

METODOLOGÍA DE IMPOSICIÓN DE LA SANCIÓN PENAL A ADOLESCENTES EN EL CÓDIGO DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA DE LA LEY 1098 DE 2006¹

 **Rodolfo Mantilla Jácome**

Universidad Autónoma de Bucaramanga,
Bucaramanga, Colombia
rmantilla3@unab.edu.co

 **Carolina Bayona Rangel**

Universidad Autónoma de Bucaramanga,
Bucaramanga, Colombia
jbayona8@unab.edu.co

 **Carlos Mario Frías Rubio**

Universidad Autónoma de Bucaramanga,
Bucaramanga, Colombia
cfrias@unab.edu.co

RESUMEN

El presente artículo se pregunta por la metodología en la imposición a la sanción penal de adolescentes, que se encuentra en tensión entre el derecho penal de acto dispuesto para todas las personas y el derecho penal de autor con normas especializadas que aluden a la edad, circunstancias y necesidades del adolescente. A esta pregunta se llega mediante la descripción de las características normativas de la sanción penal a adolescentes a partir de los modelos teóricos de responsabilidad de adolescentes, la sistematización de las fuentes del derecho y la interpretación de las normas de la Ley de infancia y adolescencia en Colombia, en conjunto con los principios constitucionales que rigen la

¹ Producto final de del proyecto de investigación “Criterios modulares de la sanción en responsabilidad penal de adolescentes”, con fecha de inicio en agosto de 2015 y finalización en septiembre de 2016; avalado y financiado por la Universidad Autónoma de Bucaramanga, Centro de Investigaciones Socio Jurídicas Laureano Gómez Serrano, Grupo de investigación Familia, Género y Conflicto.

responsabilidad penal y los derechos de los niños y adolescentes. Como resultado se encuentra que la imposición de la sanción penal obedece a unos criterios de prevención general, proporcionalidad y prevención especial que deben ser analizados en un orden específico para garantizar los derechos de los adolescentes.

Palabras clave: Derecho penal de acto, garantías penales de adolescentes, imposición de la sanción penal.

METHODOLOGY FOR IMPOSING CRIMINAL PENALTIES ON ADOLESCENTS AS PER THE CODE OF INFANTS AND ADOLESCENTS OF LAW 1098 OF 2006

ABSTRACT

This article raises questions on the methodology of imposing criminal penalties on adolescents, which is in tension between offense-based criminal law provided for all people and offender-based criminal law with specialized regulations that allude to the age, circumstances and needs of the adolescent. This question was raised by describing the regulatory characteristics of criminal penalties for adolescents based on theoretical models of the responsibility of adolescents, the systematization of sources of law and the interpretation of the Colombian Law of Infants and Adolescents, along with the constitutional principles that govern criminal responsibility and the rights of children and adolescents. As a result, it was found that imposing criminal penalties follows general prevention, proportionality and special prevention criteria, which must be analyzed in a specific order to ensure the rights of adolescents.

Keywords: offense-based criminal law, criminal guarantees of adolescents, imposing criminal penalties.

INTRODUCCIÓN

El presente artículo es el producto final del proyecto de investigación “Criterios moduladores de la sanción en responsabilidad penal de adolescentes”. En este se describen las disposiciones y reglas de imposición de la sanción penal a adolescentes en el marco de la Ley 1098 de 2006, la Constitución y el Bloque de Constitucionalidad que establece los principios que rigen la colisión entre los intereses de la sociedad en proteger bienes jurídicos mediante el derecho penal y el interés superior y prevalente de los adolescentes que infringen la ley penal.

El objetivo general de este trabajo es establecer los elementos normativos para imponer la sanción penal a adolescentes. La Ley 1098 de 2006 establece criterios de prevención general, retribución y de prevención

especial. La prevención especial es problemática puesto que es difusa y de difícil determinación, lo que trae incertidumbre en las sanciones, y esto es contrario al principio de legalidad de las penas. Asimismo, permite un derecho penal de autor que, indebidamente aplicado, disminuye el estándar de garantías de los adolescentes por debajo del sistema de adultos, lo cual es manifiestamente contrario a la Constitución en su artículo 44, en el que impone que los niños y adolescentes gozarán de los mismos derechos fundamentales que los adultos.

Mediante la implementación de la normativa jurídica en materia de garantías penales, se propone solucionar la incertidumbre y las contrariedades que significa el derecho penal de autor en la imposición a la sanción. Esto se logra mediante el establecimiento de un orden lógico de análisis en los criterios para imponer la sanción a adolescentes.

1. Los adolescentes como sujetos de derecho penal

Los principios del régimen de responsabilidad penal de adolescentes están contemplados en la Constitución Política (artículos 45, 44 y 29) y el Bloque de Constitucionalidad del que se señala la Convención Internacional de los Derechos del Niño, y los instrumentos técnicos que la desarrollan, a saber, las *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores* o “Reglas de Beijing” (aprobadas mediante la Resolución 40/33 del 28 de noviembre de 1985) y las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (aprobadas mediante la Resolución 45/113 del 14 de diciembre de 1990). Principios constitucionales y compromisos internacionales en Derechos Humanos desarrollados por la Ley 1098 de 2006.

