

10 AÑOS DEL

ISBN 978-958-794-396-2

ISBN (en línea)978-958-794-397-9

SR PA

PROYECTO
ESTUDIANTIL
10 AÑOS DEL
SISTEMA DE
RESPONSABILIDAD
PENAL PARA
ADOLESCENTES
¿CÓMO VAMOS?
2019

SISTEMA DE
RESPONSABILIDAD PENAL
PARA ADOLESCENTES
¿CÓMO VAMOS?

Apoyan

Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales

Programa Gestión de Proyectos

Dirección de Bienestar

Sede Bogotá



UNIVERSIDAD
NACIONAL
DE COLOMBIA



UNIVERSIDAD
NACIONAL
DE COLOMBIA

10 años del Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil es una publicación académica, editada por los estudiantes de derecho y apoyada por la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia, Sede Bogotá.

Contacto 10 años del Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil
osrpa_fdbog@unal.edu.co
@OSRPA.UN

Universidad Nacional de Colombia
Cra 45 No 26 - 85 Edificio Uriel Gutiérrez
Sede Bogotá.
www.unal.edu.co

Contacto P 
proyectoug_bog@unal.edu.co
/gestiondeproyectosUN
issuu.com/gestiondeproyectos

Rectora
Dolly Montoya Castaño
Vicerrector
Jaime Franky Rodríguez
Director Bienestar Sede Bogotá
Oscar Aruto Oliveros Gary
Jefe División de Acompañamiento integ 
Zulma Edith Camargo Can
Coordinar de Programa Gestión de Proyec 
William Gutierrez Moreno
Directora de Bienestar
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales
Floralba Rodríguez Torres
Decano Facultad de
Derecho, Ciencias Políticas y Sociales
Hernando Torres Corredor

Las ideas y opiniones presentadas en los textos de la siguiente publicación son responsabilidad exclusiva de sus respectivos autores y no reflejan necesariamente la opinión de la Universidad Nacional de Colombia.

10 AÑOS DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE-LIBRO DE ESTUDIANTES DE DERECHO

ISBN 978-958-794-396-2

ISBN(en línea) 978-958-794-397-9

UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES
SEDE BOGOTÁ

COMITÉ EDITORIAL

Dirección
José Francisco Acuña Vizcaya
Coordinación
María José Sánchez Sánchez
María Alejandra Cáceres Ramírez

Equipo editorial
Comité editorial
Myriam López
Alejandro Martínez Rodríguez
Autores o Autoras
María José Sánchez Sánchez
María Alejandra Cáceres Ramírez
Kena Lilibeth Rodríguez Borda
Laura Esther Páez Borda
Sara Carrillo Vargas

Corrección de estilo
Verónica Barreto (PGP)
Diseño y diagramación
Mónica Bonilla (PGP)
Impresión
GRACOM Gráficas comerciales
Bogotá, D.C., Colombia, 2021

El material expuesto en esta publicación puede ser distribuido, copiado y expuesto por terceros si se muestra en los créditos.

No se puede obtener ningún beneficio comercial. No se pueden realizar obras derivadas.

María José
Sánchez Sánchez

08

EDITORIAL

María Alejandra
Cáceres Ramírez

10

EL SENTIDO PEDAGÓGICO DEL
PROCESO JUDICIAL EN EL SISTEMA
DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA
ADOLESCENTES Y JÓVENES

Kena Lilibeth
Rodríguez Borda

16

¿JUSTICIA RESTAURATIVA EN EL
SISTEMA DE RESPONSABILIDAD
PENAL PARA ADOLESCENTES?

CONTENIDO

María José
Sánchez Sánchez

25

EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL
SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA
ADOLESCENTES. ¿UN PRINCIPIO RECTOR DE
APLICACIÓN PREFERENTE?

Laura Esther
Páez Soto

39

LA CATEGORÍA DOGMÁTICA DE
CULPABILIDAD EN EL SISTEMA DE
RESPONSABILIDAD PENAL PARA
ADOLESCENTES COLOMBIANO:
¿RESPONSABILIDAD SIN CULPABILIDAD?

Sara
Carrillo Vargas

5

EL DICTAMEN PSICOSOCIAL EN EL
SISTEMA DE RESPONSABILIDAD
PENAL PARA ADOLESCENTES.
¿DICTAMEN PERICIAL?

EDITO ————— RIAL

El libro *10 años del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes (SRPA). ¿Cómo vamos?* es el producto de una iniciativa de los estudiantes de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia, cuyo objetivo es proporcionar a la comunidad universitaria y a los demás actores interesados elementos para la discusión pública en torno a las problemáticas que ha enfrentado el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes (SRPA) desde su total implementación en el territorio nacional, y sus posibles soluciones.

**MARÍA JOSÉ
SÁNCHEZ SÁNCHEZ**
*Coordinadora del
proyecto estudiantil*

La propuesta surgió con ocasión de las declaraciones del exfiscal Néstor Humberto Martínez, en las que señaló que las cifras de delitos cometidos por adolescentes iban en

aumento y, en consecuencia, era necesario pensar en una reforma para “endurecer” el SRPA. Ante tan desafortunadas afirmaciones, que contrastan con los escenarios de posconflicto por los que transitamos como sociedad, es de vital importancia que la Universidad Nacional de Colombia haga parte del debate público en torno a la situación actual del SRPA, sus problemas y sus posibles soluciones.

Para lograr nuestro objetivo, hemos desarrollado una investigación de carácter cualitativo, que analiza los que consideramos son los cinco problemas principales que enfrenta el SRPA tras diez años de su implementación, y plantea las preguntas problemas y las posibles soluciones que quedan para la discusión pública.

EL SENTIDO PEDAGÓGICO DEL PROCESO JUDICIAL EN EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES Y JÓVENES

MARÍA ALEJANDRA CÁCERES RAMÍREZ¹

¹ Abogada de la Universidad Nacional de Colombia, especialista en Instituciones Jurídico-Penales de la Universidad Nacional de Colombia. Investigadora del Observatorio de Responsabilidad Penal para Adolescentes de la Universidad Nacional de Colombia.

La educación no cambia al mundo, cambia a las personas que van a cambiar el mundo.

Paulo Freire

El Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes (SRPA) fue concebido como un sistema que pretende “la justicia restaurativa, la verdad y la reparación del daño” (Código de la Infancia y la Adolescencia [CIA], 2006), a través de un proceso, unas medidas y unas sanciones pedagógicas específicas y diferenciadas frente a las de los adultos (art. 140). En tanto el artículo 144 del CIA impuso al SRPA el modelo de procedimiento penal de adultos, y tras diez años de la implementación, surgió el interrogante sobre la capacidad pedagógica del modelo penal con tendencia acusatoria de la Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal [CPP]) para garantizar los fines del SRPA. Sin embargo, desde la academia nada se ha dicho al respecto. Por eso, este capítulo constituye una primera aproximación para comprender el sentido pedagógico del proceso penal para adolescentes y jóvenes, así como el de la

sanción que se les impone a quienes han sido hallados penalmente responsables.

EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, UN PROCESO PARA ADULTOS

La especialidad y diferencialidad de la justicia penal juvenil fue consagrada inicialmente en el artículo 2.3 de las Reglas de Beijing en 1985. Posteriormente, fue reseñada en el artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño en 1989 y, más adelante, en el artículo 52 de las Reglas de Riad en 1990. Cumpliendo sus obligaciones internacionales, Colombia lo estipuló en el artículo 140 del CIA².

La consecuencia lógica del anterior postulado es la regulación autónoma de la justicia penal juvenil, es decir, debe tener sus propios principios, normas sustanciales, procedimiento, jurisdicción y jueces. Sin embargo, y paradójicamente, en nuestro país ello no ha sido así, pues se han hecho remisiones al Código de Procedimiento Penal.

Sobre el particular, la Corte Constitucional consideró en la Sentencia C-740 que las remisiones del CIA a la Ley 906 de 2004 “no desvirtúan la naturaleza específica o

² El artículo 140 del CIA establece 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. El proceso deberá garantizar la justicia restaurativa, la verdad y la reparación del daño. En caso de conflictos normativos entre las disposiciones de esta ley y otras leyes, así como para todo efecto hermenéutico, las autoridades judiciales deberán siempre privilegiar el interés superior del niño y orientarse por los principios de la protección integral, así como los pedagógicos, específicos y diferenciados que rigen este sistema. PARÁGRAFO. En ningún caso, la protección integral puede servir de excusa para violar los derechos y garantías de los niños, las niñas y los adolescentes”.

especial del procedimiento de responsabilidad penal para adolescentes y en, cambio, amplían las garantías de las que tales menores pueden ser beneficiarios” (Corte Constitucional, Sent. C-740, 2008). En otras palabras, su aplicación debe tener en cuenta las particularidades del SRPA y los derechos de los adolescentes, en especial el interés superior como mandato constitucional³.

Sin embargo, posteriormente, con la Sentencia C-684 de 2009, el alto tribunal constitucional consideró necesaria la revisión de la materia por parte del Congreso de la República, para que este “decida si en virtud de los principios de especificidad y diferenciación es necesario [expedir] una normativa que regule el procedimiento para la investigación y juzgamiento de los adolescentes” (Corte Constitucional, Sent. C-684, 2009). Entre los instrumentos internacionales estudiados por la corporación que llevaron a la anterior conclusión se encuentra la Observación General 10 del Comité de los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas (ONU, 2007), la cual insta a los Estados parte a establecer un sistema de justicia para menores de edad con leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicas y diferentes a las de los adultos.

³ El artículo 7° del CIA establece: “Se entiende por protección integral de los niños, niñas y adolescentes el reconocimiento como sujetos de derechos, la garantía y cumplimiento de los mismos, la prevención de su amenaza o vulneración y la seguridad de su restablecimiento inmediato en desarrollo del principio del interés superior. La protección integral se materializa en el conjunto de políticas, planes, programas y acciones que se ejecuten en los ámbitos nacional, departamental, distrital y municipal con la correspondiente asignación de recursos financieros, físicos y humanos”.

Desde la academia, las remisiones que hace el CIA al procedimiento penal de adultos son consideradas por autores como Andrés Fernando Ruiz (2011, p. 336) como una grave situación de inconstitucionalidad, que contraría los derechos fundamentales de los menores de edad que presuntamente entran en conflicto con la ley penal, pues está claro que la naturaleza y estructura del proceso penal para adultos responde al paradigma adversarial, completamente contrario a los principios y fines del SRPA.

El proceso y las sanciones del SRPA deberían estar acordes con los estándares de la justicia penal juvenil contemplados en los instrumentos internacionales y el CIA, características que el proceso penal de adultos de la Ley 906 de 2004 no cumple:

[...] más allá de determinar la responsabilidad o no sobre el hecho, dicho proceso debe contener elementos pedagógicos que le permitan al adolescente construir, reconstruir o reforzar su ciudadanía en derechos, lo que le da un tinte distinto a un sistema procesal penal para adultos que se centra en la persecución y juzgamiento de los delitos. (Observatorio del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes [OSRPA], 2013, p. 23)

A diferencia de la Ley 906 de 2004, el CIA consagra como finalidades para el SRPA “la justicia restaurativa, la verdad y la reparación del daño” (CIA, 2006), los cuales se alcan-

zarán a través de un proceso, unas medidas y unas sanciones pedagógicas específicas y diferenciadas de las de los adultos, disposición taxativamente consignada en el artículo 140 del CIA. Para lograr estos fines, es necesaria la participación activa de la familia, la comunidad, la víctima y otros actores institucionales, sujetos que no participan dentro de un sistema adversarial.

Así entonces, resulta la inminente necesidad de crear un código procesal o jurisdicción especial y diferenciada para aquellos que transgredieron la ley siendo menores de edad, el cual permita a los adolescentes y jóvenes materializar sus derechos, así como la justicia restaurativa.

LO PEDAGÓGICO

Aunque se identificó que el SRPA no tiene un estatuto procesal específico y diferenciado, surge ahora la duda sobre el carácter pedagógico del sistema procesal al que el legislador confirió la investigación y juzgamiento de los adolescentes y jóvenes que, presuntamente, entraron en conflicto con la ley penal. Para resolver este interrogante, es necesario, primero, definir qué es pedagogía y, posteriormente, intentar establecer qué es lo pedagógico en el SRPA.

La pedagogía busca entender y facilitar el proceso de enseñanza-aprendizaje, a través de modelos pedagógicos, los cuales “[...] otorgan lineamientos básicos sobre las formas de organizar los fines educativos, caracterizar y jerarquizar los contenidos, delimitar la manera de concatenar o secuenciar los contenidos, precisar las relaciones entre estudiantes, saberes y docentes, y de caracterizar la evaluación” (De Zubiría *et al.*, 2008, p. 4); es decir, “[...] es un saber que carga de intencionalidad las

acciones educativas” (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar [ICBF], 2019, p. 73).

Es necesario aclarar que la pedagogía, sus modelos y saberes no se limitan al escenario de lo educativo durante la medida o sanción. Justamente, el artículo 140 del CIA reconoce que la pedagogía es transversal al proceso que se adelanta con los adolescentes o jóvenes, así como en las medidas y sanciones que resulten de dicho proceso.

Por su parte, el ICBF, en su lineamiento técnico de atención a los adolescentes que se encuentran en cumplimiento de una sanción o con medida de aseguramiento, señala:

El sentido pedagógico hace referencia a la necesidad de direccionar los procesos formativos en derechos humanos, prácticas restaurativas, procesos de reflexión, valores, desarrollo de la autonomía, actitudes para la vida en comunidad, sentido social de las leyes y las normas y los demás implícitos en el SRPA, hacia procesos humanizados y relacionados entre sí, que permitan un verdadero impacto sobre cada uno de los y las adolescentes y jóvenes sobre sus proyectos de vida, con la articulación de todas las instituciones, profesionales, estrategias, y acciones en torno a su reconocimiento y empoderamiento, buscando aportar a su inclusión social. (ICBF, 2019, p. 343)

UN PROCESO SIN PEDAGOGÍA

Lo pedagógico debe entenderse como un principio transversal a todo el SRPA, desde que el adolescente o joven entra en el sistema hasta que termina de cumplir su sanción (CIA, 2006, art. 140) y vuelve a su comunidad para transformarla (ICBF, 2019, p. 343). Para lograr una formación pedagógica, debe haber un reconocimiento y una participación activa de todas las personas que se vean involucradas desde que inicia el proceso.

El lineamiento técnico indica que, a través del carácter pedagógico de la sanción, se espera de los adolescentes o jóvenes la “[...] responsabilización por los daños causados en su persona, en su víctima, en sus familias y en sus comunidades” (ICBF, 2019, p. 73). Sin embargo, el sentido pedagógico del proceso judicial no es desarrollado por el CIA ni por la jurisprudencia.

De esta manera, la participación de quienes rodean al ofensor o presunto ofensor va a permitir “movilizar o potencializar todos los recursos de los y las adolescentes y jóvenes y sus familias, para transformar su entorno y resignificar su visión y sentido de vida, las relaciones con las personas de sus vínculos cercanos, la red de pares y los espacios de la interacción con el entorno” (ICBF, 2019, p. 343).

Sin embargo, lo anterior no guarda coherencia con el proceso adversarial de la Ley 906 de 2004, el cual fue impuesto al SRPA, pues se trata de un proceso de tendencia acusatoria que presupone que las partes son dos contendores que se enfrentan el uno al otro con igualdad de armas ante un juez imparcial (Corte Constitucional, Sent. C-1194, 2005), presupuesto que dista de los fundamentos pedagógicos propuestos para la atención a los adolescentes y jóvenes.

En el CPP, las primeras etapas del proceso penal tienen un carácter informativo, en las que la Fiscalía da a conocer al adolescente o joven el delito y los hechos por los que se le acusa y las pruebas que harán valer en su contra. Seguido a esto, el acusado debe presentar las pruebas con las que se defenderá del ataque que ha recibido, para luego ir ante un juez a luchar por su inocencia. Haciendo este muy somero recuento de lo que tendrá que afrontar el adolescente o joven, no encontramos en qué momento está presupuestado que participe la familia, la comunidad y el Estado como responsables de la infancia y la adolescencia del país (CIA, 2006, art. 10).

Así mismo, no es claro cómo el proceso y las audiencias que afrontará el adolescente o joven le permiten comenzar a reflexionar sobre sí mismo y sobre su entorno, para así poder empezar a restaurar los vínculos afectados en su vida y autoevaluar su proyecto de vida. En ese contexto, es difícil conocer al adolescente o joven y las circunstancias que lo rodean y que lo llevaron a la presunta comisión de un delito.

