

# DEL CONTROL SOCIAL DE LA INFANCIA: HACIA LA GARANTÍA Y LA PREVENCIÓN

Carlos Enrique Tejeiro\*

## Resumen

*El sistema de justicia encaminado a tutelar los derechos de la infancia en Colombia, no consulta los compromisos internacionales adquiridos por el país ni otorga garantías suficientes para el cabal juzgamiento de los adolescentes. El Código del Menor no consulta las normas consagradas en la CIN, las reglas de Beijing y las directivas de la RIAD; pero además es necesario construir una jurisdicción especializada en el juzgamiento de las causas penales juveniles, se requiere ofrecer mayor protección a los menores procesados, con objeto de garantizarles su inserción efectiva en la sociedad, el establecimiento de una política integral que incluya las circunstancias sociales en las que se encuentra el menor, siempre consultando si interés superior.*

**Palabras clave:** Infancia, derechos del niño, infracción.

## Abstract

*The justice system aiming to protect infancy rights in Colombia, does not refer to the international compromises acquired by Colombia and does not grant enough guarantees for the proper judgement of adolescents. The Minor Code does not meet the norms consecrated in the CIN, the Beijing rules or the norms of the RIAD. But it is also necessary to create a specialized jurisdiction for judging teenager penal crimes, to offer more protection to processed minors, with the aim of guaranteeing their effective insertion in society and the establishment of an integral policy including social circumstances of the minor, always looking at his/her better interest.*

**Key Word:** Infancy, Children's rights, infraction.

Fecha de recepción: Octubre de 2004

---

\* Abogada, Universidad de los Andes; Especialista en Derecho de Familia; Magister Legum (LL.M) de la Universität Johannes Gutenberg en Mainz; Doctor Juris (PhD) en curso en la misma universidad en Alemania.

## PRELIMINARES

A nombre de la Cátedra Ciro Angarita por la Infancia de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, nos es especialmente grato presentar en este seminario sendas consideraciones que atienen a la manera de innovar un tratamiento garantista a los actos infraccionales y delictivos cometidos por los jóvenes y los adolescentes. Del nombre mismo del seminario se colige que fuimos convocados con el fin de discutir en el ámbito académico las diversas percepciones que sobre este intrincado tema existen en el país. De ahí que este aporte somero sólo pretenda mostrar las conexiones existentes entre la cuestión penal como tal y en un sentido más amplio, el denominado Derecho de Infancia y Adolescencia. Es mi intención mostrar cómo la justicia tutelar imperante hoy en Colombia no consulta los compromisos internacionales del país y mucho menos otorga las garantías suficientes para el cabal juzgamiento de los adolescentes. Colombia carece a la fecha de una verdadera justicia para los niños y niñas dada la vigencia de un estatuto que como el actual Código del Menor administra dicha justicia desde una concepción tutelar que no consulta los lineamientos internacionales en la materia. Lejos de iniciar aquí un juicio a los operadores o a los señores y señoras jueces de la República, lo que nos interesa en esta ocasión es develar un discurso que perpetúa formas de inequidad que deben ser removidas del sistema jurídico. Es este el fin de esta intervención y la razón por la que aquí nos encontramos. Mil gracias por permitirnos participar en este evento y compartir con ustedes el estado del arte en esta materia.

## INTRODUCCIÓN

Una vez más, nos convocan más las perplejidades que las certidumbres. Perplejidades, por cuanto es ésa la sin razón de la época en que vivimos, exenta, como todos lo sabemos, de puntos cardinales, faros que nos permitan atisbar las costas y advertir los peligros que acechan a las sociedades contemporáneas. Para nosotros, los colombianos, sumidos en un conflicto perpetuo, la búsqueda de la solución a los grandes problemas nacionales nos ha obligado a mirar al interior de nuestra cultura misma, nuestros ideales colectivos y más recónditos anhelos, tratando de encontrar soluciones certeras a dichos enigmas. En medio de la radicalización de las posturas, hemos aprendido, aunque de manera tambaleante, a oír la voz del otro: intentar conocer y entender sus motivaciones y sus razones. No obstante, permanecemos aún ignorantes y silenciosos ante la acometida de unos seres incógnitos, que no conocemos y cuya cultura, ideales e historia no hemos querido permitir al interior de la nuestra. Me

refiero a los niños, las niñas y los jóvenes de Colombia. Carecen ellos y ellas de la necesaria visibilidad social que los convierta en verdaderos interlocutores activos en la construcción de nuestra ciudadanía, de las instituciones y de nuestra sociedad moderna. Dicha invisibilidad se explica en un conjunto multicausal determinado por la herencia de las sociedades postcoloniales y la pobreza estructural. Pero más allá, por la perpetuación de formas de producción en las que el niño, la niña y el joven son vistos tan solo como mano de obra barata, no calificada y mucho menos debidamente protegida, haciendo que la niñez como tal y la adolescencia que le sigue, en sí mismas consideradas, no sean valores sociales sino tan solo lecturas poblacionales desprovistas de dignidad y valía social como tales. Y es en este estado de cosas como asistimos al deterioro paulatino y grave de las condiciones de vida de nuestros niños y niñas. Las minas de carbón, los cultivos de cebolla, las faenas de la floricultura y los basureros se vienen convirtiendo en sus lugares habituales de trabajo, sometidos, las más de las veces, a extenuantes jornadas en medio de condiciones que les son lesivas de su integridad física y desarrollo psicomotor. Amén de lo anterior, su trabajo, cuando es permitido, no se remunera conforme a la ley y casi siempre dichas jornadas colisionan con su derecho fundamental a ser educados, a asistir a la escuela, medio natural de la infancia y la adolescencia. Y en medio de este estado de cosas, ellos, que no participan de la construcción del mundo del adulto, mundo que los espolea, trafica y oprime, colisionan con la ley penal, estatuto por excelencia del control de la conducta de los hombres. Siendo víctimas, los juzgamos como victimarios y para la tranquilidad de nuestras conciencias de adultos, les juzgamos llenos de compasión y paternalismo, entendiendo que no tienen la culpa de lo que son y que si bien deben ser castigados, no será con el rigor con el que juzgamos a los adultos, en una especie de lavatorio de manos, incapaces como hemos sido de asumir la deuda inequívoca que tenemos para con ellos. No es entonces gratuito que unas veces los tratemos como ángeles y otras como demonios, oscilando nuestra conducta desde el paternalismo laxo hasta el tratamiento francamente retaliativo digno de aquellos que han cometido los más severos delitos y ofendido de la peor forma a la sociedad.

No obstante, necesario es afrontar estos debates con la debida ponderación de juicio. Si bien el sector de infancia acusa profundas injusticias contra ellos, tampoco son de ignorar los avances hechos desde la promulgación de la Convención Internacional de Derechos del Niño. La sociedad civil viene organizándose efectivamente en redes y sistemas de apoyo a la institucionalidad y tipologías como el maltrato infantil,

la violencia intrafamiliar, el trabajo ilegal de menores, la trata y tráfico de ellos y ellas, el reclutamiento ilegal y otras formas lesivas de su dignidad vienen siendo atacadas frontalmente con el concurso de los entes internacionales que como UNICEF, *Save The Children*, el Fondo de Población de Naciones Unidas y muchos otros, despliegan un trabajo innegable en la construcción paulatina de un mundo para ellos y ellas. Y es de justicia igualmente destacar los esfuerzos interinstitucionales, fruto de los cuales acaban de concluir los trabajos de la mesa de la Alianza por la Infancia, que culminaron con una propuesta de Código del Niño que habrá de ser sometido en breve al estudio del país, de sus fuerzas vivas y de todos los interesados. Ponderación, digo, pero aún las formas intolerables de trabajo y la explotación de ellos y ellas están lejos de ser conjuradas y debidamente erradicadas las prácticas y formas de explotación. Es decir: es evidente el creciente consenso en rededor de la necesidad de protegerlos y construir nuevas condiciones sociales en los que logren alcanzar sus potencialidades y valores.