El anterior sistema normativo tiene como fundamento un tratamiento penal diferenciado para los adolescentes por su condición de vulnerabilidad y por ser sujetos en formación (Hoyos, 2013). Esto se traduce en un tratamiento punitivo diferente en el que la sanción penal está dirigida a finalidades específicas restaurativas y educativas (artículo 178, Ley 1098 de 2006). Las restaurativas para aquellos adolescentes inmersos en el delito por cuenta de deficiencias familiares o socio económicas. La sanción tiene como propósito restablecer los derechos del adolescente. En concordancia, la finalidad educativa se soporta en que el adolescente es un sujeto aún en formación, por lo que necesita un tratamiento diferenciado.

El régimen de responsabilidad previsto para los adolescentes, de acuerdo con los principios constitucionales (artículos 44 y 45 de la Constitución Política) e internacionales (Ley 12 de 1990) establecen un sistema de responsabilidad contrario al antiguo sistema tutelar o de situación irregular, que consideraba como incapaz al menor de edad, a quien no se trataba como sujeto de derechos sino como objeto de protección (Hoyos,

2013). En consecuencia, las conductas delictivas de menores de edad eran motivo de medida de aseguramiento en la que se atendía a las condiciones del sujeto sin importar esto un juicio penal con las mismas garantías de los adultos.

El modelo de responsabilidad penal de adolescentes establecido por el ordenamiento superior y desarrollado por la Ley 1098 de 2006 comprende a los adolescentes como sujetos plenos de derechos y capaces de comprender sus actos y hacerse responsables de estos mediante una sanción penal. Por lo tanto, tiene como columna vertebral que los adolescentes gocen al menos de las mismas garantías que los adultos en un juicio, es decir, que su responsabilidad sea valorada desde las categorías dogmáticas de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, con las formas propias del proceso penal.

La sanción penal de adolescentes está basada en la capacidad de estos para asumir jurídicamente las consecuencias de sus conductas delictivas. No obstante, dadas las condiciones especiales del sujeto y la prevalencia de sus derechos, las consecuencias del delito han sido reguladas en su integridad por el régimen de adolescentes en los términos del artículo 152 de la Ley 1098 de 2006 que exige las garantías propias de la ley penal para la declaración de responsabilidad (Frias, 2017). Así lo ha entendido la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia:

A este respecto es necesario puntualizar que el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, con el fin de garantizar el trato especial y diferenciado de éstos en relación con el dispensado a los adultos que infringen la ley penal, aun cuando en la parte sustantiva es dependiente de las categorías dogmáticas propias del Código Penal (Ley 599 de 2000), pues las hipótesis de violación por las que puede responder un menor de edad son las definidas allí como delitos —atendiendo sus elementos (tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad); los institutos de la autoría y la participación; la tentativa, y las modalidades subjetivas del tipo (dolo, culpa, preterintención), etc.—, igualmente es autónomo respecto de la consecuencia jurídica, pues contempla una serie de medidas para sancionar al menor transgresor de naturaleza y contenido distinto de las establecidas para los mayores de edad, las cuales responden también a unos fines diversos, y tienen sus propios criterios de selección y dosificación. (CSJ, SCP, 7 jul. 2010, SC, 33510, J. Socha Salamanca)

2. La sanción penal de adolescentes

La sanción penal a adolescentes es desarrollada por los instrumentos internacionales, a saber, la Convención Internacional de los Derechos del Niño aprobada por la Ley 12 de 1990 y que hace parte del bloque de constitucionalidad, así como las *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para*

la *administración de la justicia de menores* o “Reglas de Beijing” (aprobadas mediante la Resolución 40/33 del 28 de noviembre de 1985) y las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (aprobadas mediante la Resolución 45/113 del 14 de diciembre de 1990). Estos dos últimos instrumentos no han sido incorporados como tratados internacionales propiamente dichos, pero sí tienen reconocimiento como desarrollo de los principios fundamentales en la Ley 12 de 1990 (preámbulo) que adopta el Tratado Internacional sobre los Derechos del Niño. Por otra parte, la jurisprudencia constitucional los entiende incorporados al bloque de constitucionalidad así:

Dichos instrumentos han sido considerados por la jurisprudencia de esta Corporación como la “codificación de las principales obligaciones internacionales de Colombia en la materia”, y como tales han sido considerados como parámetros de control de las disposiciones legales que regulan la materia. (CC, 30 sep. 2009, C-684, H. Sierra Porto).