Las finalidades de la acción pedagógica de todos los actores en el proceso de socialización deben apuntar, sin desconocer el curso de vida por la cual atraviesa el adolescente o joven y que lo sitúa como ser en formación, a movilizar su responsabilidad sobre el hecho que lo vincula al SRPA y las consecuencias para la víctima, la comunidad, su familia y para sí mismo. (ICBF, 2019, p. 342)

Según el ICBF, el proceso judicial

[...] debe trascender la información y formación, facilitando y fomentando espacios para que el o la adolescente o joven pueda reparar los daños derivados de sus actos, en el marco de un procedimiento garantista, protector y pedagógico, (ICBF, OMS, 2013) y en esta vía favorecer su inclusión social, el acceso a oportunidades y a espacios para el ejercicio de la participación, en acción conjunta con las redes familiares, sociales e institucionales, como corresponsables en la generación de condiciones para su desarrollo y ciudadanía plena. (ICBF, 2019, p. 342)

Evidentemente, un proceso adversarial con tendencia acusatoria no permitirá cumplir dichas finalidades.

CONCLUSIONES

El enfoque pedagógico es lo que diferencia al sistema penal de adultos del sistema penal de menores de edad; sin embargo, la pedagogía se ha dejado como lo último dentro del SRPA. Las remisiones contenidas en el CIA ponen en vilo los fines del SRPA y a quienes llegan a vincularse. Que el derecho penal llegue a ser la *ultima ratio* para los adolescentes y jóvenes implica que todos los involucrados durante el proceso apliquen un enfoque pedagógico y eviten llegar a una sanción penal.

El sistema adversarial de tendencia acusatoria que se implementó en Colombia

no contempla un enfoque pedagógico ni restaurativo que lleve a la formación de un sujeto empoderado y autónomo que logre transformar su vida y la de quienes lo rodean. Por ello, se hace imprescindible la creación de un estatuto procesal especializado y diferenciado del de los adultos. De no lograrse de inmediato, es menester la regulación de las remisiones al estatuto procesal de adultos, procurando la aplicación del enfoque pedagógico en el proceso judicial. De esta forma, los adolescentes y jóvenes podrán hacer un ejercicio pleno de sus derechos dentro del SRPA.

REFERENCIAS

- Asamblea General de las Naciones Unidas (14 de diciembre de 1990). *Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil*. [Resolución 45/112].
- Asamblea General de las Naciones Unidas (20 de noviembre de 1989). *Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*. [Resolución 44/25].
- Asamblea General de las Naciones Unidas (28 de noviembre de 1985). *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores ("Reglas de Beijing")*. [Resolución 40/33].
- Comité de los Derechos del Niño (2007). *Observación General 10. Los derechos del niño en la justicia de menores*. Ginebra: ONU.
- Congreso de Colombia (1 de septiembre de 2004). Código de Procedimiento Penal. [Ley 906 de 2004]. DO: 45.658.
- Congreso de Colombia (24 de julio de 2000). Código Penal. [Ley 599 de 2000]. DO: 44.097.

- Congreso de Colombia (8 de noviembre de 2006). Código de la Infancia y la Adolescencia. [Ley 1098 de 2006]. DO: 46.446.
- Corte Constitucional (22 de noviembre de 2005). Sentencia C-1194 de 2005. [MP Marco Gerardo Monroy Cabra].
- Corte Constitucional (23 de julio de 2008). Sentencia C-740 de 2008. [MP Jaime Araújo Rentería].
- Corte Constitucional (30 de septiembre de 2009). Sentencia C-684 de 2009. [MP Humberto Antonio Sierra Porto].
- De Zubiría, J.; Ramírez, A.; Ocampo, K. y Marín, J. (2008). *El modelo pedagógico predominante en Colombia* (Trabajo de grado). Instituto Alberto Merani, Bogotá.
- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar [ICBF] (2019). *Lineamiento modelo de atención para adolescentes y jóvenes en conflicto con la ley - SRPA*. Bogotá: ICBF. Recuperado de: https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/procesos/lm15.p_lineamiento_modelo_de_atencion_para_adolescentes_y_jovenes_en_conflicto_con_la_ley_-_srpa_v3.pdf
- Observatorio del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes [OSRPA] (2013). *La medida pedagógica como sanción en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes (Ley 1098 de 2006 y 1453 de 2011)*. Estudio sociojurídico, Distrito Judicial de Cundinamarca. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, p. 23.
- Ruiz, A. F. (2011). El Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes. Su constitucionalidad y validez a la luz de los instrumentos internacionales sobre protección de la niñez. *Revista Universitarias*, 122, 335-362.

¿JUSTICIA RESTAURATIVA EN EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES

KENA LILIBETH RODRÍGUEZ BORDA¹

1 Abogada de la Universidad Nacional de Colombia, sede Bogotá; estudiante de la Maestría en Derecho, con profundización en Derecho Penal e investigadora del Observatorio del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes.

Hoy por hoy, pareciera que el sistema tradicional del derecho penal no satisface los sentimientos de seguridad y tranquilidad de los individuos que viven en sociedad, motivo por el cual se cuestionan los modelos existentes basados esencialmente en el castigo. Debido a esta frustración, se ha planteado un paradigma alternativo que propone generar un espacio de diálogo para que la víctima y el victimario puedan solucionar el perjuicio causado como consecuencia del delito, superando de esta forma el paradigma que concibe la sanción como una venganza institucional para quienes quebrantaron el ordenamiento jurídico.

De esta forma, el sistema penal ha sido utilizado y a la vez percibido como una herramienta para evitar la transgresión de ciertos bienes jurídicos que son esenciales para la vida en comunidad, mediante un castigo basado en criterios retribucionistas, es decir que su fina-

lidad es la prevención de conductas delictivas para el mantenimiento de un orden. Roxin enunciaba que la teoría retribucionista “no encuentra el sentido de la pena en la persecución de fin alguno socialmente útil, sino en que mediante la imposición de un mal merecidamente se retribuye, equilibra y expía la culpabilidad del autor por el hecho cometido” (1997, pp. 81-82).

No obstante, el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes (SRPA), al ser un sistema diferente al de los adultos, está encaminado a la protección integral de los niños, niñas y adolescentes que se encuentran en conflicto con la ley penal y, a su vez, se asienta en el interés superior del niño. Por esta razón, las medidas impuestas son distintas a las concebidas por la justicia retributiva, pues en el Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006 - CIA) se puede vislumbrar que, en virtud de los principios enunciados con antelación, las sanciones tienen un carácter pedagógico, donde en el “proceso se garantiza la justicia restaurativa, la verdad y la reparación del daño” (CIA, art. 140).

LA JUSTICIA RESTAURATIVA

La justicia restaurativa (JR) emergió, según Kemelmajer (2004, citada por Camacho, 2015), en las comunidades indígenas ubicadas en América Latina, Nueva Zelanda, Estados Unidos, Irlanda y Canadá, como una forma de resolver los distintos conflictos. Consiste en remediar el daño ocasionado, rehabilitar al transgresor y restaurar las relaciones de las partes implicadas y los lazos entre estos y la comunidad, alejándose de esta forma de una concepción de justicia basada únicamente en el castigo (Camacho, 2015, p. 14).

Adicionalmente, autores como McCold

& Wachtel afirman que esta justicia se desarrolló en los años setenta, “como una forma de mediación entre víctimas y delincuentes”, y posteriormente se “amplió su alcance para incluir también a las comunidades de apoyo, con la participación de familiares y amigos de las víctimas y los delincuentes en procedimientos de colaboración” (2003, párr. 1). De igual manera, es pertinente resaltar que este paradigma restaurativo permite que los jóvenes delincuentes sean capaces no solo de reconocer la conducta ejercida y sus consecuencias, sino también de reorientar el proyecto de vida.

Así entonces, la JR desarrolla la responsabilización por el daño causado, la reparación de la víctima y una efectiva reintegración de las partes a la sociedad, a partir de la aplicación de estrategias de diálogo y de trabajo comunitario. En este sentido, afirmar que el paradigma de la JR es una finalidad del sistema de justicia penal juvenil implica generar espacios y procesos que promuevan lo anteriormente enunciado.

En ese orden de ideas, lo más importante que debe hacerse con los jóvenes infractores es lograr que se sensibilicen por sus acciones y que, así mismo,

[...] vislumbren un modo de vida distinto a partir de contar con nueva información y con elementos vivenciales que les permitan reconocer el impacto del daño generado en el otro y de cómo ellos mismos pueden constituirse como un sistema autoajutable a nivel personal y social. (Méndez, 2014, pp. 12-13)

Desde un panorama general, el modelo de JR propende por la intervención activa de la víctima, puesto que es importante reconocer los intereses que ella tiene dentro del proceso. Esta posibilidad de que la víctima participe se aleja también de ese paradigma conservador que consiste en el simple hecho de condenar, ignorando al afectado y sin lograr verdaderamente una reparación. Así mismo, esta justicia trasciende la esfera personal del victimario, pues independientemente de asumir una responsabilidad y lograr una reparación, el ofensor puede reintegrarse a la sociedad, con ayuda del sistema y de la comunidad –de ahí que sea pertinente la colaboración del sector social para dejar a un lado el etiquetamiento que sufre el victimario como delincuente o criminal–.

El autor Howard Zehr desarrolla tres pilares fundamentales para este modelo de justicia: “los daños y necesidades, las obligaciones y la participación” (2010, p. 28). Estos tres principios buscan no solo reparar el daño sobre la víctima, sino también por parte del victimario, atendiendo a las causas que permitieron que se realizara el delito. A su vez, las consecuencias del ilícito son generadoras de ciertas obligaciones encaminadas a reparar, tanto para el ofensor como para la misma sociedad. Por ello es esencial, finalmente, que las partes (ofensor, víctima y comunidad) se coadyuven para hacer justicia mediante la participación y proposición de soluciones, para así llegar a un acuerdo sobre las acciones que convendría aplicar en el caso concreto.

Tabla 1. Diferencias de dos paradigmas de justicia

	JUSTICIA RETRIBUTIVA	JUSTICIA RESTAURATIVA
DELITO	Es concebido como la transgresión a la ley que produce una ofensa contra el Estado; por ende, las partes involucradas son únicamente el delincuente y el Estado, apartando entonces a las víctimas, quienes son las que sobrellevan los perjuicios causados por la acción.	Son acciones generadoras de daños que no solo lesionan a las víctimas, sino que también perjudican al victimario y a la comunidad. Por ello, es pertinente la participación de las partes en el proceso.

	JUSTICIA RETRIBUTIVA	JUSTICIA RESTAURATIVA
RESPONSABILIDAD	Se fundamenta en establecer la culpabilidad de quien ha realizado el ilícito y, una vez determinado lo anterior, se retribuye el mal generado a partir de un castigo consistente en la privación de la libertad.	“Busca superar la identificación de castigo con venganza, propia de un discurso en el que lo principal es reaccionar contra el delincuente con un dolor similar al que él produjo en la víctima” (Márquez, 2007, p. 204). Por ello, se enfoca “[...] en resolver el problema y establecer responsabilidades y obligaciones [...]. La responsabilización del infractor está en que comprenda el impacto de sus actos y ayude a encontrar una solución” (Oficina del Representante Especial del Secretario General sobre la Violencia contra los Niños, 2013, p. 1).
CONSECUENCIAS	El victimario queda etiquetado como un delincuente y no existe un interés en reorientar su estilo de vida, sino en cumplir la condena impuesta.	Se enfoca en reparar el daño causado y en rehabilitar al victimario.

Fuente: elaborado por la autora.

LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN EL SRPA

Teniendo en cuenta la tabla 1, se entra a comentar el tópico de la justicia restaurativa concretamente en el SRPA, no sin antes abordar la razón por la cual la Ley 1098 de 2006 está orientada conforme a la doctrina de *protección integral*, que permite desarrollar este modelo alternativo de justicia.

Gracias a la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), Colombia modificó la legislación interna en aras de consagrar un sistema protector de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, con el fin de alejarse del paradigma de la *situación irregular* que trataba, según Campos (2009, p. 356), de un discurso tutelar enfocado a intervenir sin límites en el desarrollo de los niños que eran considerados incapaces y, por ende, objeto de protección.

Lo enunciado previamente se estableció conforme a lo vislumbrado en la Ley 84 de 1873, pues allí **el menor** es quien no ha cumplido la mayoría de edad y por esa condición es calificado como incapaz, razón por la que debe estar representado por sus padres, “quienes ejercerán conjuntamente la patria potestad de sus hijos menores de 21 años” (arts. 34 y 62). Por lo mismo, deben tener unas medidas tutelares. Sin embargo, Tejeiro expresa que, a falta de dicha representación, de manera suplementaria, el Estado intercede en la situación y, “comoquiera que lo regular es que el menor esté representado, al encontrarse este (el menor) desprovisto de aquellas, se hallará en situación irregular dando origen al término que identifica la doctrina que lleva este nombre” (2005, p. 357).

En ese sentido, el Decreto 2737 de 1989 y los anteriores códigos que regu-

laban esta materia, al etiquetar a esta población con ausencia de capacidad le impedían asumir un rol de responsabilización sobre sus acciones y, en consecuencia, conocer “los intereses de la víctima y la importancia de la restauración como forma efectiva y necesaria de resolver el antagonismo que surge de la infracción de la ley penal” (Chaparro, 2010, p. 37).

Por otro lado, encontramos que el paradigma de la *protección integral* culmina con esa percepción de inmadurez e incapacidad de los niños, niñas y adolescentes para asignarles una responsabilidad que es acarreada si infringen sus deberes; la diferencia fundamental de estos dos tipos de sistemas radica en que la JR está encaminada a salvaguardar a los niños sin que sean discriminados o estigmatizados, pues el poder estatal se encuentra restringido mediante los derechos fundamentales.

De esta forma, el CIA comprende estándares internacionales² que favorecen la implementación de medidas alternas en materia de responsabilidad juvenil, lo que corresponde a renunciar al procedimiento penal conforme al principio de intervención mínima (como sería la aplicación del principio de oportunidad) o aplicar sanciones distintas a las privativas de la libertad, como lo serían la amonestación³, la imposición de

2 Tales como las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad (“Reglas de Tokio”) y las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia (“Reglas de Beijing”).

3 Se trata de la recriminación del adolescente por parte de la autoridad judicial en donde se requiere al adolescente o a sus representantes para la reparación del daño y para la asistencia a un curso educativo sobre el respeto de los derechos humanos (Ley 1098, 2006, art. 182).

reglas de conducta⁴, la prestación de servicios a la comunidad⁵ y la libertad asistida⁶.

Estas sanciones no privativas de la libertad están enfocadas a reintegrar a los niños, niñas y adolescentes a la sociedad “como miembros activos que contribuyen a aumentar la seguridad pública al reducir los índices de reincidencia” (ICBF, 2016, p. 37). Además, están guiadas a proteger los derechos fundamentales de este sector poblacional y fortalecer todos aquellos vínculos que fueron quebrantados por el ilícito, como lo serían los lazos familiares y sociales (estas modalidades de sanción, según lo enunciando por las Reglas de Tokio, deben tener carácter prevalente).

Dado lo anterior, la aplicación de la JR puede efectuarse en cualquier momento procesal o en “la conciliación en los delitos querrelables, la aplicación del principio de oportunidad, la mediación o cualquier otro

mecanismo de justicia restaurativa y, especialmente, durante la ejecución de las sanciones privativas, no privativas de la libertad y la etapa postsancionatoria” (Ministerio de Justicia y del Derecho, 2018, p. 73).

Como se ha venido reiterando, la finalidad de este modelo consiste en garantizar no solamente el derecho a la verdad y reparación del daño por parte de la víctima, sino el restablecimiento de los lazos ofensor-víctima y ofensor-sociedad, mediante la cooperación del Estado y las partes intervinientes, como lo establece el numeral 7º del artículo 250 de la Carta Política, la cual le asigna a la Fiscalía la facultad de terminar el proceso penal (CIA, art. 173). “De este modo, al promover la aplicación del principio de oportunidad y la justicia restaurativa, se avalan los mecanismos alternativos de solución de controversias (MASC) en materia penal, como una forma diferente de impartir justicia” (Observatorio del Bienestar de la Niñez, 2015, p. 13).