No ocurre igual cuando se trata de juzgarlos por la comisión de actos tipificados en el Código Penal como delitos o infracciones. Consideraciones atinentes a las escuelas del derecho penal, orden público, terrorismo, tráfico de armas y estupefacientes y la delincuencia callejera, han impedido un consenso que impulse una legislación garantista en la materia. Y es en concreto a estos últimos disensos a los que pretendo referirme en este breve ensayo. Para ello habré de utilizar un enfoque criminológico y social, como quiera que entiendo que es desde los análisis multidisciplinarios como podríamos proponer nuevas conceptualizaciones del derecho que permitan comprender la propuesta que trae la CIN, y lograr así una justicia de menores que consulte el espíritu de la doctrina de protección integral adoptada por todas las naciones que la suscribieron. No riñe con la postura anterior dejar a salvo los principios de la dogmática jurídica, que como la que más, es celosa del imperio de las garantías procesales, de las competencias y formas propias de cada juicio.

## 1. LA CONVENCION INTERNACIONAL DE DERECHOS DEL NIÑO: NUEVO PANORAMA LEGISLATIVO

La CIN<sup>1</sup> introduce para todos los países signatarios claros compromisos de adecuación legislativa. En otros aportes hemos explicado cabalmente esta necesidad que compromete a fondo la acción de los órganos

<sup>1</sup> CIN: Convención Internacional de Derechos del Niño.

legislativos de todos los países signatarios de la CIN. A partir de su vigencia, los modelos para cada uno de los países han variado en sus características particulares, pero en lo fundamental, puede decirse que la labor asumida en estos trece años de vigencia de la CIN no ha sido otra que lograr la plena adecuación de los postulados de la Convención a las Constituciones Nacionales. En algunos países dicha adecuación ha coincidido con la entrada en vigencia de una nueva constitución. Tal es el caso colombiano. Al lograrse el tránsito desde el Estado de derecho como tal al Estado social, son muy variados los ajustes que han requerido este tipo de sistemas. Para Colombia en particular, al promulgarse la Constitución Política de 1991 ya se encontraba vigente el actual Código del Menor, que traía un conjunto de disposiciones especiales para el tratamiento de los que este Código denomina «los menores infractores»<sup>2</sup>. Dicha tipología entroniza la así llamada doctrina de la «situación irregular», vigente para Colombia desde entonces. Presupone un manejo tutelar y discrecional orientado a la aplicación de medidas de orden socioeducativo resultantes de la percepción del juez de menores para cada caso en concreto. De ahí que se requiera una breve reflexión del cómo lograr el tránsito de la «situación irregular» a la «protección integral». De no lograrse la comprensión de dichas doctrinas y su incidencia en el tratamiento integral de la infancia, será inútil pretender comprender la estructuración del Estatuto de Responsabilidad Juvenil que se pone a consideración de la comunidad colombiana. Un estatuto garantista para el adecuado tratamiento de los actos infraccionales de los juveniles forma parte integral de una visión global de lo que se entiende por «protección» y por «políticas públicas». De ahí que deba detenerme en estos conceptos para ilustrar su alcance y contenido.

---

<sup>2</sup> «Código del Menor

TÍTULO QUINTO

*Del Menor autor o partícipe de una Infracción Penal*

CAPÍTULO PRIMERO

*Disposiciones Generales*

ARTÍCULO 163. *Ningún menor podrá ser declarado autor o partícipe de una infracción que no esté expresamente consagrada en la ley penal vigente al tiempo en que se cometió, ante Juez competente previamente establecido y mediante el procedimiento señalado en este Código.*

ARTÍCULO 164. *Igual que en todos los demás procesos, en aquellos donde se involucre un menor se respetarán las garantías procesales consagradas en la Constitución y en las leyes, especialmente las que se refieren a la presunción de inocencia, al derecho de defensa y a ser informado de las circunstancias de su aprehensión.*

ARTÍCULO 165. *Para todos los efectos, se considera penalmente inimputable el menor de dieciocho (18) años.*

ARTÍCULO 166. *El menor infractor de doce (12) a dieciocho (18) años deberá estar asistido durante el proceso por el Defensor de Familia y por su apoderado si lo tuviere. Los padres del menor podrán intervenir en el proceso».*

## 1.1. Impacto de la CIN en los países signatarios

A partir de la promulgación de la Carta Política de 1991, el cuerpo jurídico de infancia y adolescencia sufre una profunda transformación a) por la entronización al interior del cuerpo jurídico del catálogo de derechos fundamentales de infancia, b) por los principios rectores del estado social de derecho, 3) por el bloque de constitucionalidad, 4) por la consagración de la familia como ente constitucional específico, y 5) por la ratificación a nivel interno de la Convención Internacional de Derechos del Niño.

Todos estos factores aunados entre sí consagran lo que ahora conocemos como el *Derecho de Infancia y Adolescencia*, que difiere profundamente de las concepciones y postulados del que hasta entonces se conociera como el Derecho de Menores, basado en una visión asistencialista del Estado anclada en hondas raíces filosóficas que como el individualismo y el contractualismo decimonónicos entronizaron la compasión y la marginalidad de los infantes en Latinoamérica. Así, la historia de la infancia latinoamericana no es otra que la historia de un asistencialismo de estado que hace crisis hacia los ochentas con el advenimiento de muy profundas transformaciones estructurales y culturales en los países del área.

Cuestiones tan debatidas como el nivel de endeudamiento de nuestros países, la caída de las exportaciones y la apertura hacia los mercados internacionales marcan una época de crasas contradicciones sociales en cuya base se encuentra inerte la población infantil. Y es en este contexto en el que la promulgación de la CIN surte un efecto de revolución copernicana, de punto de inflexión en la historia del asistencialismo de estado y de los modelos marcados por la prevalencia de los programas de turno y la ausencia de políticas de estado que otorgaran visibilidad a los niños y niñas latinoamericanos. En el fondo lo que operó entonces no fue otra cosa que un cambio de paradigma para pasar de la vieja doctrina de la situación irregular a la protección integral ya consagrada en varias legislaciones. Colombia, país de acendradas tradiciones jurídicas y grandes juristas, quién lo creyera, no posee hasta la fecha una legislación acorde con estas posturas. Permanecemos aún en la ambigüedad, determinada ésta por la distancia existente entre los lineamientos técnicos de los programas estatales y el asistencialismo compasivo que aún perdura en las mentes y actitudes de algunos de los funcionarios encargados de instrumentar el sistema de protección a la infancia.

No obstante, con el transcurrir del tiempo, son cada vez más las voces que ejercen una notable influencia en lo que he denominado «la constitucionalización» de este derecho. Papel destacado en este proceso le ha correspondido a la Corte Constitucional, que en varios fallos históricos ha instruido al Estado sobre la necesidad de implementar los principios de dicha Convención y de los postulados contenidos en la Carta Política de 1991.

## 1.2. Del cambio de paradigma: Hacia la protección de los niños y las niñas en el Estado social de derecho

Ya son profusos los ensayos académicos e institucionales en torno a lo que se conoce como *el paradigma de protección integral*. En muy diversos momentos he reflexionado sobre este paradigma<sup>3</sup>, que a no dudarlo, constituye un verdadero punto de inflexión en la curva de la deuda que tenemos para la Infancia. Deuda, digo, por cuanto es manifiesta la resistencia institucional y política a hacer cierto el derecho de infancia, que de manera definitiva sepulte el cadáver de la *doctrina de situación irregular*.