En similares términos, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, luego de citar estos instrumentos internacionales les ha conferido efecto jurídico vinculante así:

Los citados documentos, por constituir doctrina autorizada en materia de protección de derechos humanos o expresiones consuetudinarias de derecho internacional humanitario, no solamente pueden, sino que deben ser considerados pieza integral del bloque de constitucionalidad, en la medida en que están referidos a la interpretación, concreción y activación de principios generales y mandatos fundamentales explicitados en diferentes tratados internacionales ratificados por Colombia, siendo por lo tanto vinculantes en el ordenamiento interno según lo dispuesto en los artículos 44, 45, 93 y 94 de la Constitución Política, y deben ser acogidos en los casos de procesamiento de menores de edad por violación de la ley penal. (CSJ, SCP, 7 jul. 2010, SC, 33510, J. Socha Salamanca)

El sistema de fuentes del régimen de responsabilidad penal de adolescentes, incluyendo su sanción, se desarrolla esencialmente en el plano constitucional y el bloque de constitucionalidad. A su vez, los anteriores principios son desarrollados por la Ley 1098 de 2006 con carácter de ley especial y por el Código Penal en aquellas garantías comunes con el sistema de adultos.

3. Edad del adolescente

La Convención Internacional de los Derechos del Niño ordena en el artículo 40, numeral 3, literal a, el establecimiento de una edad mínima antes de la cual los niños o adolescentes no podrán ser sancionados penalmente. Este compromiso lo desarrolla la Ley 1098 mediante el artículo 3 que define como niños a aquellas personas menores de 12 años

de edad y como adolescentes a quienes estén entre los 12 y 18 años de edad. Para efectos penales, el artículo 142 de la Ley 1098 de 2006 excluye de toda responsabilidad a los menores de catorce años, quienes de involucrarse en la comisión de un delito serán solo sometidos a medidas de restablecimiento de derechos.

Las personas mayores de catorce años, en principio son penalmente responsables por disposición del artículo 139 de la Ley 1098 de 2006, pero las consecuencias de esta responsabilidad se encuentran matizadas en función de la sanción, la edad exacta y la gravedad del delito.

El artículo 187 para la sanción de privación de la libertad establece que solo se podrá imponer a aquellos adolescentes en edades entre 16 y 18 años, en delitos cuya pena mínima sea o exceda los seis años de prisión. En este caso al referirse el legislador a delitos con una pena mínima, debe tenerse en cuenta exclusivamente el tipo penal y su pena para comprenderlo dentro de aquellos que motivan la privación de la libertad. No podrán tenerse en cuenta condiciones como la complicidad o tentativa para argumentar una disminución de la pena y excluir la privación de la libertad. Lo anterior porque la ley expresamente señala: “la comisión de delitos cuya pena mínima establecida en el Código Penal sea o exceda de seis años de prisión” (Ley 1098 de 2006, art. 187). En este caso se atiende al concepto de delito con su pena mínima, y no a criterios como la pena imponible o la pena prevista por la Ley, como ocurre con el artículo 313 del Código de Procedimiento Penal. También se impone la privación de la libertad a aquellos adolescentes cuya edad sea o exceda los 14 años por delitos de “homicidio doloso, secuestro, extorsión en todas sus formas y delitos agravados contra la libertad, integridad y formación sexual”.

Así, la Ley 1098 establece que son sujetos de responsabilidad penal los adolescentes mayores de 14 años, pero en relación con delitos graves serán privados de la libertad solo los mayores de 16 años y, solo por tratarse de delitos muy graves contra la vida o la libertad individual, los adolescentes de 14 años en adelante.

4. Las consecuencias de la conducta punible en adolescentes

4.1. Las funciones de la pena

La *teoría de la pena o fundamentación de las sanciones penales en la dogmática penal* se desarrollan en dos grandes posiciones (Bacigalupo, 1994). La primera es la *teoría absolutista*, que tiene como presupuesto la existencia de un orden moral o contenido moral en los derechos. Por lo que el delito como lesión a un bien jurídico exige una reacción que compense el daño provocado. Esta posición contempla la pena con una función eminentemente retributiva, en el que aquel sujeto que causa un mal se debe ser sancionado con otro mal en procura de restaurar la justicia. La

segunda, la *teoría relativista* de la pena no atiende al criterio de justicia u orden moral por restablecer, sino que fundamenta la imposición de la pena en las necesidades sociales, por lo que la prevención de conductas ilícitas es la manera como el derecho penal protege los derechos de las personas. Esta prevención se manifiesta en dos niveles, la *prevención general* que surte efecto antes del delito, en la que las personas que tengan alguna motivación para cometer una conducta típica se persuadan de no hacerlo por cuenta de las consecuencias punitivas que esta acarrearía. Para que esto funcione se requiere que los delitos cometidos sean efectivamente sancionados y así la población se motive frente a una amenaza real de castigo. En consecuencia, se requiere que las personas enjuiciadas tengan la capacidad de comprender la licitud de la conducta y las consecuencias de esta.

El segundo nivel es la *prevención especial*, que opera sobre el sujeto que comete el delito y oscila entre la resocialización y la anulación del delincuente. La resocialización consiste en tratar al delincuente de tal manera que acoja los valores sociales, respete los derechos ajenos y cumpla sus deberes como ciudadano. Desde esta perspectiva, la prisión debe surtir un efecto educativo o de mejoramiento en el preso, de tal manera que aprenda un oficio o pule su personalidad para vivir en sociedad. La anulación del delincuente, como el otro extremo de la *prevención especial* opera al excluir al sujeto de la sociedad mediante severas penas de prisión.