No obstante, Do Amaral (2001) afirma que, aunque existe un cambio de paradigma de *situación irregular* a *protección integral*, pareciera que este nuevo garantismo hacia los niños, niñas y adolescentes estuviese siendo dilucidado con base al ya suprimido Código del Menor (previamente citado), dado que los principios fundamentales de este nuevo sistema penal juvenil –como lo es la protección integral y el interés superior (Ley 1098, 2006, arts. 7º y 8º)– permiten cualquier clase de intervención, “justificándose con eufemismos, como ocurre, por ejemplo, con la ‘internación’, y principalmente con la ‘libertad asistida’, presentadas como intervenciones meramente educativas, como si, en este caso, las palabras pudiesen alterar la sustancia de las cosas” (Do Amaral, 2001, p. 2).

4 Es la imposición de obligaciones o prohibiciones para regular el modo de vida del niño, niña o adolescente, así como promover y asegurar su formación (Ley 1098, 2006, art. 183). El ICBF establece que la autoridad judicial “debe tener en cuenta las circunstancias del adolescente, su familia, su entorno, y los factores de riesgo y/o protección con que cuenta, los cuales son verificados por la Defensoría de Familia. Las reglas de conducta limitan un comportamiento y definen las acciones que el adolescente debe llevar a cabo, para su formación, garantizando con ello un estilo de vida acorde con los parámetros sociales” (ICBF, 2016, p. 39).

5 Está enfocado a la realización de tareas de interés general que el adolescente debe realizar de manera gratuita, prohibiendo trabajos que puedan afectar el desarrollo del niño, niña o adolescente. La finalidad de esta medida es reconectar las relaciones de las partes a través de ciertos servicios prestados a la comunidad, en donde se busca reorientar el proyecto de vida y lograr una resocialización.

6 “Es la concesión de la libertad que da la autoridad judicial al adolescente con la condición obligatoria de someterse a la supervisión, la asistencia y la orientación de un programa de atención especializada” (Ley 1098, 2006, art. 185).

La sanción más aplicada desde la vigencia del CIA hasta noviembre de 2014 es la libertad asistida, seguida del internamiento en centros de atención especializada (CESPA). Según las cifras del ICBF, en ese mismo año había un total de 173 734 casos, de los cuales 142 819 continuaron con el proceso y fueron sancionados 53 080 niños, niñas y adolescentes, bajo las siguientes imposiciones: libertad asistida, 14 272 (26,9 %), Centros de Atención Especializada, 11 319 (21,3 %); semicerrado, 8264 (9,4 %); amonestación, 4975 (15,6 %); prestación de servicios a la comunidad, 2362 (4,4 %), y los 89 739 procesos restantes estaban pendientes por resolver⁷.

Pese a que la JR es el modelo que debe aplicarse en el SRPA, las estadísticas realizadas por la Fiscalía General de la Nación en el periodo 2007-2017 evidencian que el SRPA impone las distintas sanciones y medias preventivas establecidas en la ley antes que acudir a otros medios de resolución de conflictos en materia penal. Según las cifras, únicamente 16 % de los procesos terminaron en conciliación y solo en el 1 % se aplicó el principio de oportunidad.

Teniendo en cuenta las cifras ilustradas, pareciera entonces que el SRPA imita al sistema de adultos, abandonando de esta forma lo referente a la JR y permitiendo desdibujar los objetivos que persigue este modelo alternativo de justicia, enfocado al acercamiento de las partes y al proceso de

formación del adolescente. De modo que se interroga si, efectivamente, en el SRPA se aplica la JR o, por el contrario, se sigue aplicando el castigo retributivo.

Sumado a lo anterior, gran parte de la población colombiana exige una mayor mediación del derecho penal con fundamento en evitar la delincuencia juvenil, sin tener en cuenta las causas o los factores que permiten esta clase de acciones. Este tipo de solicitudes generan un retroceso al paradigma anterior.

Del mismo modo, se puede cuestionar el SRPA en la medida en que las sanciones aplicadas, pese a que cuenten con un carácter pedagógico, no son eficientes para garantizar los derechos de las y los adolescentes ni para solucionar las causas que los llevaron a dicha conducta.

CONCLUSIONES

La base del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes se encuentra enfocada en el interés superior del niño y en la protección de este grupo poblacional, de modo que el ordenamiento jurídico establece un trato diferenciado al sistema de adultos. Muestra de ello, las medidas y sanciones aplicadas tienen un carácter pedagógico y se centran en un modelo alternativo de justicia distinto a la concepción retribucionista. No obstante, la realidad de la aplicación de esta justicia restaurativa no es prevalente, toda vez que se imponen las respectivas sanciones sin acudir a otros métodos capaces de conectar a las partes y de restablecer los derechos. Por este motivo, se desdibujan todos los fines que persigue el SRPA y se iguala al procedimiento de los adultos, conllevando así al aumento punitivo de las conductas delictivas.

REFERENCIAS

- Camacho, M. C. (2015). *Análisis de las sanciones del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes a la luz de la justicia restaurativa*. (Trabajo de grado). Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, Colombia. Recuperado de: <http://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/11542/CamachoCamacho-Maria-2015.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Campos, S. (2009). La Convención sobre los Derechos del Niño: el cambio de paradigma y el acceso a la justicia. *Revista IIDH*, 50, 351-377. Recuperado de: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25553.pdf>
- Chaparro, V. M. (2010). *Justicia restaurativa en el sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura. Recuperado de: <https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/biblioteca/content/pdf/a17/4.pdf>
- Congreso de Colombia (24 de junio de 2011). *Ley 1453 de 2011*. DO: 48.110.
- Congreso de Colombia (8 de noviembre de 2006). *Código de la Infancia y la Adolescencia*. [Ley 1098 de 2006]. DO: 46.446.
- Congreso de los Estados Unidos de Colombia (26 de mayo de 1873). *Ley 84 de 1873*. DO: 2.867.
- Do Amaral, A. F. (2001). La "protección" como pretexto para el control social arbitrario de los adolescentes o la supervivencia de la "doctrina de la situación irregular". En E. García (Comp.), *Adolescentes y responsabilidad penal*. Buenos Aires: Ad Hoc. Recuperado de: http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/2555/la_proteccion_A.Fernando_do_Amaral.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (2016). *Lineamiento de servicios para medidas y sanciones del proceso judicial SRPA*. Recuperado de: https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/procesos/lm14.p_lineamiento_para_servicios_medidas_y_sanciones_proceso_judicial_srpa_v1.pdf
- Márquez, Á. E. (2007). La justicia restaurativa versus la justicia retributiva en el contexto del sistema procesal de tendencia acusatoria. *Prolegómenos. Derechos y Valores*, X(20), 201-212. Recuperado de: <https://www.redalyc.org/pdf/876/87602012.pdf>
- McCold, P. y Wachtel, T. (2003). *En busca de un paradigma: una teoría sobre justicia restaurativa*. Ponencia presentada en el XIII Congreso Mundial sobre Criminología, Río de Janeiro, Brasil. Recuperado de: <https://www.iirp.edu/news/en-busca-de-un-paradigma-una-teori-a-sobre-justicia-restaurativa>
- Méndez, Y. M. (2014). *Actitudes hacia la justicia restaurativa y estrategias de afrontamiento en jóvenes vinculados al sistema de responsabilidad penal adolescente SRPA* (tesis de maestría). Universidad Santo Tomás, Bogotá. Recuperado de: <https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/510/Actitudes%20hacia%20la%20justicia%20restaurativa%20y%20estrategias%20de%20afrontamiento.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Ministerio de Justicia y del Derecho (2018). *Guía metodológica para la implementación del Programa de Justicia Juvenil Restaurativa*. Bogotá: Minjusticia - OMS. Recuperado de: <https://www.minjus>

⁷ Cifras acumuladas por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar desde el inicio del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes hasta el año 2014 en la Subdirección de Responsabilidad Penal Consolidado Nacional.

ticia.gov.co/Portals/0/Publicaciones/Gu%C3%ADa_Metodologica_para_implementaci%C3%B3n_programa_de_JJR.pdf

Observatorio del Bienestar de la Niñez (2015). *Adolescentes, jóvenes y delitos: "Elementos para la comprensión de la delincuencia juvenil en Colombia"*. Bogotá: ICBF - USAID - OMS. Recuperado de: <https://repository.OMS.org.co/bitstream/handle/20.500.11788/1647/95.%20Boletín%20ICBF%20Delincuencia%20Juvenil.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Oficina del Representante Especial del Secretario General sobre la Violencia contra los Niños (2013). *Promover la justicia restaurativa para niñas, niños y adolescentes*. Nairobi: ONU. Recuperado de: https://violenceagainstchildren.un.org/sites/violenceagainstchildren.un.org/files/documents/publications/restorative_justice_spanish.pdf

Presidencia de la República de Colombia (27 de noviembre de 1989). *Código del Menor*. [Decreto 2737 de 1989]. DO: 39.080.

Roxin, C. (1997). *Derecho Penal. Parte general, Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Madrid: Civitas.

Tejeiro, C. E. (2005). *Teoría general de niñez y adolescencia*. 2a ed. Bogotá: Universidad de los Andes.

Zehr, H. (2010). Los principios restaurativos. En H. Zehr, *El pequeño libro de la justicia restaurativa*. Recuperado de: https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/el_pequeno_libro_de_las_justicia_restaurativa.pdf

EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES. ¿UN PRINCIPIO RECTOR DE APLICACIÓN PREFERENTE?

MARÍA JOSÉ SÁNCHEZ SÁNCHEZ¹

¹ Estudiante de novena matrícula del pregrado en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Investigadora del Observatorio del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes y del Observatorio de la Juris-

El Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes (SRPA)², implementado mediante la Ley 1098 de 2006, significó un cambio del paradigma tutelar al paradigma de la protección integral de derechos, modificando con ello la concepción respecto de lo penal y los niños, niñas y adolescentes. Desde esta nueva perspectiva, el proceso penal y la sanción se entienden en su sentido pedagógico, específico y diferenciado del proceso para adultos (art. 140), y su finalidad es garantizar la justicia restaurativa, la

dicción Especial para la Paz de la Universidad Nacional.

² Según el artículo 139 de la Ley 1098 de 2006, 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".

verdad y la reparación del daño. Para ello se establecen múltiples mecanismos judiciales y administrativos de justicia restaurativa (JR). El principio de oportunidad (PO) es el mecanismo judicial procesal más importante, consagrado como un principio rector de aplicación preferente (art. 174); sin embargo, diez años después de la implementación del SRPA, las cifras muestran que su aplicación ha sido reducida. Ante esta situación, el presente capítulo presenta una radiografía de las principales razones por las cuales el PO no ha sido de aplicación preferente en el SRPA, con el objetivo final de servir de base para la discusión actual académica y social en torno a la reforma del Sistema.

EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

El PO es una figura procesal excepcional que evita la continuación de un proceso que termina en un juicio oral en el marco de un sistema adversarial. Así entonces, el PO tiene a la vez una naturaleza política y jurídica. Política, porque se enmarca en un modelo interventor del Estado que supera el modelo tradicional de legalidad estricta, el cual sigue las lógicas de reducción de complejidad, valiéndose de las tres ramas del poder público (ejecutiva, legislativa y judicial), y en el caso de la Ley Penal se puede apreciar su paso por las tres: al momento de la creación, interpretación y aplicación de la norma. Jurídico, porque precisamente está encuadrado en un ordenamiento jurídico (Acuña, 2010).

El SRPA fue implementado en el sistema jurídico colombiano por el artículo 2° del Acto Legislativo 03 de 2002, mediante el cual se modificó el artículo 250 de la Constitución Política. Actualmente, el Título V (arts. 321-330) de la Ley 906 de 2004 regula cada

aspecto del principio de oportunidad: el legítimo por activa para ejercerlo (art. 323), las causales (art. 324), las modalidades (arts. 325, 326), el control judicial que se ejerce (art. 327), la participación de las víctimas (art. 328), sus efectos (art. 329) y la facultad reglamentaria que tiene la Fiscalía General de la Nación (art. 330).

Con esta figura excepcional se pretende que la Fiscalía General de la Nación, una vez recolectada evidencia física suficiente que permitiese establecer la comisión de un delito y desvirtuar la presunción de inocencia del acusado, y con sujeción a la política criminal del Estado, pueda renunciar a la obligación constitucional de investigar y acusar a los presuntos responsables de la perpetración de delitos, producto del principio de legalidad. Así entonces, la Fiscalía puede suspender a prueba³, interrumpir⁴ o renunciar⁵ a la persecución penal por las causales taxativamente

3 La suspensión a prueba es una modalidad del PO en la que el proceso se detiene. “El periodo de suspensión puede ser hasta por 3 años, durante los cuales el beneficiado debe cumplir con un plan de reparación cuyos requisitos están contenidos en el artículo 326 de la Ley 906 de 2004, que han sido propuestas por el acusado, presentadas por el Fiscal del caso y aprobadas por el Juez con función de Control de Garantías. Vencido el plazo y cumplida la obligación, el Fiscal solicita ante el Juez extinción de la acción penal y el archivo de las diligencias, realizando el juez, el control de legalidad de lo peticionado” (Observatorio de Drogas de Colombia [ODC], s. f., p. 21).

4 La interrupción es una modalidad del PO que se entiende preparatoria a la renuncia. “Es de más corta duración que la suspensión del procedimiento a prueba y afecta solo una actuación (por ejemplo, facilitar las actividades de investigación). Logrado el objetivo, se solicita la renuncia a la persecución y la extinción de la acción penal y el Juez extingue la acción penal” (ODC, s. f., p. 21).

5 La renuncia a la persecución penal es una modalidad del PO que trae como consecuencia la extinción de la acción penal, y debe ser declarada por el juez de control de garantías.

establecidas en el artículo 324 del del Código de Procedimiento Penal (CPP)⁶, tras ponderar los intereses del Estado, la sociedad y la víctima, y una vez sea aprobado por un juez de control de garantías.

Los parágrafos 1°, 2°, 3° y 4° del mismo artículo establecen las prohibiciones y restricciones a la aplicación del PO, a saber: i) está prohibido para la comisión de las conductas de “[...] tráfico de estupefacientes y otras infracciones previstas en el capítulo segundo del título XIII del Código Penal, terrorismo, financiación de terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas [...], a menos que sea por las causales 4 y 5 del mismo artículo, y siempre que no se trate de un jefe de organización delictiva (par. 1°); ii) la aplicación del PO en los “[...] delitos sancionados con pena privativa de la libertad cuyo límite máximo exceda de seis (6) años de prisión será proferida por el Fiscal General de la Nación o por quien él delegue de manera especial para el efecto” (par. 2°); iii) está prohibido “[...] en investigaciones o acusaciones por hechos constitutivos de graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario, delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra o genocidio, ni cuando tratándose de conductas dolosas la víctima sea un menor de 18 años” (par. 3°), y iv) no se aplica “[...] al investigado, acusado o enjuiciado vinculado al proceso penal por haber accedido o permanecido en su cargo, curul o denominación pública con el apoyo o colaboración de grupos al margen de la ley o del narcotráfico” (par. 4°).

6 Para conocer más sobre las causales específicas, remítase al Código de Procedimiento Penal.

EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL SRPA

La introducción e implementación del SRPA⁷ mediante la Ley 1098 de 2006, respondiendo a las exigencias internacionales⁸, consolidó a nivel legislativo en nuestro país un proceso de cambio de paradigma en lo referente a políticas de infancia, lo penal y los niños, niñas y adolescentes. Se trata del tránsito del paradigma de la situación irregular (paradigma tutelar)⁹ al paradigma de la protección integral¹⁰.

La consagración de la JR como un fin del sistema fue uno de los avances más significativos, pues, desde la teoría, la JR representa una ruptura con el sistema penal para adultos construido sobre la base de la justicia retributiva en el que la prisión es un

7 Según el artículo 139 de la Ley 1098 de 2006, 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”.

8 Exigencias derivadas de los compromisos asumidos por Colombia a través de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (“Reglas de Tokio”) y las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (“Reglas de Beijing”).

9 El paradigma de la situación irregular se aplica a los menores en “situación irregular”, en el que son “objeto de tutela, de corrección, rehabilitación, control y subordinación; a la vez que se los considera incapaces en diversos sentidos y por ello no tienen ningún tipo de participación en las decisiones que los afectan. El Estado plantea, en el marco de este paradigma, la judicialización como primera –y prácticamente la única– solución [...]. El paradigma equipara al menor abandonado con el que es víctima de maltrato o abuso y con el que se encuentra en conflicto con la ley penal” (Cardozo y Michalewicz, 2017).