<sup>3</sup> Leyendo a Thomas S. KUHN en su formidable aporte *The Structure of Scientific Revolutions*, entiendo mejor la postura de GARCÍA MÉNDEZ, Antonio Carlos, GÓMEZ D'ACOSTA, Cillero y otros más. Realmente es menester comprender a fondo lo que ha significado para la infancia el pasar de las consideraciones paternalistas y de buena voluntad a los posicionamientos en derechos y políticas públicas. La misma historia de la infancia muestra a las claras que en la medida en que no ha existido un derecho de infancia que desborde el simple derecho de menores, en esa medida la infancia no ha sido más que un agregado del discurso del derecho. Ni qué hablar de las ciencias sociales. La antropología histórica ya enseña que la condición de niño y niña no existe en las culturas clásicas, como lo mencioné en mi aporte *RESOZIALISIERUNGS GEDANKEN IM INTERNATIONALEN VERGLEICH* (Mainz, 2001). Pero ya identificadas las categorías infanto-juveniles le compete al derecho codificado velar por su existencia material.

<sup>4</sup> Nota: Sobre la noción de «*adecuación legislativa*» ya me pronuncié en otra ocasión así: El principio de la «adecuación legislativa» tiene su origen, para el caso colombiano, en las disertaciones del profesor Ciro Angarita Barón y de Emilio García Méndez, retomadas éstas de sus intervenciones ante la Comisión Asesora. Sobre este particular ya han sido profusas mis intervenciones sobre la manera de interpretar el concepto para el caso colombiano. En lo fundamental, debo decir que entiendo por «adecuar» el proceso de ajuste de la legislación interna de cada país de la región a los parámetros de derecho internacional público y privado contenidos en la Convención Internacional de Derechos del Niño. Como es obvio, se buscará igualmente el ajuste al nivel de los tratados públicos suscritos por cada país. Este proceso de ajuste debe entenderse en varias direcciones:

- Desde la CIN hacia las constituciones políticas de cada país.
- Desde las constituciones políticas hacia el sistema de derecho positivo interno.
- Desde el sistema de derecho positivo interno hacia el sistema de administración pública, y
- Desde la administración pública hacia la implementación de planes y programas.

Sin embargo, la «adecuación» propuesta por García Méndez debe incluir la introducción de los nuevos marcos conceptuales que permitan dicha adecuación. De otra forma, ésta sería tan solo formal y no de fondo, pues al dejar de lado la introducción de los rectores sobre los que se sustenta la Convención se llegaría tan solo a la sustanciación formal de dicha Convención sin permitir que opere el cambio de fondo para poder pasar de las legislaciones de menores a los estatutos garantistas de niñez y adolescencia. Y es aquí en donde adquiere pleno relieve el concepto de «paradigma»

Y han sido profusos los esfuerzos por lograr la adecuación normativa<sup>4</sup> y legislativa de los países signatarios de la CIN a sus postulados. En estos años de trájín legislativo ya han sido varios los países que hoy cuentan con códigos especializados en infancia y adolescencia, redactados éstos desde el paradigma de la protección integral de Naciones Unidas. Sin embargo, casos como Colombia aún perpetúan una inexplicable demora en lograr dicho tránsito.

Lo menciono por cuanto se requiere insistir en abandonar los rezagos de esta postura y en verdad aventurarse hacia la construcción de una verdadera ley de infancia, garantista y acorde con la cambiante situación latinoamericana. De ahí que aceptara gustoso la gentil invitación que

---

tratado por García Méndez. Se requiere cambiar el paradigma, es decir, introducir en el discurso legal interno los postulados de la CIN<sup>5</sup>.

Pues bien, para el caso colombiano, a diferencia del trabajo de adecuación realizado en otros países del área, dicho cambio de paradigma se ha construido sobre las siguientes bases:

- Como quiera que la Constitución Política colombiana entra a regir el 4 de junio de 1991, escasos tres meses después de entrar en vigencia la Ley 12 de 1991 que aprueba la Convención Internacional de Derechos del Niño, el proceso de adecuación descrito adquiere para el caso colombiano varios matices que lo hacen diferenciarse de otros procesos en el área. En particular se incorporan en este breve lapso a la normatividad interna varios postulados de derecho internacional, como son el Art. 5 de la Convención Americana, el Art. 18 de la Convención Africana, el Art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.<sup>6</sup>
- Por mandato constitucional se logra la inclusión de los derechos fundamentales de los niños en la Carta Política como «culminación de una serie de desarrollos legislativos que apuntan todos a la misma finalidad de proteger a la infancia, garantizándole las condiciones mínimas para su integridad y felicidad»<sup>7</sup>. Se obtiene así lo que denominó Angarita como «el perfeccionamiento del marco jurídico preexistente». Recordamos la necesidad de visualizar todos estos derechos fundamentales de los niños desde el ángulo constitucional, que a su vez desarrolla los preceptos de la Convención Internacional de los Derechos del Niño y en los que hemos venido insistiendo.
- La Carta Política de 1991 es en sí misma un instrumento de adecuación que está en concordancia profunda con los postulados de la doctrina de protección integral contenidos en la CIN.
- Así, para el caso colombiano, adecuar consiste en lo fundamental, en establecer la concordancia conceptual e instrumental entre los postulados de la Constitución Política, aquellos de la CIN y las normas de derecho positivo de inferior jerarquía como lo es el Código del Menor vigente.<sup>8</sup> El paradigma es entonces la CIN aplicada y desarrollada desde la Constitución Política colombiana.<sup>9</sup> En esto se tiene un avance significativo, pues de lo que se trata entonces es de ajustar el derecho positivo (los códigos) a los preceptos constitucionales e internacionales.
- Adicionalmente, incluir los estatutos especializados de derecho interno que consagren los postulados y reglas contenidos en las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil, aquellas para los Jóvenes Privados de Libertad y las Directrices de Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil. Y es aquí en donde se presenta una de las mayores dificultades: al desarrollar los postulados constitucionales, el niño deberá ser juzgado conforme a las reglas del debido proceso (quiere decir, intervención de la Fiscalía, legítimo contradictor, garantías específicas, etc.), lo que riñe con la postura de varios penalistas que consideran que el juez debe ser tutelar, con margen de discrecionalidad, etc. (sistema vigente).

hicieran las universidades del Norte y la Autónoma de Bucaramanga a participar en este seminario. Pocas oportunidades como ésta para recordar, repensar y reformular conceptos que en veces creemos ya asimilados y aprendidos, pero que en su materialización se nos antojan esquivos y confusos.

La historia de la adecuación legislativa en Colombia, en lo que tiene que ver con el tránsito de la doctrina de situación irregular a la de protección integral, es la historia misma de la infancia colombiana: hasta 1990 no posee visibilidad alguna al interior de lo social-colectivo colombiano. Así lo entienden quienes desde otros países europeos vienen a Latinoamérica a visitar nuestras universidades e institutos públicos. Una pregunta recurrente indaga por la ausencia de visibilidad social para con los niños y las niñas colombianos. Si bien las razones de dicha invisibilidad son de todo orden, me atrevería a decir que ésta se enmarca en la anestesia colectiva que sufrimos los colombianos, derivada de la confrontación armada y de muy variadas condiciones sociopolíticas cuya etiología no es este el momento de analizar. Pero claro, no insistir en estas razones para no acelerar el tránsito de legislación que tanto anhelamos no tendría justificación histórica y significaría el incumplimiento manifiesto de múltiples compromisos internacionales.