El Código Penal colombiano establece estas funciones de la pena en los artículos 3 y 4 acogiendo ambas teorías de la pena. Pero las funciones de prevención especial y la resocialización son criterios a tener en cuenta en el momento de la ejecución de la pena y no de su imposición. Esta es una garantía que excluye el derecho penal de autor, de tal manera que en la imposición de la pena no se tengan en cuenta condiciones personales del autor, consolidando así un derecho penal de acto en los términos del artículo 29 de la Constitución.

En el sistema de responsabilidad penal de adolescentes la naturaleza de la sanción ha sido objeto de discusión. Para el modelo tutelar o de situación irregular del menor, estas funciones de la pena no corresponden a la medida que se les impone a los adolescentes porque, al considerarlos incapaces o inimputables, no se surten los efectos de retribución o prevención.

Para el modelo de justicia de responsabilidad de adolescentes que reconoce a estos como sujetos capaces, se entiende que la privación de la libertad y demás consecuencias penales son, en esencia, una restricción de derechos fundamentales como consecuencia de una conducta punible (Cillero, 2007). Por ello, la imposición de estas sanciones necesariamente está soportada en uno o ambos principios que rigen las sanciones penales,

es decir, la prevención y la retribución como principios que modulan el conflicto entre los intereses del adolescente infractor y los de la sociedad (D'antonio, 1992).

Vale agregar que estos principios de la pena cumplen una función garantista porque limitan y exigen racionalidad del ejercicio de poder punitivo del Estado, por lo que negarlas en el sistema de adolescentes genera una vulneración a estas garantías incurriéndose en el desconocimiento de derechos propio del modelo tutelar.

4.2. Función de la sanción penal a adolescentes

Las sanciones penales a adolescentes en el régimen colombiano también responden a funciones de prevención y retribución. Esto se aprecia desde el bloque de constitucionalidad en *las reglas de Beijing*, regla 17, sobre principios rectores de la sentencia y la resolución. Esta norma determina que la sanción se debe ajustar a principios de proporcionalidad entre las necesidades del adolescente y de la sociedad con relación a la gravedad del delito. Esto permite concluir que la sanción de adolescentes responde al criterio de proporcionalidad que debe existir entre la gravedad de la conducta y las necesidades de la sociedad.

El artículo 139 de la Ley 1098 de 2006 establece los elementos del sistema penal de adolescentes. Se fundamenta expresamente en el concepto de responsabilidad, que convoca factores como la capacidad del sujeto y las funciones de prevención general y retribución de la pena. Así mismo, contempla el sistema como mecanismo para imponer consecuencias jurídicas a delitos cometidos por personas entre los 14 y los 18 años. Igualmente, el *Estatuto de responsabilidad penal de adolescentes* establece que el proceso penal y las medidas que se imponen a consecuencia de declarar la culpabilidad en la comisión de un delito serán de carácter pedagógico, específico y diferenciado.

El aspecto pedagógico no corresponde a los mismos términos de la prestación de un servicio público de educación, sino que consiste en una educación penal fundada en la prevención especial (COUSO, 2007), que busca la intimidación para evitar futuros delitos, así como la resocialización como capacidad de la persona para vivir en la sociedad y cumplir sus expectativas de vida mediante el desarrollo de actividades lícitas.

Este modelo educativo le atribuye gran importancia a la prevención especial al momento de la imposición de la sanción, al contrario de lo que ocurre en el sistema de adultos, en el cual esta función solo es válida para la ejecución de la pena (Código Penal, art. 4).

Dicha educación también se predica del proceso penal, que no solo es el método y garantía para la declaración de responsabilidad penal, sino que, en conjunto con varios mecanismos como el principio de oportunidad y los medios de reparación a las víctimas, podrá ofrecer al adolescente efectos de prevención especial sin necesidad de emitir una sentencia condenatoria que restrinja innecesariamente sus derechos.

Debe diferenciarse la finalidad pedagógica del sistema penal de adolescentes del derecho a la educación, porque este último es un derecho del adolescente (art. 180) que debe darse en los términos que exige la Constitución, es decir, en libertad (art. 27), en igualdad (art. 13), y con el fin de permitir el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica, y a los demás bienes y valores de la cultura (art. 67). Esto no se lograría si se plantea una educación para personas privadas de la libertad diferente de la que reciben todos los demás adolescentes en libertad. Por ello la finalidad pedagógica debe interpretarse en un instituto diferente a la educación que se recibe como servicio público. Lo anterior no es óbice para que el adolescente privado de la libertad reciba servicios sociales dirigidos a que supere su tendencia a delinquir.

El carácter específico se refiere a que el sistema penal de adolescentes se funda en las calidades especiales del sujeto que es juzgado, por lo que las normas del proceso y las imposiciones de medidas se dirigen a un ser humano en formación, cuyos derechos tienen el carácter de interés superior. Esto quiere decir que deben ser garantizados con relación a otros intereses, por lo que el proceso y la imposición de medidas deben ser acordes con el derecho del adolescente a la educación, a tener una familia, a la salud, a la cultura y demás que, finalmente, le posibiliten el desarrollo personal y pleno en la sociedad.