10 Desde este paradigma, los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derechos y se prevén mecanismos para su restablecimiento.

mecanismo privilegiado de punición, que actúa como un espacio de venganza contra el infractor, monopolizando su tiempo a cambio del dolor que este infringió en la víctima (Saffón y Uprimny, 2005).

De este modo, la JR

[...] surge como una respuesta crítica y como un mecanismo de resistencia frente a los alcances y consecuencias, insuficientes e ineficientes, de esta arraigada forma de hacer justicia, donde se castiga al adolescente que incurrió en una conducta punible, pero no se soluciona el conflicto ocasionado por esta. (ICBF, 2012, p. 5)

Así entonces, desde la JR¹¹ el fin del sistema no es castigar a un presunto agresor por la comisión de una conducta punible, sino resolver el conflicto que esta generó mediante medidas que le permitan al adolescente adquirir conciencia acerca del daño que causó, enmendarlo (restablecer el vínculo social) y no repetirlo.

La consecuencia necesaria de estos planteamientos es la preferencia de las salidas alternativas al proceso penal. Por ello, el SRPA establece múltiples mecanismos

11 Definida por el artículo 518 de la Ley 906 de 2004 como "todo proceso en el que la víctima y el imputado, acusado o sentenciado participan conjuntamente en forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito en busca de un resultado restaurativo, con o sin la participación de un facilitador". Esta definición retoma lo consagrado en la declaración de Leuven de 1997 sobre justicia juvenil restaurativa.

judiciales y administrativos para propiciar la participación activa del adolescente, la víctima, su familia y la comunidad (ICBF, 2012), y con ello evitar el inicio, la continuación o la sanción en un proceso penal¹².

Uno de estos mecanismos judiciales es el principio de oportunidad, consagrado en el artículo 174 del Código de la Infancia y la Adolescencia como un *principio rector de aplicación preferente* con fundamento en el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, pues su aplicación contribuye a realizar el principio de intervención mínima y a la implementación de medidas alternativas, en materia de justicia juvenil.

Dicho artículo también establece que su aplicación tendrá en cuenta el consentimiento de la víctima y su aplicación tendrá un componente "[...] pedagógico y formativo mediante el cual el adolescente pueda tomar conciencia de las consecuencias de su actuación delictiva y de las responsabilidades que de ella se derivan" (CIA, art. 174).

De lo anterior se sigue que la aplicación preferente conlleva una carga para las autoridades judiciales y ya no una potestad para la Fiscalía (Acuña, 2010), por lo que corresponde al fiscal en cada caso particular del SRPA la viabilidad de aplicar el PO bajo las causales

12 Al respecto, las Reglas de Tokio y de Beijing, vinculantes para Colombia, recomiendan "a los Estados incorporar mecanismos que permitan a las autoridades judiciales e incluso de policía renunciar a la persecución penal cuando se encuentra que no es indispensable recurrir a las sanciones de esta naturaleza y, en el caso de la justicia juvenil, a ocuparse de las conductas cometidas por los adolescentes, sin tener que acudir a las autoridades competentes en materia penal, recomendando especialmente a remisión de estos casos a programas de justicia restaurativa y reparación a las víctimas" (Ministerio de Justicia y del Derecho, 2018, p. 67).

contenidas en el artículo 324 de la Ley 906 de 2004, antes de someter a un joven a enjuiciamiento criminal, entendiéndose que ello trae consigo un reproche social o etiquetamiento (Bedoya, Guzmán y Vanegas, 2010).

Respecto de su aplicación procesal y otras regulaciones, el CIA (art. 144) remite a lo establecido en el CPP, siempre que no sea contrario al interés superior del adolescente. Es decir que, en principio, las etapas y momentos procesales en el SRPA, así como las causales de procedencia, son las mismas que las del proceso penal para adultos. Sin embargo, el interés superior del menor y las finalidades del SRPA permiten la reinterpretación de dichas normas, o incluso su inaplicación.

Así entonces, el PO esperaba ser una poderosa herramienta jurídico-procesal del SRPA, especialmente en la modalidad de suspensión a prueba¹³, pues en este caso el ejercicio de la acción penal puede suspenderse hasta antes de la audiencia de juzgamiento y hasta por tres años, bajo la condición de que se proponga y se cumpla con un plan de reparación integral (art. 325 CPP). Dicho plan debe ser producto de una concertación y trabajo conjunto entre la Fiscalía, la víctima y el acusado, generando con ello una oportunidad para la JR, pues el acusado se hace consciente de las consecuencias de sus actos (responsabilización), la víctima participa en la concreción del plan de reparación y la Fiscalía y el juez pueden imponer múltiples medidas (algunas comprendidas en la lista no taxativa del artículo 326 del CPP).

13 Contemplado en el numeral 7° del artículo 324 del CPP.

Sin embargo, tras diez años de su implementación, la realidad denota que la aplicación del PO no ha sido preferente. Las siguientes son las cifras oficiales de la Fiscalía General de la Nación (FGN, 2017):

Entre 2007 y 2017, solo en el 1 % de las investigaciones se aplicó el PO, lo cual corresponde a 1335 casos de 242 300, y la modalidad más aplicada fue la de renuncia de la acción penal.

Entre 2016 y 2017 ha habido un crecimiento del 200 % en la aplicación del PO.

Las cinco ciudades donde más se ha aplicado el PO son Bogotá, Cundinamarca, Nariño, Antioquia y Caquetá. Allí se concentra el 78 % de las aplicaciones del PO, tal como se evidencia en la tabla 1.

Los delitos en los que más se ha aplicado el PO han sido hurto (art. 239 CP14), tráfico, fabricación y porte de estupefacientes (art. 376 CP), rebelión (art. 467 CP) y hurto calificado (art. 240 CP), tal como se evidencia en la tabla 2.

14 Código Penal Colombiano (CP), Ley 599 de 2000.

Tabla 1. El PO en el SRPA por ciudades, 2007-2017

DEPARTAMENTO	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	TOTAL
Bogotá	56	82	155	103	68	32	82	43	45	36	19	721
Cundinamarca	0	0	12	16	20	10	19	47	33	9	3	169
Nariño	0	0	0	0	0	0	1	0	2	20	54	77
Antioquía	0	0	0	1	0	6	7	0	1	3	20	38
Caquetá	0	0	0	7	1909	2	0	0	4	3	2	37
Santander	0	0	12	11	8	1	0	2	1	0	0	36
Cali	0	0	1	5	2	2	7	6	2	1	0	32
Chocó	0	0	0	1	11	3	2	13	4	0	0	25
Tolima	0	0	0	3	1	4	5	1	0	1	14	25
Magdalena Medio	0	0	0	0	0	1	4	1	1	2	5	24
Bolívar	0	0	0	1	9	1	1	2	6	6	1	22
Huila	0	0	0	0	2	3	4	1	2	1	1	21
Risaralda	0	2	4	1	1	1	2	1	0	2	2	16
Boyacá	0	0	3	4	0	0	0	0	1	3	1	14
Guaviare	0	0	0	0	0	0	0	0	2	8	0	11
Norte de Santander	0	0	10	0	0	0	0	0	1	0	2	11
Cauca	0	0	0	2	3	0	0	0	5	1	1	10
Guainía-Vaupés	0	0	0	0	0	0	0	2	3	3	0	10
Arauca	0	0	0	0	0	0	1	0	3	3	3	9
Caldas	0	1	3	1	0	0	0	0	0	0	0	8
Meta	0	0	0	5	0	0	0	2	0	0	1	5
Quindío	0	0	0	0	0	0	0	1	0	1	0	4
Medellín	0	0	0	2	0	0	1	1	0	0	0	4
Vichada	0	0	0	1	0	0	0	0	1	0	0	3
Casanare	0	0	0	0	0	0	0	0	1	0	0	1
Cesar	0	0	0	0	0	0	1	0	0	0	0	1
Magdalena	0	0	0	0	1	0	0	0	0	0	0	1
TOTAL	56	85	200	164	154	66	137	123	118	103	129	1,335

Fuente: Fiscalía General de la Nación (2017).

Tabla 2. El PO en el SRPA por delitos, 2007-2017

DELITO	TOTAL
Hurto (art. 239, CP)	286
Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (art. 376, CP)	198
Rebelión (art. 467, CP)	148
Hurto calificado (art. 240, CP)	145
Lesiones (art. 11, CP)	104
Violencia intrafamiliar (art. 229, CP)	63
Falsedad material en documento público (art. 287, CP)	53
Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones (art. 365, CP)	50
Acceso carnal abusivo con menor de catorce años (art. 208, CP)	41
Actos sexuales con menor de catorce años (art. 209, CP)	30
Falsedad personal (art. 296, CP)	30
Violación a los derechos patrimoniales de autor y derechos conexos (art. 271, CP)	29
Violencia contra servidor público (art. 429, CP)	24
Extorsión (art. 244, CP)	12
Obstrucción a vías públicas que afectan el orden público (art. 353A, CP)	9
Aborto (art. 122, CP)	7
Lesiones culposas (inc. 1°, art. 120, CP)	7
Homicidio (art. 103, CP)	7
Uso de documento falso (art. 291, CP)	7

Fuente: Fiscalía General de la Nación (2017).

Las anteriores cifras evidencian la baja aplicación del PO en el SRPA y ponen en entredicho su condición de “principio rector de aplicación preferente”. De allí que resulte menester preguntarnos: ¿Por qué la aplicación del PO en el SRPA ha sido tan reducida?

Las principales razones que han conllevado a la baja aplicación del PO en el SRPA se dividen en dos: los problemas que surgen de la no regulación autónoma del PO en

el SRPA y los problemas que surgen en el procedimiento para su aplicación.

LA REGULACIÓN NO AUTÓNOMA DEL PO EN EL SRPA

Como se señaló anteriormente, el CIA no regula nada del PO, sino que se remite a lo establecido en el Título V (arts. 321-330) de la Ley 906 de 2004 (CPP). Esta situación es altamente problemática, pues el paradigma a

partir del cual se concibió el PO en el Sistema Penal para Adultos (SPA) es completamente distinto al paradigma del SRPA.

En el SPA, el PO es una excepción al principio de legalidad y, en consecuencia, la Fiscalía tiene la potestad discrecional de avalar o no su aplicación. Por el contrario, en el SRPA, el PO es el principio rector, y por tanto su aplicación es preferente. Por lo tanto,

[...] puede asimilarse a un derecho que tiene el adolescente para terminar de manera pedagógica y restaurativa el proceso, sin desconocer o abstenerse de garantizar los derechos que le asisten a las víctimas. (Ministerio de Justicia y del Derecho, 2018, p. 69)

En la academia, autores como Acuña han propuesto una comprensión, interpretación y aplicación autónoma del principio de oportunidad en el SRPA, como un imperativo del sistema y “un medio para el reconocimiento de los derechos de la víctima, de la verdad, la justicia, la reparación y especialmente, el reconocimiento a las garantías de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en cualquier procedimiento aplicable” (2010).

Sin embargo, en la práctica, los fiscales aplican el PO siguiendo lo establecido por el CPP, sin hacer una interpretación autónoma en el sistema. Ello ha generado una situación problemática cuando se trata: primero, de delitos expresamente prohibidos; segundo, de los adolescentes desvinculados del conflicto armado que han cometido delitos contra el derecho internacional humanitario (DIH).

IMPROCEDENCIA DEL PO EN ALGUNOS DELITOS

El artículo 199 del CIA señala que no procede el PO “cuando se trate de los delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro, cometidos contra niños, niñas y adolescentes”. A su vez, los párrafos del artículo 324 del CPP, señalados anteriormente, establecen los límites a la aplicación del PO.

Según una aplicación irrestricta, el PO no procedería en ninguno de esos casos en el SRPA, ni siquiera cuando un adolescente es judicializado por sostener relaciones sexuales consentidas en medio de una relación sentimental con una menor de 14 años¹⁵, quien además queda en embarazo.

Afortunadamente, la discusión se ha reabierto con la Sentencia T-142 del 29 de marzo de 2019, en donde la Corte Constitucional recordó que el interés superior del menor de edad es un imperativo producto de los mandatos constitucionales y de las obligaciones internacionales del Estado (Convención Internacional de los Derechos del Niño, art. 3°), consagrado en los principios rectores del SRPA. Este principio implica en la práctica que cualquier decisión a tomar que trate sobre los niños, niñas y adolescentes debe basarse en un estudio ponderado, extenso y completo de los supuestos fácticos y jurídicos, para con ello reinterpretar o inaplicar las normas que puedan afectarles.

Así entonces, para la Corte es claro que la prohibición establecida de aplicación del principio de oportunidad no puede apli-

¹⁵ Hechos que configuran el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años (art. 208 CP).

carse sin distingo a los adolescentes. Por tanto, dicha tensión normativa entre

“[...] la prohibición de otorgar beneficios cuando se cometan delitos sexuales contra niños, niñas y adolescentes y el principio rector de aplicar preferentemente el principio de oportunidad cuando el agresor sea un menor de edad, debe resolverse en concreto, a partir del postulado según el cual, respecto de menores de edad, la privación de la libertad es una medida excepcional” (Corte Constitucional, Sent. T-142, 2019).

Dicho análisis en concreto, según la Corte, debe determinar tanto la justificación de la procedencia del principio de oportunidad, incluida la reparación integral de los derechos de las víctimas, así como los efectos que generaría la sanción penal para el adolescente agresor.

Ante lo reciente de la decisión, queda por establecer en qué medida los fiscales han acogido en la práctica lo señalado por la Corte para la aplicación del PO en el SRPA, y si ello ha contribuido a que su aplicación sea preferente.

PROBLEMAS EN LA APLICACIÓN DEL PO EN EL SRPA

DUDAS Y DESCONOCIMIENTO SOBRE EL PROCEDIMIENTO A SEGUIR POR PARTE DE LOS FISCALES

En el encuentro de coordinadores del SRPA del 2017, los fiscales manifestaron que existían dudas y desconocimiento para la aplica-

ción del PO en términos procesales, sobre todo en torno al papel del defensor de familia, pues aunque las etapas procesales son las mismas en el Sistema para Adultos y el SRPA, los intervinientes no lo son (FGN, 2017).

Al respecto, el artículo 146 del CIA señala que “en todas las actuaciones del proceso y en las etapas de indagación, investigación y del juicio, el adolescente deberá estar acompañado por el Defensor de Familia, quien verificará la garantía de los derechos del adolescente”. Sin embargo, nada se dice en torno a sus potestades concretas en la aplicación del PO. Por su parte, el Lineamiento Modelo de Atención para Adolescentes y Jóvenes en Conflicto con la Ley - SRPA¹⁶, en lo que respecta a la labor del defensor de familia para la aplicación del PO, dispone:

El Defensor de Familia asiste a todas las sesiones previas a la solicitud de aplicación del principio de oportunidad, convocadas por la Fiscalía, así como a las audiencias citadas por el Juez con función de Control de Garantías para controlar legalidad de la procedencia y aplicación del principio de oportunidad.

En el evento en que el Juez con función de Control de Garantías avale la suspensión del procedimiento a prueba, velará por que se brinden al adolescente las condiciones necesarias para el

¹⁶ Aprobado por la Resolución 1522 del 23 de febrero de 2016, modificado por las resoluciones 5668 de 15 de junio de 2016 y 328 de 26 de enero de 2017.

cumplimiento de las obligaciones contenidas en el artículo 326 de la Ley 906 de 2004.

En consecuencia, y haciendo una interpretación integral de las disposiciones, el defensor de familia puede intervenir en la aplicación del PO siempre que se pretenda la garantía de los derechos de los adolescentes, sea para solicitar, denegar o modificar la aplicación del PO (no solo para controlar su legalidad), incluso para interponer recursos.

Esta interpretación no ha sido acogida por el ICBF, que en sus conceptos¹⁷ ha señalado reiterativamente que, tal como lo establece el CPP, el defensor de familia no es parte dentro del proceso penal y, en consecuencia, solo está facultado para manifestar su opinión sobre la viabilidad o no del PO.

FALTA DE MECANISMOS PARA HACER SEGUIMIENTO AL PLAN DE REPARACIÓN INTEGRAL

Cuando se ha aprobado la aplicación del PO en su modalidad de suspensión a prueba, el artículo 326 del CPP señala que el acusado deberá someterse a la vigilancia del fiscal y, en caso de incumplimiento de las condiciones, se reanuda el ejercicio de la acción penal. A partir de una interpretación amplia de dicho artículo, se tiene que le corresponde al fiscal realizar el seguimiento al cumplimiento, no solo de las condiciones impuestas, sino también del Plan de Reparación Integral.