Adecuar, entonces, no hace referencia tan solo a la búsqueda de la concordancia del derecho internacional con el interno, sino que trasciende dicho marco legal buscando la reformulación de los mecanismos de acción del Estado mismo, la creación de una cultura garantista a favor de la infancia y el diseño de verdaderas políticas públicas que más allá de los simples programas de gobierno materialice los fines esenciales del Estado descritos a la Carta política vigente. Aquí, el derecho mismo, como conjunto de normas articuladas, aparece como un verdadero creador de cultura y transformador de realidades sociales. Es necesario hacerle justicia a los niños: abandonar la retórica para avanzar en realizaciones concretas, implementar las políticas, readecuar los entes públicos, educar para la participación democrática y la libre expresión del mundo de los jóvenes y reorientar el Estado como tal hacia la preservación de la dignidad de todos y cada uno de los niños y niñas asociados.

Recordemos que cada vez que no reaccionamos velozmente a los cambios y las condiciones materiales de los niños y niñas, dichas condiciones desbordan gravemente el accionar del Estado y la sociedad. Ejemplo de lo anterior es todo lo concerniente a la desmovilización de niños y niñas en combate. Aquí, hemos visto claramente cómo colisionan las escuelas,

como impera aún una grave confusión sobre la manera de articular acciones del Estado, cómo lograr la coordinación entre los diversos entes territoriales y finalmente cómo convertir el sistema de derecho en un constructor de democracia. En pocas palabras: construir la ciudadanía de infancia desde la entraña de la sociedad y su cultura, dejando que el marco legal coordine la acción social y permita su desarrollo.

### 1.3. La doctrina de protección integral

Para comenzar quisiera detenerme en un punto central: ¿por qué abandonar la situación irregular para avanzar hacia la protección integral? - Interrogante que a muchos en este auditorio puede parecer ya resuelto por el mismo trajín de estos diez años de vigencia del paradigma de situación irregular. Pues, contrario a lo que se cree, aún existen diversos medios y académicos que insisten en la perpetuación de viejas formas de atención básica y de prestación de servicios a la infancia que, en dicha postura, hacen innecesaria la adecuación legislativa. Otros rechazan sus postulados acudiendo al fácil expediente de tachar la protección integral de ser un marco impuesto por la cooperación internacional. ¡Qué lejos de la realidad! -En idéntico sentido se pronunciaron muchos en 1948 cuando los países de la posguerra suscribieron la Declaración Universal de Derechos Humanos aquel histórico 10 de diciembre. Hago referencia a este punto, pues pienso, con muchos otros que este paradigma de protección coloca a la infancia en el centro de las reflexiones sociales y acaba con la distinción ignominiosa entre menores (que colisionan con la ley y no tienen acceso a lo social) y los niños y niñas (que tienen cobertura básica y cuyas colisiones con la ley se tratan casi desde el derecho bagatelar).

Para responder la anterior pregunta, enumero tan solo algunas razones que la justifican:

- La doctrina de la situación irregular perpetúa las diferencias estructurales en lo referente al acceso a los servicios básicos (salud-educación). Las perpetúa por cuanto es, según dicha doctrina, el juez de menores quien desata las controversias originadas en realidad por la falta de acceso a dichos servicios. Cuando un menor colisiona con la ley o carece de representante legal colisiona con dicha ley dadas determinadas condiciones socio-estructurales y no porque se trate de acciones derivadas de su naturaleza misma (peligrosismo). No existen menores propensos y otros no a la colisión con el control social. Lo que existe es pobreza extrema y aguda que determina a los

niños y niñas y los obliga a la colisión. Sin embargo, bajo la situación irregular, el juez de menores aplica el derecho tutelar conforme a su criterio discrecional. Dicha discrecionalidad significa arbitrariedad. Y aquí no se hace un juicio al juez de menores como tal: se enjuicia la normatividad que permite y condena al juez dejándolo frente a márgenes muy amplios para accionar. No se trata entonces de desplegar garantías ciertas sino de dirigir el menor paternalmente y evitar su reincidencia y su mayor marginación de la vida. Ya conocemos los resultados: la tasa de reincidencia aumenta. Mas aun: revisadas las cifras que conocemos de la Defensoría del Pueblo, para 1998 fueron puestos a disposición de los juzgados en el país 9.005 niños y niñas, de los cuales 6.361 ingresaron por primera vez al sistema, 687 tuvieron su segundo ingreso y 378 lo hacían por tercera o más veces.<sup>5</sup> Y según ellos mismos, el 99% provenía de estratos socioeconómicos bajos o de extrema pobreza<sup>6</sup>. No conocemos con exactitud cuántos provenían de los estratos altos, pero al parecer la estadística se agota en los de extrema pobreza o estratos muy bajos. El juez, entonces, ante la ausencia de mecanismos dogmáticos y procesales garantistas, debe aplicar su criterio en la mayoría de los casos. Sobre este punto dice la Defensoría del Pueblo: «*como puede verse, ... en cualquiera de las ... eventualidades anteriores el niño/a se encuentra ante el arbitrio de lo que el juez considere lo mejor...*».<sup>7</sup> La Defensoría del Pueblo hace aquí relación a las opciones que tiene el juez al recibir un niño o niña: o bien decide que necesita «un diagnóstico más complejo para determinar su personalidad, por lo que puede remitirlo a un centro especializado de observación en el que se realice dicho estudio»<sup>8</sup>, o puede decidir que es necesario decretar las medidas del artículo 204 del Código del Menor que pueden ser administradas sin internación, como es el caso de las reglas de conducta o la libertad asistida. Nótese que aquí el juez decide por sí y ante sí respecto de la aplicación de determinadas medidas. La decisión sobre la internación o no del niño o niña le compete de manera exclusiva por cuanto la norma no establece la obligatoriedad de los conceptos de los expertos que intervienen en la valoración de la personalidad del niño. Sin embargo, lo que el juez estudia es su personalidad en relación con «las condiciones personales

<sup>5</sup> DEFENSORÍA DEL PUEBLO, La Niñez y sus Derechos. Niñez Infractora en Colombia, Boletín N° 6, p. 8 infra.

<sup>6</sup> DEFENSORÍA DEL PUEBLO, Boletín N° 7, La Niñez y sus Derechos, p. 9 supra.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 7.

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 11.

y sociofamiliares»<sup>9</sup>, pero no extiende su estudio a la causalidad de las relaciones estructurales y de acceso a servicios básicos, para de ahí determinar el impacto que la privación o difícil acceso a éstas le produce. Es aquí donde la violación de los principios universales del debido proceso, de la garantía estructural del acceso a la justicia y otros se hace palpable. No interviene la fiscalía, no existe un catálogo de delitos ni una claridad específica sobre los límites del accionar del juez: el niño o niña comparece a su despacho para que éste determine lo justo según su criterio. El proceso como tal no es garantista sino meramente paternalista y lleno de buena voluntad. La noción de «observación» que aquí se discute es violatoria del principio de legalidad y debido proceso, pues no existe claridad sobre el alcance de dicha medida. Particular dificultad presenta el ordinal 5 del artículo 204, pues éste faculta al juez para decretar «cualquier otra medida que contribuya a la rehabilitación del menor», es decir, el imperio de la discrecionalidad paternalista. Se perpetúan las condiciones estructurales del menor, pues al no existir definición procesal de fondo las decisiones sobre su situación se profieren conforme a la visión que tenga de él o ella el juez.

- Los niños y niñas que se encuentran en alto riesgo de sufrir la violación de sus derechos fundamentales son juzgados de cara a «la patologización de situaciones de orden estructural»<sup>10</sup>. Ya lo decíamos arriba: las condiciones estructurales que rodean al niño o a la niña, es decir, el mayor o menor acceso que éstos tengan a las coberturas básicas como la escuela y la educación, no son tenidas en cuenta como tales para determinar su capacidad mayor o menor de delinquir. Sin embargo, al basarse el fallo judicial en la discrecionalidad del juez, éstas, que son etiológicas, terminan siendo tratadas como patologías, es decir, como rasgos específicos, que siempre se dan, dadas determinadas condiciones. El juez termina observando determinados rasgos de personalidad sin atender a determinadas situaciones estructurales. Así, la pobreza queda convertida en enfermedad que debe ser «observada», para a partir de ahí decidir qué medida se aplica.
- Discrecionalidad, que se traduce igualmente en impunidad, pues dicho margen de discrecionalidad permite que en determinados

<sup>9</sup> Ibid., p. 11.