El carácter diferenciado es la materialización del compromiso internacional por un régimen de responsabilidad penal y de procedimiento penal diferente al de los adultos. Tal principio funge como criterio interpretativo en el que todas las disposiciones del Código Penal y del Código de Procedimiento Penal deberán consultar el interés superior del menor como refuerzo de las garantías penales.

El carácter pedagógico, específico y diferenciado hace referencia a la garantía de justicia restaurativa, de verdad y de reparación del daño. Estos son límites a las posibles interpretaciones más beneficiosas que puedan surgir en relación con la responsabilidad penal del adolescente, que se concretan en los derechos de las víctimas como otra garantía del proceso, además del ya mencionado interés superior de los derechos del adolescente.

En consecuencia, el proceso y la sanción no tienen solo como finalidad el trato diferenciado, pedagógico y específico del adolescente, sino que

además procuran la protección y garantía de las víctimas en un delito, cuyos intereses deben ser satisfechos en términos de verdad, restauración y reparación antes de la implementación de mecanismos alternativos para el tratamiento del menor infractor.

El artículo 161 establece que la privación de la libertad solo procede como medida pedagógica, que, de acuerdo al análisis anterior, no corresponde a la prestación de un servicio público de educación, sino que se traduce en términos de prevención especial con la característica de dirigirse a sujetos especiales en formación, como lo son los adolescentes. Las finalidades de la sanción penal a adolescentes están descritas en el artículo 178 de la Ley 1098 de 2006: “Las sanciones señaladas en el artículo anterior [178] tienen una finalidad protectora, educativa y restaurativa”.

La finalidad educativa radica en el juzgamiento a un sujeto que se encuentra en una etapa de su vida en la que no ha consolidado su formación, por lo que este es susceptible de una intervención que implique un tratamiento diferente en materia de protección y resocialización. Esto le permitirá asumir como propios los valores y conductas que lo capaciten para vivir en sociedad sin lesionar bienes jurídicos o vulnerar el ordenamiento jurídico.

La finalidad restaurativa atiende a las circunstancias de la comisión del delito que indican una situación de vulneración de derechos para el adolescente. Así, se asume que normalmente los adolescentes que delinquen se encuentran en circunstancias de pobreza, abuso, marginalidad entre otras que los llevaron a delinquir. Esta posición se fundamenta en el modelo tutelar y en su aplicación debe evitarse en desconocer otras garantías penales.

La finalidad protectora se refiere a las necesidades de la sociedad y de las víctimas, para las que el derecho penal cumple la importante función de proteger bienes jurídicos, mediante la prevención, con el poder disuasorio de la sanción o el tratamiento sobre el delincuente, para evitar su reincidencia, ya sea por una rehabilitación o extracción del sujeto de la sociedad. Para los adolescentes esta función del derecho penal continúa vigente y reside en esta función de protección. Este criterio es acogido por la Corte Suprema de Justicia: “Ahora bien, la finalidad protectora de todas las sanciones apunta a alejar al menor transgresor y a prevenir a la sociedad de nuevas conductas delictivas por parte de éste” (CSJ, SCP, 7 jul. 2010, SC, 33510, J. Socha).

Así, el derecho penal de adolescentes implica primordialmente la restricción de derechos fundamentales del infractor, por lo que sus medidas no pueden tenerse como un beneficio hacia el adolescente, sino una sanción que para su imposición requiere de todas las garantías propias del derecho penal.

Las funciones de la sanción penal de adolescentes deben incorporar las garantías punitivas de la pena o derecho penal común: “*prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado.*” (artículo 4, Código Penal). No obstante, en cumplimiento de la Constitución y tratados internacionales que imponen como límite punitivo, además de todas las garantías ya existentes, como la prevalencia e interés superior de los derechos del adolescente, estas funciones adquieren formas más complejas. La prevención especial y reinserción social adquieren la mayor importancia y se denominan como función pedagógica.

Las funciones de prevención general y retribución son comprendidas en la función protectora, que desarrolla los intereses de la sociedad que protege el sistema penal de adolescentes. La regla 17 de las Reglas de Beijín establece como principio rector: “La respuesta que se dé al delito será siempre proporcionada, no sólo a las circunstancias y la gravedad del delito, sino también a las circunstancias y necesidades del menor, así como a las necesidades de la sociedad” (Regla 17).