¹⁷ Ver ICBF, Concepto 114 de 2017; Concepto 126 de 2014; Concepto 67 de 2015; Concepto 140 de 2013.

Sin embargo, ello resulta ser una carga muy pesada, por un lado, porque se trata de un funcionario que tiene cientos de procesos en su despacho y no cuenta con el tiempo necesario para hacer el seguimiento debido y, por el otro, porque no cuenta con las herramientas administrativas para ello, pues sus funciones se limitan a la investigación de la comisión de conductas punibles.

En la práctica esta situación desestimula la aplicación del PO en su modalidad de suspensión, pues un fiscal prefiere continuar con el juicio a tener que hacerse responsable del cumplimiento de un Plan de Reparación –que puede llegar a incluir medidas de reparación simbólica–, así como también la imposición de medidas restaurativas comunitarias o de asistencia a programas sociales durante el periodo de prueba, pues ello implica un trabajo mayor para el funcionario.

Sumado a lo anterior, el papel del juez en este proceso (del juez de control de garantías), según el CPP, se restringe a i) avalar el PO en su modalidad de suspensión a prueba, ii) avalar el PO en su modalidad de renuncia una vez superado el periodo de prueba o iii) suspender el PO cuando no se cumple con las condiciones o el plan de reparación. No se contempla ningún tipo de audiencia que permita evaluar el cumplimiento progresivo del Plan de Reparación Integral, en otras palabras, que le permita al juez estar al pendiente del proceso¹⁸, empoderar al adolescente en la

¹⁸ En el seguimiento del proceso por parte del juez mediante audiencias, aunque no exclusivamente, es de suma importancia “conocer la situación del adolescente, mantener

continuación del proceso y motivar al fiscal a realizar dicho seguimiento.

Intentando solucionar esta situación, el “Documento guía para la implementación del programa de seguimiento judicial al tratamiento de drogas en el SRPA para los territorios” propone que, cuando se aplique el PO en modalidad de suspensión a prueba, se realicen audiencias de seguimiento por parte del juez, con el fin de “incrementar la motivación del adolescente y verificar su comportamiento y sus avances en el tratamiento” (ODC, s. f., p. 26). El fundamento jurídico es el artículo 154 del CPP, que señala las audiencias que pueden ser atendidas por el juez de control de garantías. El numeral 9° del citado artículo hace referencia a:

“Las que resuelvan asuntos similares a los anteriores”, lo que lleva al numeral 7 que se refiere a “el control de legalidad sobre la aplicación del Principio de Oportunidad” a través de la cual se justifica el actuar del Juez de Control de Garantías en el Programa. (ODC, s. f., p. 28)

La anterior solución propuesta puede convertirse en un poderoso mecanismo para que, a

un diálogo directo con él y su familia, conocer las particularidades de cada caso, contar con un escenario diferenciado para reforzar los comportamientos positivos y construir estrategias adecuadas a las necesidades de los adolescentes, en aquellos casos en que se evidencie falta de compromiso o baja adherencia. Las audiencias se constituyen en un escenario diferenciado y pedagógico, que permiten una toma de decisiones adecuada y pertinente con las necesidades y características del adolescente” (ODC, s. f., p. 27).

partir de un trabajo conjunto de los actores del SRPA, se pueda hacer seguimiento al cumplimiento del Plan de Reparación.

FALTA DE COOPERACIÓN ENTRE LOS ACTORES DEL SRPA EN LOS TERRITORIOS

Uno de los grandes problemas del SRPA ha sido que en la práctica no hay una real articulación entre los actores, sino que cada quien se limita a realizar las funciones que le son asignadas. Para el caso del PO, la no articulación se traduce en la falta de trabajo conjunto entre la Fiscalía y las entidades territoriales locales para crear e impulsar programas que puedan ser propuestos e incluidos en los planes de reparación integral.

Si se piensa en un trabajo articulado, la Fiscalía y el ICBF podrían trabajar de la mano con las alcaldías locales para que, a partir de la realidad de los adolescentes, los delitos más cometidos y sus modalidades, se generen programas de inclusión social, educativa, productiva y cultural, para que los adolescentes puedan participar en ellos en el marco del cumplimiento del Plan de Reparación Integral y las condiciones en el periodo de suspensión a prueba.

En un primer intento por superar esta situación, la Alcaldía de Bogotá implementó en el 2016 el Programa de Justicia Juvenil Restaurativa¹⁹, que establece rutas definidas para la justicia restaurativa en el marco de la aplicación del PO en su modalidad de suspensión a prueba, en donde la Alcaldía trabaja de la mano con los otros actores del SRPA. Gracias a ello, las

¹⁹ Disponible en <http://bit.ly/2ozh1HM>

cifras de aplicación del PO en Bogotá han aumentado en el 2017 y 2018 (119 casos).

Tomando como base la anterior experiencia, el Ministerio de Justicia y del Derecho expidió en julio del 2018 la *Guía metodológica para la implementación del Programa de Justicia Juvenil Restaurativa*²⁰. Sin embargo, su ámbito de aplicación se reduce a Cali, Bogotá y Medellín y, en consecuencia, el resto de las ciudades del país quedan al margen.

Aún no se tienen cifras que permitan evaluar la eficacia de dicho programa en la aplicación del PO. No obstante, la existencia de un lineamiento general que incluye la articulación del SRPA con los entes territoriales puede ser importante para un mejor funcionamiento. Uno de los retos a futuro es extenderlo al resto del país.

CONCLUSIÓN

La realidad denota que el principio de oportunidad no ha sido aplicado de manera preferente en el SRPA. Las razones son múltiples, y por ello mismo requieren de un verdadero trabajo articulado entre los actores del sistema para garantizar la comprensión del principio, así como su efectiva aplicación y seguimiento.

²⁰ Disponible en <http://bit.ly/2N015ru>

REFERENCIAS

- Acuña, J. F. (2010). *El principio de oportunidad en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes. Módulo del Programa de Formación Especializada en el Área Penal*. Bogotá: Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, Consejo Superior de la judicatura.
- Acuña, J. F. (2012). *Tópica Jurídica. En el caso de judicialización de adolescentes desvinculados del conflicto armado*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Asamblea Nacional Constituyente (1991). *Constitución Política de Colombia de 1991*.
- Bedoya, L. F.; Guzmán, C. A. y Vanegas, C. P. (2010). *Principio de oportunidad. Bases conceptuales para su aplicación*. Bogotá: Fiscalía General de la Nación.
- Congreso de Colombia (1 de septiembre de 2004). *Código de Procedimiento Penal. [Ley 906 de 2004]*. DO: 45.658.
- Congreso de Colombia (24 de julio de 2000). *Código Penal. [Ley 599 de 2000]*. DO: 44.097.
- Congreso de Colombia (8 de noviembre de 2006). *Código de la Infancia y la Adolescencia. [Ley 1098 de 2006]*. DO: 46.446.
- Congreso de Colombia (9 de julio de 2009). *Ley 1312 de 2009*. DO: 47.405.
- Corte Constitucional (29 de marzo del 2019). *Sentencia T-142 de 2019*. [MP Alejandro Linares Cantillo].
- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar [ICBF] (2012). *La justicia restaurativa en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes en Colombia. Observatorio del Bienestar de la Niñez, 5*. Recuperado de: <https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/publicacion-28.pdf>

Ministerio de Justicia y del Derecho (2018).

Guía metodológica para la implementación del Programa de Justicia Juvenil Restaurativa. Bogotá: Minjusticia - OMS. Recuperado de: https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/Publicaciones/Gu%C3%ADa_Metodologica_para_implementaci%C3%B3n_programa_de_JJR.pdf

Observatorio de Drogas de Colombia (s. f.).

Documento guía para la implementación del programa de seguimiento judicial al tratamiento de drogas en el SRPA para los territorios. Recuperado de: http://www.odc.gov.co/Portals/1/publicaciones/pdf/criminalidad/encarcelamiento/Documento_gu%C3%ADa_para_la_implementaci%C3%B3n_del_programa.pdf

Saffón, M. P y Uprimmy, R. (2005). Justicia

transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades. En: Rettberg, A. (Comp. y Ed.). *Entre el perdón y el perdón: preguntas y dilemas de la justicia transicional.* Bogotá: Uniandes.

LA CATEGORÍA DOGMÁTICA DE CULPABILIDAD EN EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES COLOMBIANO: ¿RESPONSABILIDAD SIN CULPABILIDAD?

LAURA ESTHER PÁEZ SOTO¹

¹ Abogada de la Universidad Nacional de Colombia, sede Bogotá; estudiante de la Maestría en Derecho, con profundización en Derecho Penal e investigadora del Observatorio del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes

La implementación del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes (SRPA) en Colombia se llevó a cabo entre los años 2006 y 2009, por lo que a la fecha se cumplen diez años de funcionamiento de la justicia penal juvenil. Es un lapso suficiente para valorar la ejecución de las normas y las políticas de este sistema, así como los efectos positivos y negativos de considerar a los adolescentes sujetos responsables penalmente, teniendo en cuenta que el carácter penal del tratamiento jurídico brindado ha sido fundamentado en la finalidad de proteger efectivamente los derechos de todos los adolescentes en conflicto con la ley penal.

En consonancia con la Convención Internacional de los Derechos del Niño de 1989 (CIDN), la creación del SRPA debe respetar y garantizar pilares como:

[El] principio de legalidad, de presunción de inocencia, [...] su protagonismo en el proceso donde se encuentre en posición de acusado, las garantías de sus derechos humanos, de su dignidad personal y de su reintegración social durante y después de la detención, que se toma como medida excepcional que debe ser absolutamente limitada. (Baratta, 2006, p. 21)

Sin embargo, la tensión constante entre el deber ser de la normatividad y las prácticas institucionales y sociales presentadas en el funcionamiento del SRPA en estos diez años pone de presente un punto crítico al llevar a cabo el juzgamiento de los adolescentes: la comprensión de la categoría dogmática de la culpabilidad como elemento de la conducta punible.

La comprensión de esta categoría, indispensable en el esquema del delito actual, es un punto crítico en el SRPA, porque ha sido creada y debatida con base en un sujeto responsable adulto, el cual se encuentra en una etapa de vida diferente a la del sujeto adolescente: son sujetos diferentes. La aplicación de un parámetro igual a personas en diferente situación no solo vulnera el derecho a la igualdad material o real, consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, pilar del Estado social de derecho, sino que también resulta contrario al carácter específico y diferenciado del Sistema, como veremos más adelante.

Para analizar la categoría dogmática de la culpabilidad en el SRPA y los retos que existen al respecto, en primer lugar, se hará

una caracterización del sujeto adolescente responsable: antes inimputable, ahora imputable. Luego, un análisis de la categoría dogmática de culpabilidad en los diversos esquemas del delito, frente a la comprensión que presuntamente tienen de esta los jueces, fiscales y defensores penales del SRPA y algunos autores interesados en el área de la justicia penal juvenil. A partir de esto, se describirán las problemáticas existentes respecto a la forma de entender la culpabilidad y el delito en el sistema penal juvenil colombiano. Se concluirá con los interrogantes y retos de mayor relevancia en cuanto a los efectos de la comprensión actual de la culpabilidad en el SRPA.

CARACTERIZACIÓN DEL ADOLESCENTE COMO SUJETO RESPONSABLE ANTE LA LEY PENAL: ANTES INIMPUTABLE, HOY IMPUTABLE

La adolescencia es entendida como una etapa de transición en la vida humana, el periodo de crecimiento y desarrollo entre el final de la niñez y antes de la adultez, entre los 10 y los 19 años (Organización Mundial de la Salud [OMS], s. f.). Sin embargo, dicha diferenciación entre infancia, adolescencia y adultez no es natural ni tan cierta, en tanto el concepto de infancia ha sido construido desde diferentes saberes y ha variado a lo largo de la historia (Tejeiro, 2005, pp. 90-99), siendo la infancia una categoría que surge a mediados del siglo XVII (García, 2017a, p. 91).

La inclusión de los adolescentes en el concepto de “niño” se encuentra en el artículo 1º de la CIDN, 1989, que reza: “se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad [...]”. Dicha vinculación bajo el criterio cuantitativo de la edad comprende que el tránsito de la niñez a la

etapa adulta es un proceso sin una ruptura fácilmente delimitable y universal (Acuña, 2012, p. 9); por lo tanto, se crea un marco normativo que cubre a toda la población en la etapa de crecimiento previa a la adultez.

De acuerdo con autores como García Méndez (2017a), con la promulgación de la CIDN se presentó el cambio del paradigma tutelar al paradigma de la protección integral. En el paradigma tutelar, apoyado en la doctrina de la situación irregular, las autoridades proporcionaban el mismo tratamiento a los niños y adolescentes desprovistos de protección, asimilando como iguales las situaciones de pobreza, abandono o la comisión de delitos, entre otras. Los adolescentes en conflicto con la ley penal no gozaban de los derechos y garantías procesales propias del proceso penal, así que el tratamiento dado en estos casos era ampliamente discrecional, culminando generalmente con el encerramiento del adolescente para “protegerlo” (Delgado, 2008, pp. 32-37).

Esta visión del “menor” como objeto de compasión-represión, o protección-represión, ha tenido como base la declaración previa y presunta de algún tipo de incapacidad en los menores de 18 años (García, 2017a, p. 91). El auge de la teoría de la peligrosidad social incidió en este paradigma, ya que no bastaba su clasificación como inimputables frente al sistema penal para adultos –la posición de los teóricos clásicos del derecho penal–, pues el comportamiento delictivo de los niños y adolescentes dejó de ser un problema jurídico, para ser un problema de carácter médico o psicológico. Esto significaba que los adolescentes infractores no podían ser culpables bajo las reglas del derecho penal, porque no poseían capacidad de discernimiento ni libre

albedrío; se les consideraba determinados por causas biológicas, físicas o sociales (especialmente la pobreza). Dado que el adolescente delincuente era peligroso en sí mismo, para defender a la sociedad, los adolescentes con rasgos de peligrosidad debían ser sometidos a tratamiento corrector en la medida de la probabilidad de que volvieran a cometer delitos (Minjusticia, 2015, pp. 87-89).

Frente al panorama descrito, el paradigma de la protección integral de los derechos, construido con base en la CIDN, trajo consigo un cambio conceptual de suma relevancia: los niños y niñas son sujetos titulares de derechos, es decir, son sujetos que pueden ejercer y exigir sus derechos de manera activa –sin que sea necesario un representante legal– al Estado, la familia y la sociedad, pues ellos son corresponsables de su protección y su garantía².

De acuerdo con Galvis Ortiz (2009, pp. 602-610), es más preciso llamarle paradigma de los derechos, ya que el reconocimiento de la titularidad activa de los derechos no se limita al ámbito protector –que sería la protección integral–, sino que va más allá al declarar que los niños y niñas también son personas libres y autónomas que deben ser

² CIA, art. 10: “Para los efectos de este código, se entiende por corresponsabilidad, la concurrencia de actores y acciones conducentes a garantizar el ejercicio de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes. La familia, la sociedad y el Estado son corresponsables en su atención, cuidado y protección. La corresponsabilidad y la concurrencia aplican en la relación que se establece entre todos los sectores e instituciones del Estado. No obstante lo anterior, instituciones públicas o privadas obligadas a la prestación de servicios sociales, no podrán invocar el principio de la corresponsabilidad para negar la atención que demande la satisfacción de derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes”.

formadas para el ejercicio responsable de estos derechos, en la medida del desarrollo de sus facultades. La nueva concepción de los niños y los adolescentes se puede resumir así:

[C]on la sola limitación sustancial debida a las fases diferentes del desarrollo de su competencia expresiva y lingüística, [...] el niño es respetado como portador de una percepción autónoma de sus necesidades, percepción de su situación y de la situación alrededor de él; como portador de un pensamiento, una conciencia y una religión; como sujeto del cual dependen libremente la comunicación y la asociación con otros sujetos. (Baratta, 2006, p. 20)

Al ser sujetos con autonomía, la denominación de menores que tenían las anteriores legislaciones, por ejemplo, el Código del Menor (Decreto 2737 de 1989), deja de ser apta, puesto que definía a los niños de manera negativa “por lo que no tienen, no saben o no son capaces, y pasan a ser llamados de manera afirmativa como niños, niñas y adolescentes sujetos plenos de derecho” (Beloff, 2006, p. 182).