<sup>10</sup> GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, *Derecho de la Infancia y Adolescencia en América Latina: De la Situación Irregular a la Protección Integral*. Cátedra Ciro Angarita por la Infancia, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho. Bogotá, Alkyl, p. 20.

eventos, el juez pueda catalogar como «jurídicamente irrelevante<sup>11</sup>» alguna conducta de niños o niñas de estratos altos que en su criterio no acusen amenaza de ninguna naturaleza a la sociedad.

- En materia de adopciones se observan rasgos similares: desde la situación irregular se entiende que la adopción es la medida por excelencia, lo que faculta al funcionario administrativo a decretarla de manera privilegiada. La investigación que debe efectuar el funcionario para ubicar la familia del niño o niña no es prioritaria en el procedimiento. Vale para todos los efectos el consentimiento otorgado por la adolescente, lo que a todas luces no cumple la finalidad para la que esta medida está diseñada.
- Al artículo 29, 30 y 31 del Código del Menor se estructura un sistema silogístico que por sí solo dispara las medidas de protección sin que éstas resuelvan las condiciones de marginalidad que dieron lugar a las especiales violaciones de derechos. Así, se insiste en un derecho de menores pero no se logra un derecho para los niños y las niñas. No se trata de atenderlos sino de garantizarles políticas sociales que conjuren las condiciones agudas que conculcan sus derechos y les impiden el acceso a sus propias potencialidades.

## 2. DEL DERECHO PENAL MÁXIMO HACIA EL GARANTISMO. LA CUESTIÓN CRIMINOLÓGICA

En verdad, sin afán polémico alguno, creo que la razón de haber sido convocados a este recinto no es la consabida de discutir y buscar la verdad entre los polos que fracturan la discusión alrededor del objeto de la criminología contemporánea: la búsqueda de las causas del delito o lo que ha venido en denominarse «factores necesarios» para la producción misma del delito. Ubicarse al interior de la disyuntiva de hacer criminología positivista o, por el contrario, una criminología crítica es, a mi entender, un lugar común en el estado del arte de esta cuestión. Pretendo avanzar presentando lo que a mi entender es la cuestión central de lo infanto-juvenil, una perspectiva diferente que permita un cambio de paradigma en el tratamiento de los actos infraccionales cometidos por adolescentes y jóvenes.

Y entiendo por cambio de paradigma, siguiendo a Kuhn, una alteración en la búsqueda del objeto epistemológico que obligue a la inno-

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 20.

vación de nuevas conceptualizaciones jurídicas que a su vez innoven la dogmática misma.

## 2.1. El papel del derecho penal

El problema del papel mismo que debe desarrollar el derecho penal como tal en el fallamiento de las causas de los menores de edad no es cuestión de poca monta. Para el caso colombiano, el debate ha sido agudo. Podría decirse que a fin de cuentas se trata de poder conciliar dos posiciones hasta ahora distanciadas. De una parte, quienes sostienen que todo intento por juzgar penalmente a los juveniles es arbitraria y regresiva por cuanto no se puede juzgar punitivamente a quienes la sociedad abandona y margina al interior de estructuras de pobreza social, y quienes sostienen que de lo que se trata es de impedir el fallamiento discrecional y paternalista propio de la justicia tutelar imperante en Colombia. La primera posición (ético-política) niega el papel del derecho como instrumento eficaz para el control de los actos infraccionales cometidos por adolescentes y juveniles y entiende que el juzgamiento es en esencia un acto de imposición político amparado en el ritualismo de la dogmática penal. La postura implica a las claras una especial percepción del Estado y su papel provisorio: la función social se destaca como finalidad última que colisiona con el papel del derecho como tal. Ya habré de referirme en detalle a este planteamiento. En contra de ellos los positivistas, o sea, todo aquel que pretenda lograr el anhelo de la justicia desde el derecho. Derecho naturalmente entendido como canonjía, como ritual pero nunca como garantía, como fallamiento objetivo sometido al imperio de la legalidad, de las dos instancias, del *in dubio pro reo*, del *ex post facto*, etc. En el fondo, la contraposición insoluta entre justicia social y dogmática jurídica. El derecho no puede construir la realidad social, dicen. En contra quienes creemos en el papel del derecho como constructor de realidades sociales. Y para esto (técnico-instrumental) es menester llegar al tratamiento dogmático y procesal de los actos cometidos por los adolescentes y juveniles. No es dable destruir la homogenización en el tratamiento de determinados actos so pretexto de hacer justicia social. Tal postura daría al traste con la necesaria cohesión del sistema basado como está en el principio de legalidad. La cuestión de la legalidad, con o sin justicia social, desborda el campo de estudio de la dogmática para adentrarse en la Teoría del Derecho como tal, en donde el debate es candente y radicales las posiciones esgrimidas. No me compete en este ensayo detenerme en dichas cuestiones. Sí presentar desde los aportes del derecho infanto-juvenil posturas y recomendaciones para el cabal juzgamiento de dichos actos

pero de cara no solamente a la estructuración del acto de fallamiento sino también a la necesidad de obtener su pronta reincorporación a lo social, a lo colectivo y, por ende, a la vida misma. Esa es la cuestión que se debe decidir: justicia social como resultado del tratamiento legal objetivo y no como se ha pretendido plantear el debate colocándolo entre los extremos de la justicia social o el derecho penal como tal.

## 2.2. El enfoque criminológico

La criminología, como ciencia que estudia bien los factores asociados o la etiología misma del delito, no permanece ajena a este debate. Y es desde sus postulados y la influencia que ejerce en el derecho y la dogmática como tal como puede entenderse con claridad el alcance del problema. Las escuelas como tales no son cosa distinta de conceptualizaciones necesarias alrededor de uno u otro paradigma para definir el objeto de estudio criminológico. Veamos algunas de estas aplicaciones teóricas.

Entiendo que el origen de la discusión es la inveterada pregunta alrededor del . Para la época presente, las diversas teorías sobre la pena han servido de punto de unión entre las concepciones omnicomprendivas del hombre y el derecho y las regulaciones de orden dogmático dadas al interior del sistema jurídico. Así las cosas, como consecuencia de dichas preguntas y deliberaciones se adoptan diversas posturas ya sea positivistas o, por el contrario, críticas que buscan una toma de posición respecto de la pregunta por la legitimidad del derecho penal vigente.<sup>12</sup> Dependiendo de cuál sea la postura se analiza el impacto que tengan los postulados en la jurisprudencia y la prácticas forenses, en el sentido de determinar si es no «correcta», es decir, si cumple o no la función preventiva que se espera de ella. Según se logre o no el propósito de la prevención se distinguirán dichas teorías entre las absolutas (para las que la legitimidad de la pena es independiente del castigo) y las relativas (que entienden que existe un límite a la pena y es precisamente la función preventiva).