En esta disposición se aprecia como base de la sanción el principio de proporcionalidad a las circunstancias y gravedad del delito, criterios que necesariamente requieren una valoración del daño provocado y la respuesta que jurídica que debe dársele. En esto reside el principio de retribución de la pena. Pero, además, la regla requiere de la ponderación entre las necesidades del menor y las necesidades de la sociedad que es la prevención general de las conductas delictivas. A los criterios de definición de la sanción penal contenidos en el artículo 179 de la Ley 1098 de 2006 les subyacen las funciones de la pena del derecho penal:

1. *La naturaleza y gravedad de los hechos:* La valoración de la naturaleza y gravedad de los hechos requieren criterios de prevención general y retribución, en el que se determine la necesidad de la sanción penal de acuerdo a la afectación de bienes jurídicos por la conducta delictiva del adolescente.
2. *La proporcionalidad e idoneidad de la sanción atendidas las circunstancias y gravedad de los hechos; las circunstancias y necesidades del adolescente y las necesidades de la sociedad:* Esta disposición requiere de la ponderación entre los intereses superiores del adolescente y la necesidad de la sociedad que, en términos penales, son las relativas a prevención general.

Así mismo, se consideran la edad del adolescente (3), *la aceptación de cargos por el adolescente* (4), *el incumplimiento de los compromisos adquiridos con el Juez* (5) y *el incumplimiento de las sanciones* (6). Estos criterios obedecen, a su vez, a los criterios de prevención especial y reinserción social. Atañen a las condiciones personales del sujeto y requieren del fallador para determinar

los requerimientos punitivos de cada caso en concreto.

Las funciones de prevención y retribución también son patentes en el artículo 187 de la Ley 1098 de 2006 que regula lo relativo a la privación de la libertad de los adolescentes, la cual procederá para aquellos mayores de 16 años, declarados responsables por delitos cuya pena mínima sea o exceda los 6 años, para lo cual se prevé una sanción penal de 1 a 5 años. Con lo anterior se desarrolla el principio de interés superior del menor, en el que se imponen sanciones inferiores en menoscabo de los intereses de la sociedad, en materia de prevención. Esto, en procura de la realización de los derechos del adolescente.

Sin embargo, el mismo artículo concede una mayor entidad a los intereses de la prevención que tiene la sociedad cuando se trata de delitos de homicidio doloso, secuestro, extorsión en todas sus formas y delitos agravados contra la libertad, integridad y formación sexual. Para estos casos la Ley ha determinado que procede la privación de la libertad para adolescentes desde los catorce años de edad y que serán sometidos a privación de la libertad de dos a ocho años “con el cumplimiento total del tiempo de sanción impuesta por el juez, sin lugar a beneficios para redimir penas” (Ley 1098 de 2006, art. 187).

Esta última disposición, relativa al cumplimiento de la sanción y la exclusión de beneficios, solo puede entenderse desde la óptica de las necesidades de la sociedad en materia de prevención y retribución, que si bien, no igualan la sanción a la del régimen penal de adultos, sí mantienen una política criminal más estricta para este género de delitos, con el fin de proteger a la sociedad.

También prevé la norma que la privación de la libertad podrá sustituirse por otra de las no privativas de libertad del artículo 177 de la Ley 1098 de 2006, bajo el criterio de prevención especial y reinserción social que el sistema de responsabilidad penal de adolescentes privilegia al introducirse el concepto de interés superior del niño. Esta sustitución en principio no es aplicable para aquellos delitos meritorios de la sanción entre 2 y 8 años de privación de la libertad.

4.3. Sanciones a adolescentes declarados penalmente responsables

El artículo 177 enuncia las sanciones imponibles a los adolescentes que pueden clasificarse como no privativas de la libertad: la amonestación, la imposición de reglas de conducta, servicios a la comunidad, libertad asistida o internación en medio semicerrado. En estas medidas se han minimizado las funciones de prevención y retribución que comprenden los intereses de la sociedad. Esto es modulado por el juez penal de adolescentes de acuerdo a su apreciación sobre los requerimientos pedagógicos y educativos del adolescente.

Por otro lado, se presenta la medida de *privación de libertad en centro de atención especializado*, que consiste en la restricción efectiva al derecho de la libertad del adolescente. Es la forma más restrictiva de sanción contra estos sujetos de especial protección y solo procede por delitos con penas mínimas iguales o superiores a 6 años o por delitos contra la vida, la libertad, y los agravados sexuales. Esta clase de sanción obedece a criterios de prevención y retribución, como los intereses de la sociedad de desmotivar o reprimir estas conductas delictivas.

4.4. Imposición y modulación de la privación de la libertad en adolescentes

A pesar de su flexibilidad y de sus fines pedagógicos, la sanción penal a adolescentes es una restricción de los derechos fundamentales como consecuencia a una conducta ilícita, por lo que no debe incurrirse en el error de considerarse como un beneficio para una persona entre 14 y 18 años, con el pretexto de que se encuentra desprotegida o abandonada.

En consecuencia, las funciones de la sanción penal de adolescentes atienden a las necesidades sociales que satisface el derecho penal: la prevención y la retribución de conductas lesivas para proteger la convivencia pacífica. Frente a estas necesidades se presenta el interés superior del niño, niña o adolescente que realiza conductas punibles.

La imposición de sanciones penales a adolescentes plantea una tensión entre los intereses de la sociedad y el interés superior del menor. Sin embargo, esta posición propone una ponderación que en principio es de insatisfactoria solución por la colisión que se presenta entre la prevalencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes (Constitución Política, art. 44,) y la prevalencia del interés general (art. 1).