De manera expresa, la CIDN insta a los Estados a establecer una edad límite a partir de la cual los adolescentes tienen capacidad de ser culpables, es decir, de ser imputables. Ello sitúa como fundamento de la imputabilidad el elemento normativo del carácter de titulares activos de derechos y obligaciones (Chaparro, 2010, p. 38). La aplicación congruente o

adecuada de la normatividad internacional sobre justicia penal juvenil conlleva asumir como herramienta político criminal la inimputabilidad de los adolescentes frente al Sistema Penal para Adultos, ya que está prohibido someterlos a la justicia penal general o aplicar las penas previstas para los adultos, pero aceptando su imputabilidad como regla en el sistema penal juvenil, al ser sujetos titulares de derechos que deben ser respetados en la persecución penal (Beloff, 2002, p. 114).

En Colombia, la oportunidad para cumplir estos mandatos internacionales y constitucionales se presentó con la expedición del Código de la Infancia y la Adolescencia (CIA o Ley 1098 de 2006), por el cual se creó el SRPA, que investiga y juzga penalmente a sujetos desde los 14 hasta los 18 años.

El CIA se fundamenta en la titularidad activa de los derechos, pues los consagra y establece las condiciones para su ejercicio y restablecimiento en caso de que se vulneren (Galvis, 2006, pp. 169-171), desarrollando así los principios de interés superior del niño (CIA, art. 8º), prevalencia de sus derechos (art. 9º), corresponsabilidad (art. 10), exigibilidad de sus derechos (art. 11) y perspectiva de género (art. 12). En consecuencia, todas las normas del SRPA deben ser interpretadas de acuerdo a los postulados constitucionales, la CIDN, las Reglas de Beijing, las Directrices de Riad y las Reglas de Tokio (Corte Constitucional, Sent. C-684, 2009).

El carácter especial y diferenciado de este nuevo sistema penal juvenil se fundamenta en “la circunstancia de estar creciendo y de merecer protección especial. [...] estos sujetos precisamente, por esa circunstancia peculiar, cuentan con algunos derechos extra además de los que tienen

todas las personas” (Beloff, 2006, p. 182).

LA CATEGORÍA DOGMÁTICA DE CULPABILIDAD EN EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES

En nuestro país, la implementación de un Sistema Penal Juvenil conforme a los estándares internacionales supuso la búsqueda de estrategias para crear un sistema especializado, diferente y diferencial, en contraposición al de los adultos. En ello, el legislador consideró viable que el CIA remitiera al catálogo de delitos y al procedimiento penal establecido para los adultos (arts. 142, 144 y 187), con lo cual extendió la aplicación de las garantías penales del sistema acusatorio a los adolescentes, abriendo el debate sobre el cumplimiento del carácter diferenciado, específico y pedagógico del SRPA.

La remisión a los códigos del sistema penal general significa que el acusador, la defensa y el juez en el SRPA deben aplicar la teoría del delito vigente para la determinación de la responsabilidad del adolescente, en tanto debe demostrarse más allá de toda duda razonable que la conducta cometida por este es típica, antijurídica y culpable, siendo el elemento de la culpabilidad un punto crítico por la condición de desarrollo físico y psicológico en que se encuentra el adolescente en conflicto con la ley penal, a diferencia del sujeto adulto que, se asume, ha alcanzado la madurez.

La culpabilidad como elemento del delito guarda una relación directa con el principio general de culpabilidad, el cual, según Mir Puig (2006, pp. 123-126), se constituye por la personalidad de las penas,

la responsabilidad por el hecho, la existencia de dolo o culpa y la imputación personal o culpabilidad en sentido estricto. Esta última es la capacidad racional de ser culpable con fundamento en la existencia de unas condiciones psíquicas necesarias para comprender con normalidad la prohibición establecida, tratándose entonces de la imputabilidad.

Es una categoría que ha sido concebida de múltiples maneras, según el esquema del delito aplicado. Para el esquema clásico-causalista, la culpabilidad es el nexo psicológico entre el autor y el hecho (Vega, 2011, p. 58), cuyo presupuesto era la imputabilidad del sujeto; es decir, era la fase subjetiva del delito, mientras que el injusto constituía su fase objetiva.

En el esquema neoclásico, la culpabilidad ya no sería el ámbito exclusivo de lo subjetivo del delito, ya que la fase objetiva también presentaba elementos subjetivos y normativos (Roxin, 1997, p. 280). Además, al mero nexo psicológico se sumó el juicio de reproche como elemento valorativo que evaluaba la no exigibilidad de otra conducta, es decir, si el individuo pudo o no actuar de modo distinto (Frank, 1966).

La normativización total de la culpabilidad fue llevada a cabo por el esquema finalista del delito, al concebir en el tipo dos subtipos: el tipo objetivo y el tipo subjetivo. Para el finalismo, la acción es una parte del tipo, a la vez que es acción final porque la finalidad de la voluntad hace parte de esta. Por ende, como el dolo hace parte del acto de planear y dirigir determinada acción para llegar a un fin (o la culpa, al no dirigir los efectos concomitantes), y el fin hace parte de la acción, entonces el nexo psicológico, sea dolo o culpa, debe ser parte del tipo en calidad

de tipo subjetivo (Welzel, 1978). Según esto, la culpabilidad es netamente normativa, es la valoración del nexo entre el autor y la acción. Es un juicio de reproche conformado por la imputabilidad, la conciencia de antijuridicidad y la exigibilidad al sujeto de otra conducta (Agudelo, 1998, pp. 99-100).

En Colombia, el concepto finalista de culpabilidad es el que actualmente ejerce mayor influencia en el sistema jurídico-penal. En consecuencia, se comprende como un juicio de reproche compuesto por la imputabilidad del sujeto, el conocimiento potencial de la antijuridicidad y la exigibilidad de un comportamiento adecuado. Dicho de otro modo, el agente está en condiciones de adecuar su comportamiento conforme a derecho (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 49673). Debido a la remisión normativa al proceso penal para adultos en el CIA, la comprensión de la categoría dogmática de la culpabilidad desde el esquema finalista es la que deberían aplicar los jueces penales de adolescentes en el proceso, así como los fiscales y los defensores.

El concepto finalista de la culpabilidad ha sido defendido como una forma de limitar el poder punitivo en los sistemas penales juveniles, más aún ante las propuestas del funcionalismo radical, abanderado por Günther Jakobs, para quien la visión de la culpabilidad como un juicio de reproche es obsoleta, no se considera necesaria una fase valorativa independiente del injusto y la culpabilidad está determinada por el fin de la pena, que es la estabilización de la confianza en la norma cuando haya habido defraudación por parte de quien realizó un “comportamiento comunicativamente relevante” (Guzmán, 2012, p. 97).

Bajo ese esquema, el adolescente sería

culpable por haber defraudado la expectativa normativa institucionalizada resumida como “los adolescentes no deben delinquir” y debe ser declarado responsable para ratificar la vigencia de la expectativa, sin interés alguno en iniciar un proceso de aprendizaje. (Guzmán, 2012, p. 98) Por ende, la visión normativista funcional de la culpabilidad resulta poco compatible con el fin pedagógico del SRPA.

Por el contrario, en el juicio de reproche se valora si el adolescente pudo o no actuar conforme a derecho, y en esa medida se le impone una sanción penal que incluya un proceso de aprendizaje, “constituyéndose la culpabilidad en el límite de cantidad de aflicción que mejore en el adolescente las expectativas cognitivas y de respeto para los bienes y/o valores jurídicos ajenos” (Guzmán, 2012, p. 98).

Con todo, la conceptualización de las categorías de imputabilidad, culpabilidad y responsabilidad a partir del finalismo ha adoptado aportes del funcionalismo moderado, como la necesidad de la pena (Luzón, 1993). Por ello, tanto en el sistema penal general como en el sistema penal juvenil, han de ser imputables aquellas personas, en cuyo ordenamiento jurídico se consideran capaces de culpabilidad: culpables aquellos que, “[...] siendo capaces de culpabilidad, les era exigible una conducta distinta a la realizada, y responsables penalmente aquellas personas imputables y culpables frente a quienes existe necesidad de reaccionar con una consecuencia jurídica penal” (Barquet, Cillero y Vernazza, 2014, p. 12).

En el caso de los adolescentes como sujetos responsables, en principio, la imputabilidad se entiende igual que en el sistema penal general. Es “la capacidad de compren-

sión del injusto y de determinarse de acuerdo con esa comprensión” (Guzmán, 2012, p. 98). Sin embargo, esto varía de acuerdo con la teoría de la función motivadora de la norma penal, para la cual la norma penal busca modelar o controlar la conducta de las personas, incidiendo en un sujeto que tenga desarrolladas unas mínimas capacidades: la capacidad de actuar motivado por la norma, es decir, que sea imputable. La existencia de esa capacidad requiere “un mínimo desarrollo (expresado cualitativamente en la idea de madurez y objetivamente en la edad de la persona) y una normalidad del sujeto (no deben existir alteraciones psíquicas que impidan una motivación normal)” (Barquet, Cillero y Vernazza, 2014, p. 12). Dado que los adolescentes no han alcanzado el nivel total de madurez –no se han definido plenamente sus rasgos psicológicos ni su personalidad–, asimismo no tienen total capacidad de actuar motivados por la norma. Es válido, entonces, afirmar que tienen imputabilidad disminuida (Barquet, Cillero y Vernazza, 2014, pp. 12-13).

Asumir que los adolescentes tienen imputabilidad disminuida es necesario, porque ello significa que tienen menor culpabilidad en relación con los adultos. Lo anterior justifica la existencia de un sistema penal juvenil especial, con sanciones diferentes, menos gravosas, de menor duración y con menor intensidad en la afectación de derechos (Barquet, Cillero y Vernazza, 2014, p. 15).

Respecto a la conciencia de antijuridicidad, es suficiente que sea conciencia potencial, pues “basta que la persona haya tenido la oportunidad, en términos razonables, de actualizar el conocimiento de lo injusto de su conducta” (inc. 2º, núm. 11, art. 32 CP). En el caso de los adolescentes, se puede debatir

qué se entiende por “términos razonables”, para actualizar el conocimiento, teniendo en cuenta las posibilidades de obtener cierto conocimiento jurídico en la adolescencia y el círculo social que le rodea.

La exigibilidad de otra conducta conforme a derecho requiere la adecuación del comportamiento para que sea acorde a lo permitido por las normas, que el adolescente actúe respetando los valores y derechos establecidos en el Estado social de derecho. Aunque se deben aplicar las causales de inexigibilidad tradicionales para minimizar el juicio de reproche (aspecto negativo de la culpabilidad), en consonancia con el carácter diferenciado, específico y pedagógico del SRPA, los jueces penales de adolescentes no deberían estar limitados a la aplicación de las causales expresas en el artículo 32 del Código Penal, sino que deben tener la facultad de valorar las circunstancias subjetivas del adolescente acusado que permitan minimizar el reproche.

Por ejemplo, la inexistencia de exigibilidad de otra conducta cuando son coaccionados para engrosar las filas de grupos armados, o para participar de otras maneras en el conflicto armado, puesto que no se trata de un acto de voluntad, sus conductas son el resultado de las “condiciones deficientes de sociabilidad” en su entorno, en especial por la “precariedad de circunstancias materiales de vida” (Acuña, 2012, pp. 38-39). Cabe pensar en la posibilidad de extender esta causal de inexigibilidad a los casos de pertenencia a grupos o bandas criminales, por lo menos como un fundamento para establecer la existencia de contextos que minimizan el reproche penal.

Necesariamente, la exigibilidad es un elemento que interconecta al adolescente

y al Estado en torno a la exigencia que este puede hacerle. En esa medida, el Estado está en la obligación de garantizarle las condiciones mínimas de subsistencia, lo cual es “un presupuesto necesario para la exigibilidad de un comportamiento adecuado, [ya que] se parte del supuesto según el cual el Estado –sujeto exigente– debe otorgar al adolescente –sujeto exigido– unas condiciones mínimas para desarrollarse como persona” (Guzmán, 2012, p. 101). No debe confundirse esto con la cuestionada criminalización de la pobreza: no se busca definir la escasez como causa directa de una mayor probabilidad de delinquir, sino tener en cuenta situaciones que no hacen posible que el adolescente actúe conforme a normas que se alejan de su realidad.

PROBLEMÁTICAS EN LA COMPRESIÓN DE LA CULPABILIDAD Y DEL DELITO EN EL SRPA: ¿RESPONSABILIDAD SIN CULPABILIDAD?

Ante los cuestionamientos contra la procedencia de la categoría dogmática de la culpabilidad en caso de conductas delictivas cometidas por adolescentes, o por la comprensión de la culpabilidad como juicio de reproche frente a sujetos que, aunque tienen la titularidad activa de sus derechos, se encuentran en situación de especial protección por estar aún en etapa de crecimiento, algunos autores han decantado la discusión afirmando que sí son sujetos imputables, pero de manera disminuida y con menor culpabilidad. Sin embargo, ¿los jueces, fiscales, defensores y demás operadores del SRPA conciben de esa manera la culpabilidad en el caso de los adolescentes?

La abstracción o poco desarrollo de los conceptos de imputabilidad disminuida o dife-

renciada y de la menor culpabilidad en el sistema jurídico colombiano puede generar una especie de vacío al momento de llevar a cabo el juicio de reproche de la conducta del adolescente, lo cual puede culminar, en el peor de los casos, en la determinación de la responsabilidad penal del adolescente sin probar que la conducta fue culpable, por lo que el espacio que debe ocupar la imputación personal de la conducta sería “ocupado” por la nada.

Ese efecto no sería sorpresivo, ya que es un resultado acorde con el paradigma de la ambigüedad, caracterizado por una interpretación burocrática, formal y superficial del sistema que pretende entender la CIDN y la protección integral de los derechos como parte de un proceso “natural” que permite la integración “pacífica” de dos paradigmas antagónicos: el paradigma tutelar (de corte determinista) y el paradigma de los derechos (basado en la libertad) (García, 2009, p. 100).

A través de un sistema que protege y restablece derechos, se estaría prolongando la visión tutelar y represiva al no aplicar el elemento de culpabilidad como límite de la sanción aflictiva, aun cuando en el parágrafo del artículo 140 del CIA se prohíbe que “[...] la protección integral pued[a] servir de excusa para violar los derechos y garantías de los niños, las niñas y los adolescentes”.

Se trataría, entonces, de la continuación de la vigencia de los dos límites históricos en el proceso de desarrollo de los derechos de la niñez y la adolescencia, como son la consideración del niño como objeto de protección y la “[...] superposición del concepto de menor infractor al de menor en situación irregular, consecuencia de la todavía persistente teoría positivista de la peligrosidad social” (Baratta, 2006, p. 20). Esta “superposición” conlleva

seguir observando a los adolescentes en conflicto con la ley penal como menores determinados a ser criminales por causas físicas, psicológicas y sociales, lo cual trae resultados nefastos que imposibilitan el funcionamiento del SRPA.

La manera de hacer efectiva la protección especial de los adolescentes en conflicto con la ley penal es la comprensión e interiorización por parte de los operadores del SRPA, de las familias y de la sociedad en general de los postulados más relevantes del paradigma de la protección integral o paradigma de los derechos: los niños, niñas y adolescentes tienen iguales derechos que los adultos, más algunos extras y con protección especial. Mientras no haya otro concepto –más garantista– de culpabilidad, el o la adolescente ha de ser visto como una persona con capacidad de responder por sus actos de acuerdo con su madurez y tras una valoración real de las posibilidades que tuvo de actuar de manera diversa, aun si se encuentra en situación de vulnerabilidad. Precisamente:

[E]l Estado de Derecho no puede entrar en la polémica libre albedrío/determinismo. Cuando lo hizo, perdió su carácter de Estado de Derecho. [...] en principio, el Estado de Derecho debe asumir que todas las personas, por ser tales, están dotadas de la capacidad para comprender y querer y, frente a ellas, imponerse límites precisos expresados por los derechos y garantías fundamentales. (Beloff, 2002, p. 114)

La culpabilidad como elemento de la conducta punible es una herramienta que busca limitar la discrecionalidad estatal en la imposición de la sanción. La reducción de la discrecionalidad estatal para definir qué era la “disfunción” social e individual y quién la padecía, así como para elegir el sentido y las características de las medidas jurídicas, terapéuticas o sociales para los “menores”, es un avance hacia la “objetivación” de las relaciones de la infancia con los adultos y con el Estado. Esa evolución se refleja en “el paso de considerar a los adolescentes en conflicto con la ley penal, de una vaga categoría sociológica que comete hechos antisociales [...], a una precisa categoría jurídica que comete infracciones penales, típicas, antijurídicas y culpables [...]” (García, 2006, p. 34).