Lo anterior es relevante en una discusión alrededor del derecho penal de infancia, o como se ha venido en denominar, «El Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil». Y es relevante, decía, ya que la escogencia del principio desde el cual entender la función de la pena y el castigo decide, a su vez, la perspectiva, es decir, «el paradigma» desde

<sup>12</sup> BOCK, Michael, *Kriminologie. Studienreihe Jura*, München, Verlag Vahlen, 2000, p. 6 supra.

el cual habrá de concebirse la relación de los juveniles con la pena y el sistema penal como un todo. Si se parte de entender la pena desde las concepciones absolutas (*poena est absoluta ab effectu*), el tratamiento que habrá de otorgarse a los juveniles que colisionan con la ley no estará marcado por consideración alguna que no sean las que dicta el mismo sistema penal; por el contrario, si se opta por una concepción relativa de la pena (*poena est relativa ad effectum*), ésta tendrá legitimación en los términos ya mencionados si y sólo si es «correcta» en términos de garantizar la prevención del delito. En la búsqueda de dicha legitimidad, el operador deberá resolver qué tratamiento penal otorgará a determinadas personas, y adicionalmente si extenderá o no a los niños y niñas adolescentes dichos beneficios. Ni más ni menos que la discusión alrededor de la inimputabilidad que tiene consecuencias profundas en la política criminal de los pueblos civilizados. Este es uno de los temas vitales en la discusión colombiana alrededor de otorgar o no a los juveniles un tratamiento penal especializado. Más allá, una discusión alrededor de estas escuelas significará lograr la certeza de las metas y razones del Estado social de derecho o la permanencia de formas del Estado absolutista y hegemónico. Retaliación o prevención, parecieran ser las alternativas. En tratándose de juveniles, esta dicotomía o binomio, como se le mire, ha demostrado que no contribuye al esclarecimiento certero de la manera del cómo intervenir a quienes sin ser niños (franja 14 en adelante) tampoco podría aseverarse que son adultos como tales para que su tratamiento se diese ya no de cara a la preservación de su espacialísima condición determinada por la edad sino mediante la utilización de las causales de exculpación o los atenuantes de la pena consagrados en la dogmática punitiva.

### **2.3. De las disyuntivas en el tratamiento: Imputabilidad o inimputabilidad**

Hasta la fecha la opción ha sido clara: el menor de edad es inimputable, con lo que el tratamiento deja de ser punitivo-preventivo para pasar a ser tutelar-terapéutico. La discusión alrededor de la legitimidad de las medidas está proscrita, pues se «presupone» que el juez tutelar actuará como un buen padre de familia y habrá de orientar al joven denominado «infractor» hacia el buen vivir. Cuestión problemática, que al menos para el caso colombiano trae perplejidades ciertas, como lo es la tasa de reincidencia y la imposibilidad de lograr la tan defendida «reeducación» del juvenil. Si a lo anterior se suma que la sociedad exige cada día más y severas medidas que conjuren el problema de la falta de seguridad en las ciudades y presupone además que son los jóvenes quienes con

su conducta contribuyen de manera significativa al incremento de las tasas de violencia y actos vandálicos, se explica la tendencia de algunos gobiernos a resolver el dilema por el «fast track» o vía rápida: descender la edad de imputación penal y otorgarles un tratamiento penal ordinario pero con la aplicación de las causales de aminoramiento de la pena dadas sus condiciones particulares derivadas de la edad y de la marginalidad crecientes en la población. Sólo que el problema no es tan sencillo. Descender la franja de imputación penal equivale a incluir al juvenil en los propósitos y consideraciones de la política criminal como un todo, lo que en la práctica equivale a incluir finalmente a los jóvenes en los planes y programas gubernamentales para el tratamiento ordinario de la población carcelaria y de la administración de los centros penitenciarios, criterios que a todas luces son lesivos de la condición del juvenil. De otra parte, significa permitir el juzgamiento de los juveniles por jueces penales ordinarios que al menos es de suponerse no tienen el experticio necesario para conocer e investigar las particulares condiciones que rodean dichos actos infraccionales de los juveniles. De ahí en adelante el camino se hace aun más escabroso: abandonada la necesidad de la reinserción a la cultura civil y a la vida social, el juvenil quedará atrapado en las políticas ordinarias para la administración de las penas, como lo son la libertad vigilada, el arresto domiciliario, la casa cárcel y la condena ambulatoria, entre otras, con lo que desaparecerá para él la garantía misma de su condición de juvenil, consagrada por vía constitucional en Colombia en el artículo 45 de la Carta Política. La decisión de rebajar dicha edad no es solamente política, es esencialmente ético-política por las hondas repercusiones que tiene en la vigencia de los derechos fundamentales del juvenil.

### 3. LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA JUVENIL. CONSIDERACIONES DE DOGMÁTICA JURÍDICA

#### 3.1. Estructura general

Un sistema de Justicia Juvenil presupone la instauración de un modelo jurídico que subsuma tres rasgos básicos: a) Un catálogo de principios y garantías de orden procesal y material que legitimen el acto de fallamiento; b) que exista clara concordancia con los mandatos de la Carta Política en lo que tiene que ver con derechos fundamentales de infancia, que para el caso colombiano están listados al artículo 44 de dicha obra, y c) que tanto los principios de procedimiento como las garantías y la preservación de derechos fundamentales tenga de cara a su aplicación un objetivo central: el interés superior del niño como mandato central de la doctrina de protección integral. Veamos.

### 3.1.1. *Un catálogo de principios y garantías*

Para efectos de la doctrina de protección integral se entiende que un *Sistema de Justicia Juvenil* está contenido, en lo que al derecho internacional de infancia se refiere, en tres estatutos básicos: 1. La Convención Internacional de Derechos del Niño en su artículo 40 especialmente, 2. Las Reglas de Beijing y 3) Las Directrices de RIAD. Estos tres estatutos cumplen con estar orientados a la infancia y reconocen «al niño como sujeto de derechos y libertades fundamentales»<sup>13</sup>, y además recalcan «la necesidad de que en todas las medidas relativas a los niños la consideración primordial sea el interés superior del niño»<sup>14</sup>. La propuesta contenida en la CIN opera ENTONCES básicamente en dos vías: De una parte se refiere a la estructura misma del proceso que culmina con el fallo respectivo, y de la otra opera como catálogo de deberes a cargo del Estado, la sociedad y la familia, los cuales en virtud del principio de *corresponsabilidad* deberán velar por el impacto «correcto» del fallamiento. Así, no se trata de un sistema normativo cualquiera: es dogmático en cuanto a la estructura de los dispositivos pero interdisciplinario en los presupuestos para su aplicación, pues presupone el accionar entre la familia, la sociedad y el Estado para el logro de dichas garantías y principios. La articulación entre estos factores conforma realmente el sustrato de la protección integral, pues para la efectividad de la ley se asume la *corresponsabilidad* como principio fundante y el *interés superior del niño* como valor último que debe ser protegido.

De ahí que no pueda pensarse en una propuesta de justicia juvenil sin que ésta se articule estrechamente con los principios generales de la protección integral, del interés superior del niño y la corresponsabilidad ya mencionada.

En primer término revisemos los principios y garantías como tales. Para este efecto reproduzco la tabla normativa propuesta por García Méndez<sup>15</sup>, profesor asociado de la Cátedra Ciro Angarita por la Infancia, en la que se relacionan de manera puntual los principios básicos junto a los dispositivos de la CIN. Como puede observar en la tabla, según la propuesta mencionada, se trata de ocho principios básicos que determinan la vigencia de la CIN, RIAD y BEIJING y que deben ser adecuados a derecho interno en cada país signatario.

<sup>13</sup> Informe sobre el Noveno período de Sesiones, mayo/junio de 1995. UNICEF, 1991.

<sup>14</sup> *Op. cit.*, mayo/junio de 1995.

<sup>15</sup> *Op. cit.*, p. 94.