Dicha tensión es solo aparente si se atienden a las reglas de interpretación del Derecho Internacional sobre los Derechos Humanos (Cillero Bruñol, 2007), en que los tratados internacionales son compromisos del Estado, por lo que se deben determinar los derechos del niño y los deberes del Estado. Tanto el interés superior del menor como el sistema de responsabilidad penal implican, para el Estado, compromisos internacionales de limitar el poder punitivo, por lo que estos principios no colisionan, sino que se complementan.

Por lo anterior, el interés superior del niño impone una protección adicional en el ámbito del derecho penal, como una garantía ante el sistema responsabilidad penal que ya es, esencialmente, una estructura de garantías con límites al poder estatal. Así, desde el bloque de constitucionalidad se construye un sistema de responsabilidad con garantías reforzadas.

El primer análisis que debe realizar el juzgador, una vez se determina la responsabilidad penal, es la sanación aplicable al caso, cuyas opciones son descritas por el artículo 177. Estas se clasifican en *no privativas de la libertad* y *en privativas de la libertad*. Para la escogencia de una u otra se presentan en algunas reglas imperiosas, y en otros son decisión del juez.

La discrecionalidad del juez es un principio del sistema de adolescentes sentado en el artículo 40, numeral 3, literal b) de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, así como el principio 6 de las Reglas de Beijín. Se tiene por finalidad la desjudicialización de los adolescentes, la privación de la libertad como *ultima ratio*, y la satisfacción de las necesidades especiales de los adolescentes. El juez podrá escoger entre diferentes sanciones la que mejor satisfaga los intereses de la sociedad y los intereses del adolescente. No obstante, en la Ley 1098 de 2006, tienen vigencia reglas que, en delitos concretos, obligan al juez a imponer la privación de la libertad y, en otros casos, generan una tendencia hacia esta medida.

De acuerdo al artículo 187 de la ley 1098 de 2006, cuando el adolescente sea declarado responsable por delitos de "*homicidio doloso, secuestro, extorsión en todas sus formas y delitos agravados contra la libertad, integridad y formación sexual*" será imperiosa la privación de la libertad en los siguientes términos: "En estos casos, la privación de libertad en centro de atención especializada tendrá una duración desde dos (2) hasta ocho años (8), con el cumplimiento total del tiempo de sanción impuesta por el juez, sin lugar a beneficios para redimir penas" (art. 187).

En aquellos delitos específicos, el juez carece de discrecionalidad para determinar una sanción penal diferente a la privación de la libertad. Esta norma privilegia los intereses de la sociedad al reprimir delitos muy graves en menoscabo de las garantías penales para adolescentes. En los demás delitos que sean susceptibles de privación de la libertad, la medida será impuesta por valoración del juez a los criterios del artículo 179 de la Ley 1098 de 2006 cuya interpretación y aplicación se realiza mediante la ponderación que busque optimizar, en la mayor medida posible, los intereses de la sociedad y los intereses del adolescente, juicio que se realizará en cada caso concreto. Así mismo, de considerarse necesaria la privación de la libertad, esta podrá ser sustituida a discreción del juez.

El artículo 179 de la Ley 1098 de 2006 también impone los criterios para la tasación y modulación de la sanción penal, que deben ser valorados en ese orden y de manera progresiva para garantizar la igualdad ante la Ley, el derecho penal de acto y el interés superior del adolescente.

Como ya se ha dicho, un principio fundamental del sistema de responsabilidad penal de adolescentes es que las funciones especializadas de la sanción no pueden ser tenidas como un beneficio, y que estas

deben respetar las garantías que se les conceden a los adultos, por lo que el primer análisis que debe realizar el intérprete es en relación de las funciones y finalidades generales de la sanción penal. Esto es lo relativo a la prevención general y a la retribución como garantías generales de racionalización del ejercicio del poder punitivo del Estado.

El artículo 179 desarrolla las funciones de prevención general y retribución en el numeral 1 y parcialmente en el numeral 2, que llaman al juez a una valoración en términos de la naturaleza y gravedad de los hechos y las necesidades de la sociedad. En esta primera valoración el juez, de acuerdo a esos criterios, estimará una sanción con fundamento a la necesidad, proporcionalidad y racionalidad.

Posteriormente, el Juez valorará progresivamente los criterios 2 (parcialmente), 3, 4, 5 y 6 del artículo 179, a los que les subyace un fundamento de prevención especial, que debe ser un argumento exclusivamente despenalizador (COUSO, 2007). Esto implica que (i) la edad del adolescente, (ii) la aceptación de cargos por el adolescente, (iii) el incumplimiento de los compromisos adquiridos con el Juez, (iv) el incumplimiento de las sanciones y, en especial, (v) las necesidades del adolescente previstas en el numeral 2 deben dirigirse solo a disminuir la sanción penal prevista en términos de prevención general y retribución que fundan los numerales 1 y 2.