Siempre teniendo presente que el derecho penal debe actuar como *ultima ratio*, la sanción es lo excepcional en el SRPA y la libertad es la regla.

CONCLUSIONES Y RETOS RESPECTO A LA CULPABILIDAD EN EL SRPA

Aunque se ha defendido previamente la comprensión de la culpabilidad como juicio de reproche, y esta como un límite a la discrecionalidad estatal, el debate no termina allí.

Los argumentos garantistas a favor del sistema penal juvenil pueden ser usados de manera indiscriminada para apoyar la reducción de la edad de imputabilidad penal, supuestamente para extender las garantías, haciendo que un discurso aparentemente progresista conlleve al mismo resultado del discurso tutelar: controlar a través de la represión estatal, ahora legitimada por el sistema penal, a la mayor cantidad de niños y adolescentes que cometan delitos,

a la vez que brinda una “solución” rápida, inmediata e ilusoria al malestar social por la violencia criminal con adolescentes involucrados (FCJS - UNL, 2019).

Por esto, es necesario reafirmar que la preocupación por darle sentido a la culpabilidad no es una manera de legitimar el poder punitivo sobre los adolescentes, sino de limitarlo a los casos donde no haya manera alguna de culminar el proceso penal antes de llegar al juicio. Con ese mismo fin limitativo, el artículo 147 del CIA consagra el principio rector del carácter preferencial del principio de oportunidad, imponiendo la obligación a las autoridades de aplicar esta herramienta político criminal para terminar de manera anticipada el proceso, toda vez que sea procedente, no de manera discrecional (Acuña, 2010, pp. 72-74).

Si bien en el ámbito propio de la justicia juvenil penal no se encuentra un amplio desarrollo de las categorías dogmáticas tradicionales o nuevas por aplicar, debe crecer el interés por la búsqueda y propuesta de nuevos elementos que permitan comprender la culpabilidad más allá de un juicio de reproche. La meta es encontrar un modo de entender el delito y sus elementos, que permita engrosar los límites ante un poder punitivo selectivo que encuentra en los y las adolescentes una presa fácil por su estado de vulnerabilidad. Se entiende por estado de vulnerabilidad las circunstancias y el estatus social que hacen más probable que algunos sujetos sean procesados penalmente, usualmente por ser parte de grupos poblacionales históricamente oprimidos o estereotipados (Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2011).

La historia del control socio-penal de la infancia inició con la informalidad de los

mecanismos formales de control, es decir, las prácticas sin mayor formalidad jurídica de las autoridades en el paradigma tutelar (García, 2017b, pp. 68-71), y continuará con el control social formal ejercido por el derecho penal (Hassemer, 2003, pp. 39-40). Por esto, se deben hallar maneras de limitar al máximo posible los efectos negativos ampliamente conocidos de la sanción, incluso en el SRPA, y así realmente se estará protegiendo a los y las adolescentes.

REFERENCIAS

- Acuña, J. F. (2010). *El principio de oportunidad en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes*. Bogotá: Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, Consejo Superior de la Judicatura.
- Acuña, J. F. (2012). *Tópica Jurídica: en el caso de la judicialización de adolescentes desvinculados del conflicto armado: ¿Inoperancia del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes?* Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Agudelo, N. (1998). *Curso de derecho penal: esquemas del delito*. Bogotá: Nuevo Foro.
- Baratta, A. (2006). Democracia y derechos del niño. En *Justicia y Derechos del Niño 9* (pp. 17-25). Santiago de Chile: Unicef.
- Barquet, P.; Cillero, M. y Vernazza, L. (2014). *Aportes para la cobertura periodística sobre la rebaja de la edad de imputabilidad*. Montevideo: Unicef.
- Beloff, M. (2002). Los adolescentes y el sistema penal. Elementos para una discusión necesaria en la Argentina actual. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 6(1), 97-

122. Recuperado de: https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n6N1-October2005/061Juridica05.pdf

- Beloff, M. (2006). Los nuevos sistemas de justicia juvenil en América Latina (1989-2006). En *Justicia y Derechos del Niño 9* (pp. 177-218). Santiago de Chile: Unicef.
- Chaparro, V. M. (2010). *Justicia Restaurativa en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura.
- Corte Constitucional (30 de septiembre de 2009). Sentencia C-684 de 2009. [MP Humberto Antonio Sierra Porto].
- Corte Suprema de Justicia, Sala Penal (8 de agosto de 2018). *Sentencia SP3202-2018. Rad. 49673*. [MP Fernando Alberto Castro Caballero].
- Delgado, L. F. (2008). *Fundamentos del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes*. Bogotá: Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”.
- FCJS - UNL. (25 de julio de 2019). ¿Baja la edad de imputabilidad penal? Mary **Beloff** [archivo de video]. Recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=yeWPg1sYhok>
- Frank, R. (1966). *La estructura del concepto de culpabilidad*. Montevideo - Buenos Aires: B de F.
- Galvis, L. (2006). *Las niñas, niños y adolescentes - Titulares activos de derechos*. Bogotá: Aurora.
- Galvis, L. (2009). La Convención de los Derechos del Niño veinte años después. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 7(2), 587-619. Recuperado de: [\[umz/20131107062532/art.Ligia-Galvis.pdf\]\(https://www.unicef.org/colombia/media/1170062532/art.Ligia-Galvis.pdf\)](http://biblioteca.clacso.edu.ar/Colombia/alianza-cinde-</p>
</div>
<div data-bbox=)

- García, E. (2006). Infancia, ley y democracia: una cuestión de justicia. En *Justicia y Derechos del Niño 9* (pp. 27-47). Santiago de Chile: Unicef.
- García, E. (2009). Los menores de edad en conflicto con la ley y el problema de los criterios de eficacia de la defensa jurídica: el nudo gordiano. *Isonomía*, 31, 97-104. Recuperado de: <https://www.redalyc.org/pdf/3636/363635637005.pdf>
- García, E. (2017a). La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño: del menor como objeto de la compasión-represión a la infancia-adolescencia como sujeto de derechos. En E. García, *Infancia* (pp. 91-104). Buenos Aires: Didot.
- García, E. (2017b). Para una historia del control socio-penal de la infancia: la informalidad de los mecanismos formales de control social. En E. García, *Infancia* (pp. 51-78). Buenos Aires: Didot.
- Graf zu Donha, A. (1958). *La estructura de la teoría del delito*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Guzmán, C. A. (2012). *Responsabilidad penal del adolescente. Hacia la construcción de un derecho penal doblemente mínimo*. Bogotá: Ibáñez.
- Hassemer, W. (2003). Contra el abolicionismo: acerca del porqué no se debería suprimir el derecho penal. *Revista Penal*, 11, 31-40. Recuperado de: <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/07/36hassemer.pdf>
- Luzón, D. (1993). La relación del merecimiento de pena y de necesidad de pena con la estructura del delito. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 46, 21-34.

- Ministerio de Justicia y del Derecho (2015). *Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, hacia la Protección Integral y la Justicia Restaurativa*. Bogotá: Minjusticia. Recuperado de <https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/sala%20de%20prensa/documentos/Sistema%20de%20Responsabilidad%20Penal%20para%20Adolescentes%20hacia%20la%20protecci%C3%B3n%20integral.pdf>
- Mir Puig, S. (2006). *Derecho penal. Parte general* (octava edición). Barcelona: Reppertor.
- Organización Mundial de la Salud [OMS] (s. f.). *Desarrollo en la adolescencia*. Recuperado de: https://www.who.int/maternal_child_adolescent/topics/adolescence/dev/es/
- Roxin, C. (1997). *Derecho penal. Parte general*. Madrid: Civitas.
- Tejeiro, C. (2005). *Teoría general de niñez y adolescencia* (segunda edición). Bogotá: Uniandes.
- Vega, P. D. (2011). Apuntes sobre la evolución histórica de la dogmática jurídico-penal. *Revista Perspectivas de las Ciencias Económicas y Jurídicas*, 1(1), 57-76. Recuperado de: <https://cerac.unlpam.edu.ar/index.php/perspectivas/article/view/2992/2911>
- Welzel, H. (1978). La doctrina de la acción finalista hoy. *Nuevo Foro Penal*, 1(1), 60-68.
- Zaffaroni, E.; Alagia, A. y Slokar, A. (2011). *Manual de derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Ediar.

EL DICTAMEN PSICOSOCIAL EN EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTE. ¿DICTAMEN PERICIAL?

SARA CARRILLO VARGAS¹

El Código de la Infancia y la Adolescencia (CIA) introduce un instrumento innovador en nuestro modelo de enjuiciamiento penal, por cuanto previo a la evaluación que realizan los jueces respecto de la sanción a imponer a los niños, niñas y adolescentes (NNA) en conflicto con la ley penal, es indispensable que en audiencia sea expuesto un informe psicosocial que deben realizar los equipos técnicos que apoyan a las comisarías y defensorías de familia, el cual es elevado a la categoría de dictamen pericial.

La incorporación de este instrumento es sustentado en el nuevo paradigma que el CIA buscó introducir respecto al tratamiento en las instancias judiciales de NNA, el cual tiene como uno de sus pilares cardinales el reconocimiento, la garantía y el restablecimiento de sus derechos, teniendo en cuenta el interés superior y la protección integral. Estos son principios cuya materialización requiere

¹ Abogada de la Universidad Nacional de Colombia e investigadora del Observatorio del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes.

tomar en consideración las condiciones de su realidad social, su entorno familiar, la situación psicológica y cultural del adolescente, atendiendo además a su condición de sujeto activo en la construcción de esta realidad.

El principio rector del interés superior de los NNA es definido por el artículo 8° de la Ley 1098 de 2006 como “el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus derechos humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes”. Por consiguiente, los jueces y funcionarios del sistema, antes de tomar decisiones, deben prever las consecuencias que repercutirán en los derechos de esta población de protección prevalente.

En este mismo sentido, la jurisprudencia precisa la necesidad de estudiar el contexto en el que se desarrolla el adolescente, las normas jurídicas nacionales e internacionales aplicables y, con base en esto, tomar la decisión que restablezca sus derechos. Así lo manifiesta la Sentencia T-408 de 1995:

La más especializada doctrina coincide en señalar que el interés superior del menor, se caracteriza por ser: (1) real, en cuanto se relaciona con las particulares necesidades del menor y con sus especiales aptitudes físicas y psicológicas; (2) independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres, en tanto se trata de intereses jurídicamente autónomos; (3) un concepto relacional, pues la

garantía de su protección se predica frente a la existencia de intereses en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de los derechos del menor; (4) la garantía de un interés jurídico supremo consistente en el desarrollo integral y sano de la personalidad del menor. (Corte Constitucional, Sent. T-408, 1995).

En este orden de ideas, la Sentencia T-397 de 2004 establece que:

[...] las autoridades administrativas y judiciales encargadas de determinar el contenido del interés superior de los niños en casos particulares cuentan con un margen de discrecionalidad importante para evaluar, en aplicación de las disposiciones jurídicas relevantes y en atención a las circunstancias fácticas de los menores implicados, cuál es la solución que mejor satisface dicho interés; lo cual implica también que dichas autoridades tienen altos deberes constitucionales y legales en relación con la preservación del bienestar integral de los menores que requieren su protección –deberes que obligan a los jueces y funcionarios administrativos en cuestión a aplicar un grado especial de diligencia, celo y cuidado al momento de adoptar sus decisiones, mucho más tratán-

dose de niños de temprana edad, cuyo proceso de desarrollo puede verse afectado en forma definitiva e irremediable por cualquier decisión que no atienda a sus intereses y derechos-. (Corte Constitucional, Sent. T-397, 2004)

Lo anterior hace evidente que las decisiones judiciales crean realidad social; por ende, la aplicación de las normas y la imposición de sanciones deben conllevar “un proceso de reflexión consecuencial o finalística” (Escalante, 2009, p. 31) a partir de la situación que rodea al adolescente al momento de cometer la infracción de la ley, para que el sistema pueda cumplir su finalidad, esto es, garantizar la protección integral de los NNA, la justicia restaurativa, la verdad y la reparación del daño (CIA, art. 140). Es aquí donde yace la importancia del dictamen psicosocial pericial.

Ahora bien, la exigencia de la presentación del estudio psicosocial para la imposición de la sanción ha sido establecida en diversos mandatos normativos internacionales, adoptados a través del bloque de constitucionalidad del que trata el artículo 93 de la Constitución Política, mediante el cual se da una posición de prevalencia en el ordenamiento jurídico a aquellos tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de excepción, pero también en reglas que la jurisprudencia constitucional ha otorgado carácter vinculante en el examen de constitucionalidad de las leyes que regulan la investigación y el juzgamiento de menores (Corte Constitucional, Sent.

C-684, 2009).

Algunos de estos mandatos normativos se encuentran en el artículo 16.1 de las Reglas de Beijing o Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores, la cual desarrolla el tema de los informes sobre investigaciones sociales, y menciona que es necesario que se efectúe una investigación sobre el medio social y las condiciones de vida del menor de edad para la toma de decisiones justas; en otras palabras, una respuesta al delito que sea proporcionada, no solo a las circunstancias y la gravedad del delito, sino también a las circunstancias y necesidades del menor, y de la sociedad (art. 17.1.a).

A su vez, las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio) describen en su artículo 7.1:

Cuando exista la posibilidad de preparar informes de investigación social, la autoridad judicial podrá valerse de un informe preparado por un funcionario u organismo competente y autorizado. El informe contendrá información sobre el entorno social del delincuente que sea pertinente al tipo de infracción que comete habitualmente el individuo y a los delitos que se le imputan. También deberá contener información y recomendaciones que sean pertinentes al procedimiento de fijación de condenas.

La Ley 1098 de 2006 introdujo estos

mandatos a través del artículo 189, que establece parámetros especiales que se deben seguir en la audiencia de imposición de la sanción, a la que deberá asistir la Defensoría de Familia con el estudio que debe elaborar sobre la situación familiar, económica, social, psicológica y cultural del adolescente que ingresa al sistema y cualquier otra materia que sea de relevancia para brindar conocimientos que el juez tendrá que tomar en cuenta para la imposición de la sanción.

Un ejemplo de la forma como el dictamen pericial influye en la decisión del juez sobre la sanción a imponer se encuentra en la Sentencia SP2159-2018, así:

También debe tenerse en cuenta que si el acusado nació el 13 de noviembre de 1995, para el 6 de diciembre de 2016, fecha en la cual se profirió el fallo condenatorio de primera instancia tenía 21 años y en la actualidad tiene más de 22, además de que en el informe psicosocial elaborado por la Defensoría de Familia se indicó que desde el año 2012 se radicó en Duitama, convive con una adolescente de 17 años, tiene buena relación de pareja basada en el respeto y la solidaridad y la dinámica familiar gira en torno a la búsqueda de oportunidades laborales, sin que se tenga noticia de la comisión de nuevos delitos.

En suma, las circunstancias personales, familiares y sociales del procesado permiten deducir que

en su caso no es aconsejable la privación de libertad en centro de atención especializada, sino la imposición de reglas de conducta a fin de brindarle la oportunidad de que ahora, años después de cuando ocurrieron los hechos, pueda recomponer su vida y no recluírsele, medida esta última que como ya dijo, únicamente tendría un carácter retributivo o vindicativo. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sent. SP-2159, 2018)

Dicho estudio es realizado por el equipo técnico interdisciplinario que apoya a las defensorías y comisarías de familia, el cual estará conformado, como mínimo, por un psicólogo, un trabajador social y un nutricionista, a quienes el CIA, en su artículo 79, les ha dado la calidad de peritos. En consecuencia, los conceptos emitidos por cualquiera de aquellos tendrán el carácter de dictamen pericial.

Según Carlos Valdés (2009), la pericia nace de la necesidad de conocimiento especializado sobre un tema en particular en el campo de la ciencia, la técnica, de un oficio, arte o idioma, del que el juez carece de experticia y necesita ser aplicado en el marco de un proceso judicial. Ante esta realidad, los ordenamientos jurídicos permiten, a través de las normas probatorias, que expertos en determinados saberes intervengan en la administración de justicia, prestando auxilio al juez cuando requiera de determinada información. Al respecto, el Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004) establece en su artículo 405 que “la prueba

pericial es procedente cuando sea necesario efectuar valoraciones que requieran conocimientos científicos, técnicos, artísticos o especializados”. Entonces, los integrantes del equipo técnico entrarían a fungir como auxiliares de la justicia en calidad de peritos, para precisar el alcance de la vulneración de los derechos y las medidas a adoptar para restablecerlos, en un concepto que tendría el carácter de dictamen pericial.

