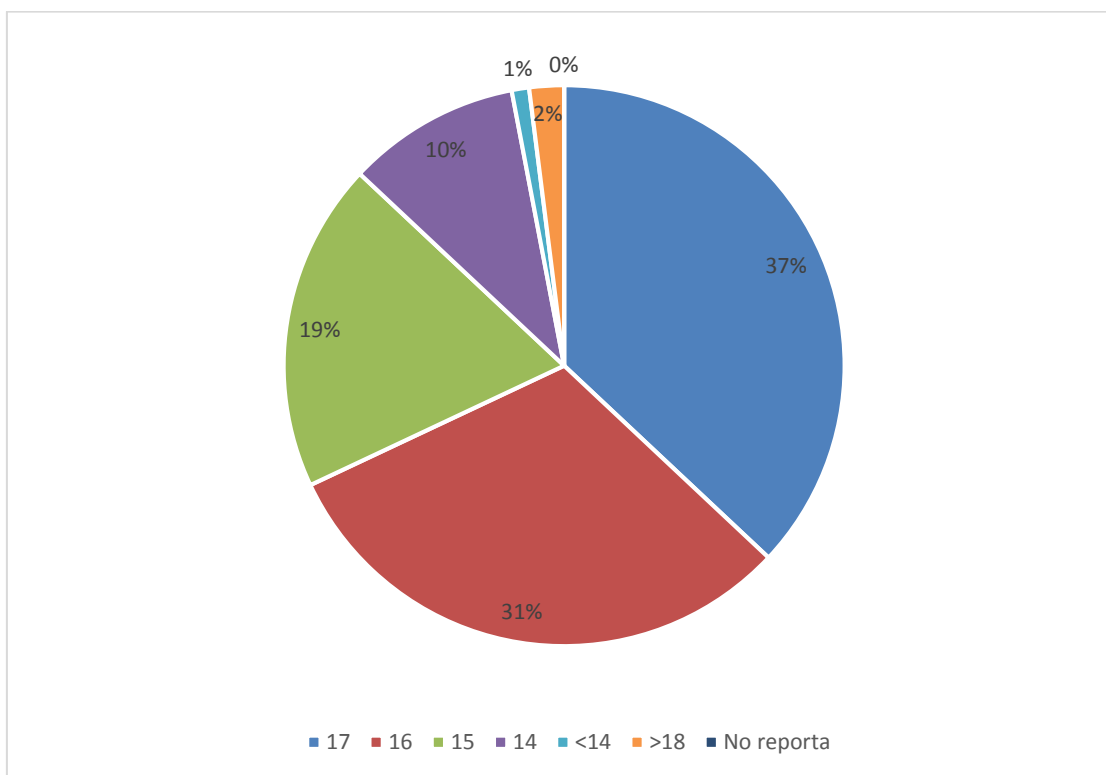
²² Corte Constitucional, C-092 de 2002.

²³ Corte Constitucional, T-397 de 2004. En sentido similar las sentencias T-466 de 2006 y C-507 de 2005.

²⁴ Cifras de la Policía Nacional que guardan correspondencia con las consolidadas por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF.

este bajo porcentaje obedece a que este grupo poblacional no es sujeto de aprehensiones o judicialización, sino de otro procedimiento (artículo 142 de la Ley 1098) porque el sistema está diseñado para aplicarse entre los 14 y 17 años. Pero, de la misma forma, esta baja representación de los menores de catorce años en la actividad delictiva manifestada a través de las aprehensiones, revela que Colombia no tiene un real problema político criminal que haga aconsejable, siquiera, pensar en modificar el límite de responsabilidad de las niñas y niños.

En un registro similar consolidado por el ICBF²⁵, se ha logrado establecer que el 87% de adolescentes en conflicto con la ley penal se encuentran entre los 15 y los 17 años, mientras que los adolescentes de 14 años representan únicamente el 10% del total y los menores de 14 años, apenas alcanzan el 1% en los datos recogidos para el periodo de diez años (marzo de 2007 hasta noviembre de 2017), lapso durante el cual ha funcionado el SRPA.



²⁵ Consolidado nacional marzo 2007-noviembre 2017. Subdirección de responsabilidad penal. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF.

Gráfico 2. Total porcentajes respecto a la edad de niños, niñas y adolescentes infractores de la ley penal

Fuente: ICBF, consolidado nacional marzo de 2007 a noviembre 2017.
Elaboración del MJD – DPCP

Como se puede deducir de los anteriores datos, más allá de algunos eventos episódicos, no se advierte que un grueso número de delitos esté siendo cometido por niños o niñas menores de catorce (14) años, sino que la gran mayoría de infracciones a la ley penal en los menores se encuentra en el rango de 15 a 17 años.

Por su parte, las cifras recolectadas por el ICBF evidencian que dentro de los 10 delitos de mayor ocurrencia a nivel nacional, el homicidio y los actos sexuales con menor de 14 años representan un porcentaje de 2%²⁶; y no se evidencian tipos penales como los de secuestro o extorsión.

En conclusión, no solamente los argumentos relacionados con el desarrollo cognitivo y emocional de los menores de edad, y la responsabilidad del Estado, la Familia y la Sociedad en su prevención y garantía de derechos, sino su escasa incidencia en las cifras de criminalidad sirven de fundamento para que el Consejo Superior de Política Criminal recomiende no modificar la edad de responsabilidad penal actualmente establecida, teniendo en cuenta, además, que resulta altamente inconveniente fijar una edad inferior, en tanto que puede presentar serios conflictos con los principios constitucionales de protección reforzada de los derechos de las niñas, los niños y los adolescentes.

20

Por otro lado, y respecto al artículo doce (12) de la iniciativa, no resulta claro para el Consejo Superior de Política Criminal, el por qué se prohíbe para los delitos graves en que lleguen a incurrir los adolescentes la aplicación del principio de oportunidad más allá que la de los adultos. Lo anterior, teniendo en cuenta que esa prohibición va incluso en contravía a la finalidad restaurativa y pedagógica del sistema.

3. Conclusión

²⁶ Ibídem.

Por lo expuesto, el Consejo Superior de Política Criminal, en cumplimiento de las funciones designadas en el decreto 2055 de 2015, emite concepto desfavorable a las iniciativas legislativas bajo estudio.

CONSEJO SUPERIOR DE POLÍTICA CRIMINAL

Leonardo Calvete Merchán

Director de Política Criminal y Penitenciaria
Secretaría Técnica Consejo Superior de Política Criminal

Elaboró: Dirección de Política de Criminal y Penitenciaria-Secretaría Técnica CSPC
Aprobó: Consejo Superior de Política Criminal