<i>Principio jurídico básico, sustancial y procesal</i>	<b>Convención Internacional</b>	<b>Reglas de Beijing</b>
<i>Principio de Humanidad:</i> Se basa en el principio de responsabilidad social del Estado y en la obligación de asistencia para un pleno proceso de resocialización. Se deriva de aquí la prohibición de penas crueles y degradantes.	Art. 37, incs. a - c	Art. 1, 1.4
<i>Principio de legalidad:</i> Se traduce en la prohibición de existencia de delito y pena sin la preexistencia de ley anterior ( <i>nullum crimen, nulla poena sine lege</i> )	Art. 37, inc. b Art. 40, inc. 2a.	Art. 2, 2.2. b. Art. 17, 17. 1.b.
<i>Principio de jurisdiccionalidad:</i> Presupone la existencia de los requisitos esenciales de la jurisdicción: juez natural, independencia e imparcialidad del órgano.	Art. 37, inc. d. Art. 40, inc. 2.	Art. 14, Inc. 14.1
<i>Principio de contradictorio:</i> Presupone una clase de definición de los roles procesales (juez, defensor, ministerio público)	Art. 40, inc. 2b, II-III-IV-VI III-2-3 b.	Art. 7, inc. 7.1
<i>Principio de inviolabilidad de la Defensa:</i> Presupone la presencia de defensor técnico en todos los actos procesales desde el momento en que se imputa la comisión de una infracción.	Art. 37, inc. d. Art. 40, inc. 3	Art. 7, 7.1 Art. 15, 15.1
<i>Principio de impugnación:</i> presupone la existencia de la posibilidad de recurrir ante un órgano superior.	Art. 37, inc. d. Art. 40, inc. 2.b.V.	Art. 7, 7.1
<i>Principio de legalidad del Procedimiento:</i> Presupone que el tipo de procedimiento debe estar fijado por la ley y no puede quedar librado a la discrecionalidad del órgano jurisdiccional.	Art. 40, inc. 2.b.III	Art. 17, 17.4
<i>Principio de Publicidad del Proceso:</i> Hace referencia a la posibilidad que deben tener los sujetos procesales de tener acceso a las actas del proceso. Al mismo tiempo se refiere a la conveniencia de proteger la identidad de niños adolescentes como forma de estigmatización.	Art. 40, inc. 2.b.VII	Art. 8, 8.18.2

### 3.1.2. *Compatibilidad con la Carta Política*

Que cualquier Estatuto de Responsabilidad Juvenil cumpla con los mandatos específicos de la Carta Política nacional, es de importancia capital. Para el caso colombiano, dicha adecuación constitucional se ha venido presentando de manera perversa. Me explico: Desde la promulgación de la CIN y de la Constitución política y el Código del Menor han sido varios los fallos de la Corte Constitucional en los que se ha refrendado la exequibilidad de los dispositivos del Código del Menor. Así, ha sido la misma Corte Constitucional la que ha venido declarando la exequibilidad de varios dispositivos del Código del Menor. Sin embargo, recuer-

dese que dicho Código fue concebido desde la doctrina de «Situación Irregular», que riñe abiertamente con los postulados de la CIN. De ahí la confusión profunda en el sistema de infancia y adolescencia. Un código no ajustado a la CIN pero declarado en varios apartes adecuado a la Carta Política de 1991. ¿Qué pasó? –En mi criterio, la necesidad de dar certeza al sistema hizo que se aplicaran varias líneas jurisprudenciales que en últimas buscan lo mismo: un tratamiento garantista para el menor. Ejemplo de lo anterior han sido varios de los fallos de la Corte en materias como adopción, alimentos, nombre y domicilio, filiación, etc. Fallos que en verdad han dibujado acertadamente el panorama de la infancia y despejado las confusiones en cuanto a sus derechos fundamentales. Quiero referirme en particular a dos cuestiones solamente:

■ *Estructura general de los artículos 28, 44 y 45 de la Carta Política*

A los artículos 28, 44 y 45 se listan los derechos fundamentales de todos los asociados. En otros aportes he analizado dichos derechos en detalle. Aquí tan solo los menciono como referencia de lo que debe ser un Estatuto de Responsabilidad Penal de Infancia y Adolescencia. La sujeción de todas las normas del sistema a la Carta Fundamental y a los tratados internacionales, en este caso la CIN, constituye el así llamado «Bloque de Constitucionalidad», ya definido en la doctrina colombiana. Y es a este conjunto de normas al que me refiero cuando presento como condición para un adecuado Estatuto el que exista la necesaria cohesión del sistema. Es esto lo que he llamado reiteradamente la «constitucionalización» del derecho positivo. Para el caso concreto, todo estatuto atenderá al mandato del Art. 28 de la Carta, que establece el derecho fundamental a la libertad, que no podrá ser conculcada o limitada sino en virtud de mandamiento escrito, con las formalidades legales, es decir, previo el juicio justo y conforme a las garantías constitucionales.

■ *El principio del debido proceso*

Al Art. 29 se introduce el principio del debido proceso que implica todo un catálogo de garantías procesales que no es éste el lugar de enunciar, y en lo referente al artículo 44 y 45 ya es común mencionar que en forma de catálogo abierto enumeran los derechos fundamentales de infancia y adolescencia y juventud. Igualmente traen consigo la mención a los jóvenes y ancianos y la consagración de los adolescentes como sujetos plenos de protección a cargo del Estado. Estas esferas deberán estar consagradas en cualquier propuesta de Estatuto para la Justicia Juvenil. Por lo tanto, no basta con una justicia tutelar, que permita un manejo paternal

del joven en conflicto con la ley. Deben satisfacerse los requerimientos del debido proceso, y ya se sabe que este concepto viene aparejado con sendas garantías reconocidas en todos los estados que no pueden ser conculcadas en aras de un tratamiento benévolo o paternalista.

### 3.1.3. El principio del «interés superior del niño»

Para definir tan complejo principio ha dicho la Corte Constitucional<sup>16</sup>:

*[...] se trata de un principio de naturaleza constitucional que reconoce a los menores con una caracterización jurídica específica fundada en sus derechos prevalentes y en darles un trato equivalente a esa prelación, en cuya virtud se los proteja de manera especial, se los defienda ante abusos y se les garantice el desarrollo normal y sano por los aspectos físico, psicológico, intelectual y moral, no menos que la correcta evolución de su personalidad. (Cfr. sentencias T-408 del 14 de septiembre de 1995 y T-514 del 21 de septiembre de 1998).*

De dicha definición, entre otras muchas, advierte la Corte que se trata de un particular principio por el cual todas las actuaciones, tanto privadas como públicas, que versen sobre derechos o intereses de los niños y los adolescentes estas decisiones deberán consultar este principio, es decir, estar dirigidas de manera clara e incontrovertible al logro de las potencialidades de los niños y la satisfacción de sus derechos y prerrogativas. Desde esta perspectiva, el principio debe entenderse como fundante de todo el moderno derecho de infancia y adolescencia. En particular, diseñar un Estatuto de Responsabilidad Penal para los jóvenes habrá de implicar, en lo metodológico, una aproximación de orden objetivo, quiere decir, científica-instrumental, para la determinación de las medidas a utilizar, de otra parte, en cuanto a sus fines, una redefinición del enfoque penal como tal, para impedir el juzgamiento de cara a las «situaciones estructurales», a la «patologización» misma de dichas circunstancias y al tratamiento tutelar. En este orden de ideas, es del «interés superior del niño», el que se impida un tratamiento «automático» quiere decir, que a un determinado delito le correspondan determinadas medidas específicas. Estas deben aplicarse conforme a un estudio científico, que como ya decía, consulte las circunstancias sociales mismas del juvenil y además pueda establecer un pronóstico sobre la utilidad de éstas. En otras palabras, el fallamiento en derecho

<sup>16</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-1064 de 2000.

no será otra cosa que el punto final de la aplicación simultánea de instrumentos valorativos y sociopedagógicos y no al revés: aplicar estos instrumentos para aligerar o aliviar el impacto de la pena en el juvenil. Auscultar siempre el caso concreto, evitando el «etiquetamiento» que se da de muy diversas formas. ¿Cómo escoger la medida aplicable? –he ahí la cuestión central. No es dable, de cara a este principio del «interés superior», automatizar su aplicación. Dicha escogencia hace, por consiguiente, que el proceso para determinar la responsabilidad del joven sea esencialmente garantista: sólo si se auscultan en verdad las condiciones mismas y se evitan posturas generalizantes se podrá hacer verdadera justicia al juvenil. Las opciones en manos del juez son muy variadas: libertad provisional, asistencia a tratamientos anti-violencia, desintoxicación por drogadicción, etc. En pocas palabras: tratamiento humano y científico para aplicar la medida, pero siempre desde un catálogo, que preserve las garantías constitucionales y haga cierto este principio, angular en el derecho juvenil. Es éste el alcance propuesto a las hipótesis contempladas en los artículos 37 y 40 de la CIN.