Hay una cuestión muy importante por preguntarse: ¿Por qué el legislador decidió elevar a la categoría de dictamen pericial el informe psicosocial presentado por el equipo técnico? Para resolver este interrogante, es necesario revisar la definición de dictamen pericial, echar un vistazo a sus diferencias con el informe psicosocial y, finalmente, analizar la normativa que rige este instrumento.

La Corte Constitucional, en la Sentencia C-124 del 2011, define el dictamen pericial con una naturaleza jurídica dual, como un instrumento que aporta conocimientos especializados al juez, y como un medio de prueba que busca generar convicción o sustentar alguna teoría en específico:

La doctrina tradicional en materia probatoria confiere al dictamen pericial una doble condición: Es, en primer término, un instrumento para que el juez pueda comprender aspectos fácticos del asunto que, al tener carácter técnico, científico o artístico, requieren ser interpretados a través del dictamen de un experto sobre la materia de que se trate. En segundo lugar, el experticio es un medio de prueba

en sí mismo considerado, puesto que permite comprobar, a través de valoraciones técnicas o científicas, hechos materia de debate en un proceso. (Corte Constitucional, Sent. C-124, 2011)

De acuerdo con el artículo 144 del CIA, la noción del dictamen pericial se regirá por las normas del Código de Procedimiento Penal, con excepción de aquellas que contraríen el interés superior del adolescente. En este sentido, el artículo 405 de esta normativa asimila el perito al testigo, en la medida en que hace aplicable a esta figura las mismas reglas que las del testimonio, teniendo que comparecer en audiencia de juicio oral para ser interrogados y contrainterrogados en relación con los informes periciales que rindan.

Lo anterior implica que el dictamen pericial es objeto de debate en audiencia y no es criterio vinculante para el juzgador. Según Valdés, el perito interpreta un fenómeno y emite un concepto basado en técnicas de su competencia, pero la validez de este depende de su solidez en el tiempo; por tanto, “el dictamen pericial debe someterse a ponderación, con arreglo al sistema de persuasión racional, atendiendo la idoneidad del perito, firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, en conjunto con las demás pruebas allegadas a la actuación” (Valdés, 2009, p. 152).

El dictamen pericial se diferencia del informe ya que este tiene como objetivo poner en conocimiento algo que se obtiene por un tercero, mediante un mero acto de comunicación. Entonces, se diferencia de aquel por cuanto no se trata de una descripción de determinados hechos perci-

bidos, sino que implica el análisis de estos mediante técnicas científicas o artísticas que resultan en una conclusión (Urrea, Estrada y Lopera, 2009-10, pp. 28-29).

Valdés (2009 pp. 159-160) describe el contenido del informe pericial, aduciendo que debe tener: 1) Un encabezado con información de identificación en la que se registra a quién va dirigido, el tipo y objeto de estudio, la referencia o número de investigación del que hará parte y quién hace el informe. 2) El fundamento técnico, esto es, la metodología aplicada y los procesos que hacen parte de ella, el soporte de esto y referencias académicas o estudios de soporte. Como material complementario se deben consignar los datos técnicos de las herramientas utilizadas, incluyendo el último certificado de acreditación de los equipos o la última fecha de mantenimiento. 3) El fundamento científico de manera comprensible para la persona no experta, complementada con citas bibliográficas a las que se pueda recurrir para ampliar el tema. 4) Los resultados presentados de forma clara y detallada, de ser necesario mediante cuadros, tablas o análisis estadísticos. 5) Las conclusiones, que deben reflejar el tipo de análisis o razonamiento utilizado, es decir, inductivo, deductivo, de concordancias o diferencias, u otro, y asimismo debe responder a la inquietud por la cual se solicitó su comparecencia, y debe abstenerse de emitir juicios de valor en campos fuera de su conocimiento. De igual forma, es importante que el informe pericial sea completo, detallado, fundamentado, didáctico y conclusivo.

Ahora bien, la Política de Atención al Adolescente en Conflicto con la Ley, contenida en el documento Conpes 3629

del 2009, describe la ruta jurídica por la que transita el adolescente que ingresa al SRPA (pp. 18-24). De manera resumida, el adolescente que es acusado de cometer un hecho punible es aprehendido por la Policía Nacional de Infancia y Adolescencia –que hará las veces de Policía Judicial–, bien porque ha sido detenido en flagrancia o por expedición de una orden judicial de la Fiscalía, momento desde el que se debe garantizar la protección de sus derechos asignándole un defensor. Luego, el adolescente es remitido al Centro de Servicios Judiciales o al Centro Transitorio del ICBF para iniciar el proceso judicial. Una vez iniciado, se le asigna un Defensor de Familia que lo acompañará a lo largo del proceso, quien debe verificar la garantía de derechos, tomar medidas de restablecimiento y realizar con su equipo interdisciplinario el informe bio-psicosocial.

La Fiscalía solicita la audiencia de control de garantías, en la que participarán el adolescente, el defensor de familia, el fiscal, el defensor del adolescente, la víctima con su representante y facultativamente el Ministerio Público. Durante esta audiencia, el juez da la oportunidad al adolescente de allanarse o no a los cargos que formula la Fiscalía, decisión que determinará el curso a seguir, de la siguiente forma:

Si se allana, se remite a un juez de conocimiento, quien citará a audiencias preliminares. En estas, ante el juez de control de garantías, se realizará la legalización del allanamiento, la formulación de la imputación y se presentará el informe bio-psicosocial de la Defensoría de

Familia. Adicionalmente, se podrá solicitar el incidente de reparación de la víctima. En las audiencias de conocimiento se proseguirá con el procedimiento.

Si el adolescente no se allana, el procedimiento penal seguirá su rumbo con la investigación de la Fiscalía, la emisión del informe de acusación y la realización de las audiencias de conocimiento, salvo que el fiscal solicite la preclusión del caso. En la audiencia de imposición de la sanción se presentará el informe psicosocial.

En el juicio oral, el juez deberá anunciar el sentido del fallo y, de ser sancionatorio, se fijará la fecha para su lectura, donde dictará la sanción. La sentencia tendrá en cuenta el informe bio-psicosocial y el juez podrá revisar la sanción impuesta atendiendo a las características del adolescente y los informes que el defensor de familia presente.

A manera de resumen, la Ley 1098 de 2006 es clara al darle al informe psicosocial que emite el equipo técnico de la Defensoría de Familia el carácter de dictamen pericial. Sin embargo, es confusa en cuanto a la ruta procesal que debe seguir, porque el artículo 144 nos remite al Código de Procedimiento Penal, y allí se prevé que el dictamen pericial se rendirá en el juicio oral, para así tener ocasión de ser expuesto y controvertido mediante interrogatorio y contrainterrogatorio, y con el fin de instruir al juez en conocimientos especializados y como medio

de prueba para reforzar alguna teoría del caso. Entretanto, el Conpes y el artículo 189 del CIA describen que el informe pericial se expondrá para dar al juez criterios sobre qué sanción imponer en la respectiva audiencia, que se puede dar durante el juicio oral, o posteriormente en la audiencia de imposición de sanción, pero en todo caso después de finalizada la etapa probatoria.

Distintos autores han documentado las actuaciones de la Defensoría de Familia respecto a la introducción al proceso judicial del dictamen pericial, y estos coinciden en varios puntos:

1. La presentación del dictamen pericial se hace de manera informal. Acevedo y Mazo (2014, p.11) relatan su participación en una audiencia de un juzgado de conocimiento en la que, después de anunciado el sentido del fallo sancionatorio, se le da la palabra a la Defensoría de Familia para que rinda el informe psicosocial pericial. En este, la defensoría habló de los adolescentes de una manera general, sin cumplir los requisitos técnicos del dictamen, no se completaron datos del encabezado ni se determinaron las técnicas aplicadas. Posteriormente, el juez les preguntó a las partes si tenían comentarios al respecto, a lo que solicitaron aclaraciones a manera de conversación, incluso solicitándole al adolescente aclaración sobre uno de los puntos que trataba. Por otra parte, no hubo ni objeciones ni modificaciones.

2. Es necesario que tanto los operadores jurídicos como los equipos interdisciplinarios conozcan y diferencien el concepto y la normativa de un dictamen pericial, y de un informe pericial u otros tipos de intervenciones. Así mismo, es necesario que el equipo técnico como tal trabaje en conjunto y que no se presenten informes periciales realizados apenas por uno de los miembros, máxime cuando los desarrollos académicos proponen un peritaje social que adopte una cosmovisión holística, lo cual implica la convergencia de diferentes expertos o áreas especializadas y se sustenta en el trabajo colaborativo y la co-creación entre los saberes implicados en la rama judicial (Quintero, 2014, pp. 32-33).

3. La manera de introducir el informe psicosocial no permite que se cumpla con el requisito de publicidad, vulnerando el debido proceso, pues solo es dado a conocer a las partes al momento de la práctica de la diligencia y no es puesto a su disposición para la debida contradicción. De igual manera, el dictamen pericial, que es un medio de prueba, no se está debatiendo en la etapa probatoria, sino en una posterior. Cabe, pues, preguntarse: ¿Cuál es el verdadero valor probatorio de dicho medio?

4. Lo anterior se suma a la falta de oportunidad de contradicción de la prueba. Sin embargo, hay autores que no ven esto como una vulneración al debido proceso, al tratarse de un sistema diferente al ordinario de adultos, basado en principios como el interés superior o la protección integral, y dado que quien presenta el dictamen es la Defensoría, que no funge como parte en el proceso ni sustenta una teoría del caso. Sostienen que basta con que el dictamen sea susceptible de verificación para que exista posibilidad de ser aclarado, adicionado u objetado cuando se evidencia un error grave en su elaboración (Moncayo y Milena, 2014, p. 45).

CONCLUSIONES Y RETOS DEL DICTAMEN PERICIAL EN EL SRPA

El CIA introduce a nuestro ordenamiento el informe psicosocial como un instrumento indispensable para garantizar el interés superior y la protección integral, pues vincula al juez a la realidad social del adolescente, para que la sanción a imponer vaya acorde con su contexto social, económico, cultural y psicológico, de tal manera que pueda garantizar verdaderamente el restablecimiento de derechos del menor de edad en conflicto con la ley.

Dicho informe es elevado a la categoría de dictamen pericial, con el fin de darle al equipo técnico interdisciplinario la calidad de peritos, lo cual permite que el CIA vaya a la vanguardia con los desarrollos académicos referentes al peritaje social, que muestran la importancia de la comu-

nicación entre distintos saberes del trabajo social dentro de los procesos judiciales, especialmente en aquellos que involucran los intereses y derechos de los NNA.

Sin embargo, la calidad de dictamen pericial del informe psicosocial trae algunos inconvenientes en el acople de nuestro ordenamiento jurídico, pues si bien el CIA remite a las normas del Código de Procedimiento Penal, las figuras por las características esenciales en cada uno de los sistemas no propenden por los mismos intereses jurídicos; es decir, en el sistema penal ordinario de adultos, el dictamen pericial cumple la doble función de atribuir conocimiento especializado al juez de conocimiento y de darle convicción sobre una determinada teoría del caso, mientras que en el sistema penal de adolescentes, el dictamen pericial, además de aportar nuevo conocimiento especializado al juez, busca otorgar criterios al juez para aplicar una sanción justa al adolescente.

En este mismo sentido, esta figura, desde un análisis bajo la normativa procedimental penal, vulneraría la garantía del debido proceso por cuanto por la manera en que se está desarrollando en las etapas del proceso no permite su debida publicidad ni contradicción. Futuros estudios académicos podrían dirigirse a evaluar la naturaleza *sui generis* de dicho instrumento, para dar luces al legislativo en pro de su necesario desarrollo legal en cuanto a su procedimiento.

REFERENCIAS

- Acevedo, L. M. (2014). *Dictamen pericial en el sistema de responsabilidad penal para adolescentes*. Medellín: Universidad de Medellín.
- Acevedo, L. M. y Mazo, A. M. (2014). Ruta procesal y papel que juega la Defensoría de Familia del ICBF en el SRPA. "Una clara vulneración a los principios de contradicción y de publicidad del derecho procesal". *Conflicto & Sociedad*, 2(2), 39-54. Recuperado de: <http://revistas.unisabaneta.edu.co/index.php/conflictoysociedad/article/view/142/147>
- Corte Constitucional, Sala Plena (1 de marzo de 2011). *Sentencia C-124 de 2011*. [MP Luis Ernesto Vargas Silva].
- Corte Constitucional, Sala Plena (30 de septiembre de 2009). *Sentencia C-684 de 2009*. [MP Humberto Antonio Sierra Porto].
- Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión (12 de septiembre de 1995). *Sentencia T-408 de 1995*. [MP Eduardo Cifuentes Muñoz].
- Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión (29 de abril de 2004). *Sentencia T-397 de 2004*. [MP Manuel José Cepeda Espinosa].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (13 de junio de 2018). *Sentencia SP-2159, Rad. 50313*. [MP Luis Antonio Hernández Barbosa].
- Departamento Nacional de Planeación (2009). *Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes - SRPA: Política de atención al adolescente en conflicto con la ley* (Conpes 3629). Recuperado de: <https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/conpes-3629-srpa.pdf>

- Escalante, E. (2009). El Código de la Infancia y la Adolescencia: elementos para su comprensión e interpretación. En A. W. Quiroz (Ed.), *Formación integral Ley de la Infancia y la Adolescencia: análisis y perspectivas* (pp. 11-35). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Estrada, L. M.; Lopera, J. C. y Urrea, A. (2009-10). *Los dictámenes periciales en el Código de Infancia y Adolescencia*. Medellín: Universidad de Antioquia. Recuperado de: <https://aprendeonline.udea.edu.co/revistas/index.php/red/article/viewFile/18408/15826>
- Gómez, M.; Hernández, S. y García, V. M. (2014). *El sistema de responsabilidad penal para adolescentes, efectividad de las sanciones aplicadas en el distrito judicial de Pereira, año 2010-2012* (trabajo de grado). Universidad Libre, Pereira. Recuperado de: <http://repositorio.unilibrepereira.edu.co:8080/pereira/handle/123456789/363>
- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar [ICBF] (9 de junio de 2015). *Concepto 67 de 2015. Consulta sobre la competencia de los defensores de familia en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes - SRPA*. Recuperado de: https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/concepto_icbf_0000067_2015.htm#INICIO
- Moncayo, A. F. y Villota, A. M. (2014). *El carácter probatorio del informe psicosocial y su incidencia en el fallo condenatorio dentro del periodo comprendido entre enero a junio del año 2013 emitido por el Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Pasto - Nariño* (trabajo de grado). Fundación Universitaria Católica del Norte, Pasto. Recuperado de: <https://repository.udem.edu.co/handle/11407/128>
- Quintero Velásquez, A. M. (2009-10). *Pruebas psicosociales, en derecho de infancia, adolescencia y familia (Informe final)*. Medellín: Universidad de Antioquia.
- Quintero, A. M. (2010). Esencia multidisciplinaria de las pruebas psicosociales, en derecho de infancia, adolescencia y familia. *Tend. Retos*, 15, 165-176. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4929273.pdf>
- Quintero, A. M. (2014). Peritaje social: contexto no clínico en la intervención socio-familiar. *Revista Facultad de Trabajo Social*, (30), 25-40.
- Valdés, C. E. (2009). El dictamen pericial en la ley de la infancia y la adolescencia. En A. W. Quiroz. (Ed.), *Formación integral ley de la infancia y la adolescencia: análisis y perspectivas* (pp. 145-167). Bogotá D.C., Colombia: Universidad Nacional de Colombia.

10 AÑOS DE SRPA se terminó de imprimir en las instalaciones de GRACOM Gráficas Comerciales ubicada en la ciudad de Bogotá, Colombia, en la carrera 69K n° 70-76 en el mes de Marzo de 2021. El tiraje es de 300 ejemplares en papel ivory de 90 gramos. La Portada fue impresa en papel Bond 200 gramos. Las familias tipográficas usadas fueron: Lato, Pluto Sans y Roboto.

PROYECTO
ESTUDIANTIL
10 AÑOS DEL
SISTEMA DE
RESPONSABILIDAD
PENAL PARA
ADOLESCENTES
¿CÓMO VAMOS?

ISBN: 978-958-794-396-2



9 789587 943962