### 3.2. La edad mínima penal

Quisiera referirme brevemente a la edad mínima para establecer la responsabilidad penal. Está claro que ésta marca el límite mínimo de edad a la cual pueden ser juzgados los menores de edad conforme al sistema punitivo. La CIN trae claras instrucciones sobre cómo fijarla. Si bien, conforme a sus disposiciones, cada país signatario tiene amplia libertad para determinarla, la recomendación contenida en el punto 3 a del artículo 40 va dirigida a establecer una edad mínima antes de la cual *se presume* que el niño o niña no tiene capacidad para delinquir. Dicha capacidad tiene que ver en lo fundamental con la condición humana de orden intelectual para adecuarse conforme a su propia conducta y entender plenamente las consecuencias del hecho perpetrado. La presunción establecida en la edad mínima obliga a probar lo contrario, quiere decir, que el menor, a pesar de estar por debajo de dicha edad, sí podía comprender el hecho criminal y la ofensa a la sociedad. En este sentido, cualquiera sea la edad que se fije, ésta opera a título de garantía fundamental, como quiera que de no existir, el tratamiento penal a los menores sería indiscriminado, de tal suerte que todos los que colisionen con la ley deberían llegar al circuito judicial del respectivo país. Precisamente, para impedir dicha situación es que se recomienda fijar una edad mínima. Para el caso colombiano, dicha edad permanece en los 18 años. La propuesta de la mesa de redacción del Código del Niño parte del supuesto de entender que dicha edad permanece inalterada pero los

menores de edad deben ser declarados responsables penalmente conforme a un catálogo de delitos previamente determinado en la misma ley, existiendo, a la vez, la posibilidad de utilizar un amplio sistema de medidas sociopedagógicas, con plena aplicación del principio de proporcionalidad. La detención será siempre la *ultima ratio* en el sistema. Lo que preocupa es la ausencia de instrumentales científicos que permitan, para el caso concreto, un manejo objetivo de las medidas aplicables.

Así las cosas, el límite de la edad mínima, por sí solo, no logra los resultados garantistas que se pretenden con un Sistema de Responsabilidad Juvenil. Se requiere el diseño de medidas específicas alternativas a la reclusión. Una edad mínima, sin medidas específicas de claro corte sociopedagógico, no conjura el peligro de una indebida judicialización de las causas en las que se ven involucrados los juveniles. Si dichas medidas, incluidas las de detención en medios especializados, son diseñadas con el pleno de los requerimientos, el que la edad suba o baje hacia la franja de dieciséis años no es de por sí un motivo de alarma en el sistema. La violación a las garantías fundamentales de los jóvenes no se da *per se* según la franja donde se establezca la edad mínima: se da, a no dudarlo, por la ausencia de un tratamiento garantista que es el resultado del juicio objetivo, no conforme a la personalidad, sino conforme al hecho, y además por el estudio del caso concreto, el diseño científico de las medidas que se deben utilizar y un instrumental que permita la debida utilización, diagnóstico y aplicación de las opciones correspondientes.

## CONCLUSIONES

Concluir sobre este tema obliga a resaltar tan solo los rasgos esenciales de un Sistema de Responsabilidad Juvenil. Sin embargo, ya advertí que dicho enfoque privilegia una percepción específica sobre el fin de la pena, que en lo que concierne al tratamiento de los menores de edad que colisionan con la ley penal, no consulta las garantías fundamentales consagradas en los ordenamientos internacionales. Se impone pues una visión criminológica, social y preventiva, acorde con los postulados de la doctrina de protección integral, que permita una visión ampliada del problema. Así, proponemos estos puntos básicos para formular la cuestión del tratamiento a los juveniles:

1. Un Sistema adecuado a la *protección integral* presupone la preservación de las garantías específicas de orden fundamental consagradas en la CIN, las Reglas de Beijing y las Directrices de RIAD, que conforman

la trilogía básica sobre la cual se estructura el sistema dogmático para el tratamiento de los actos punibles cometidos por juveniles. Su aplicación erradica el paradigma actual de la *situación irregular*, impidiendo así el *fallamiento tutelar* vigente en el Código del Menor colombiano.

2. Necesidad imperiosa de instaurar una *jurisdicción especializada* en el fallamiento de las causas penales de los juveniles. Esta jurisdicción como tal presupone la presencia de la Fiscalía Especializada que acometa la indagación y el recaudo de la prueba. El joven debe ser oído, y conforme a su versión se habrá de estructurar el debido proceso. Las providencias emanadas de la primera instancia serán revisadas por cuerpos colegiados en los Tribunales Superiores de Distrito Judicial en aplicación estricta del *principio de dos instancias*.
3. Se requiere introducir un juzgamiento garantista, acorde con el cual, el juvenil no esté a merced de la discrecionalidad por parte del juez en la aplicación de las medidas y cuya finalidad última sea su inserción efectiva a lo social.
4. En la búsqueda de dicha finalidad, imperioso es redefinir el papel del derecho penal, para adoptar una postura garantista que respete la condición del niño, niña y joven ante la ley. No es lo mismo un fallamiento de orden tutelar a uno esencialmente garantista.
5. Un fallamiento de corte garantista presupone la presencia de la Fiscalía General de la Nación, la defensa técnica en manos de un defensor público, las dos instancias, un catálogo de delitos previamente determinado en la ley, instrucciones específicas al juez sobre la manera de aplicar medidas, y por sobre todo, un instrumental científico que otorgue objetividad a la escogencia de las mismas.
6. La determinación de las *circunstancias sociales* básicas del menor no es suficiente: se requiere avanzar hacia un *tratamiento integral* en el que se conjuguen claramente la asistencia básica con el tratamiento garantista penal del juvenil. En otras palabras: el juzgamiento como tal debe efectuarse conforme al catálogo de delitos, quiere decir, de cara *al hecho y no de cara a la personalidad del juvenil*. Garantismo en esto significa que no puede ser encausado sino conforme a las reglas *del debido proceso* universalmente reconocidas.

7. El principio del *interés superior del niño* debe tener plena aplicación en todo lo referente a su juzgamiento, medidas que se vayan a decretar, etc. La misma noción de *Sistema* de Responsabilidad Penal hace alusión a la prevalencia de los derechos del niño como tal, es decir, entender que cuando un juvenil colisiona con la ley lo hace ante una falla específica en las formas como la familia, la sociedad y el Estado han debido garantizar sus derechos. Esta perspectiva será definitiva en el tratamiento de la franja 12 a 14 años.
  
8. Instauración de dos líneas rectoras: Debido proceso en el juzgamiento pero *finalidad educativa* en las medidas aplicables. Así, la reclusión será de *ultima ratio*, última medida que podrá aplicarse, evitando los eufemismos: eliminar nociones como centros de reeducación semi-cerrados, cerrados, etc., y hablar claramente de la reclusión como tal pero siempre conforme a las garantías básicas consagradas en las *Reglas para la Detención* de juveniles.