La razón de esta valoración progresiva, en la que primero se debe estimar una sanción con criterios de retribución y prevención general, para posteriormente implementar una disminución o despenalización por criterios de prevención especial, obedece a que, de otro modo, se desconocerían (I) las garantías penales propias del sistema de adultos de excluir un derecho penal de autor y, además, (II) la condición de adolescente generaría una desventaja punitiva.

En relación con las garantías básicas del sistema de responsabilidad penal común, debe atenderse la prevención general y la justa retribución, que son garantías penales que limitan el poder del Estado en su forma de Juez penal para castigar a sus ciudadanos. En ese sentido, negar este análisis implica privar al adolescente de una garantía penal elemental.

Por otro lado, la prevención especial en el régimen común, solo se tiene en cuenta en la ejecución de la sanción penal y no en la imposición, lo que cambia diametralmente en el régimen de adolescentes, porque como ya fue demostrado, la prevención especial es un fundamento medular en la imposición de la sanción. Sin embargo, en el régimen penal común se ha excluido la prevención especial como criterio de tasación e imposición de pena, para garantizar el principio de derecho penal de acto, pues la prevención especial atiende a criterios personales, lo que desembocaría en la imposición de penas por criterios peligrosistas o relativos a

clases sociales. Por ejemplo, es un error decidir, en un mismo delito de homicidio, un indigente requiere una mayor pena para resocializarse que una persona con educación superior. Como puede concluirse, la exclusión de la prevención especial en la imposición de la sanción penal también protege el principio de igualdad ante la ley en materia penal.

Así, de nuevo, el criterio de prevención especial debe ser aplicado a los adolescentes solo como criterio despenalizador o disminuyente de la sanción, para que se respete la garantía fundamental de derecho penal de acto y el principio de igualdad.

Para poder disminuir se requiere de la sanción tasada por la valoración de la prevención general y la retribución contenida en el numeral 1 y parcialmente en el numeral 2 del artículo 179, de acuerdo a las características del adolescente, desde la perspectiva de la prevención especial que valorará las necesidades personales del adolescente para ser resocializado y educado.

Esta interpretación permite a los adolescentes declarados penalmente responsables gozar de las mismas garantías penales que los adultos y, al mismo tiempo, la vigencia del interés superior del adolescente, que tiene como consecuencia disminuir la sanción atendiendo a las funciones educativas y restaurativas de la sanción penal.

Conclusiones

El régimen de responsabilidad penal desarrollado en la Ley 1098 de 2006 establece una preponderancia de la función de prevención especial en la imposición de la sanción penal al adolescente. En este régimen se atienden las características personales del adolescente para la imposición de la sanción penal. Esto trae el problema de valorar la conducta de un ciudadano a partir de la prevención especial. La prevención especial es contraria a las garantías penales porque escapan al control que ofrece el principio de legalidad estricto, en el que los presupuestos de la conducta punible son determinados por el legislador y no por el juez (Ferrajoli, 1989, p. 33). Así mismo la prevención especial tiene tendencia hacia el derecho penal de autor en el que se juzga la peligrosidad del sujeto para la sociedad, lo cual es contrario a la garantía constitucional del derecho penal de acto (Constitución Política, art. 29).

En el régimen penal de adolescentes, es un principio trascendental que estos gozan de los mismos derechos y garantías que los adultos. Esto es patente en todas las normatividades (artículo 40, Convención Internacional de los Derechos del Niño; artículo 44, Constitución Política; artículos 151, 140, parágrafo de la Ley 1098 de 2006). En consecuencia, bajo ningún motivo el sistema penal de adolescentes puede resultar más restrictivo que el sistema de adultos.

El sistema de responsabilidad penal de adolescentes tiene fundamento en el interés superior del niño o adolescente, lo que impone la ponderación al legislador para establecer un sistema punitivo más benigno que le permita al condenado la realización de todos sus derechos y expectativas a pesar de haber cometido una conducta punible. A su vez, los principios penales fungen como garantías de límites al poder punitivo del Estado sobre los ciudadanos.

El interés superior del niño en materia penal tiene la naturaleza de ser una garantía adicional al sistema común. A partir de esto es concluyente que los criterios de prevención especial para la imposición de la sanción penal deben respetar las garantías del sistema de adultos. Esto es el derecho penal de acto y la estricta legalidad en el juzgamiento e imposición de penas. Por su parte, la prevención especial es contraria a estos dos principios porque valora las condiciones del delincuente y no la conducta punible. La prevención especial es contraria al principio de estricta legalidad porque le es inherente una enorme discrecionalidad al juez, que determinará por criterios naturales, ontológicos o sociales el merecimiento y necesidad de la pena.

En consecuencia, para que la aplicación de criterios de prevención especial respete las garantías fundamentales en el sistema de adolescentes, esta debe fungir como argumento exclusivamente despenalizador o solo como disminuyente de la sanción penal. Por ello, en el presente artículo se concluye que la tasación de la sanción penal requiere la valoración de criterios de prevención general y retribución. Esto es conforme al orden de los criterios de imposición de la sanción penal que establece el artículo 179 de la Ley 1098 de 2006, en el que el criterio del numeral 1 y parcialmente el numeral 2 se fundamentan en las necesidades de la sociedad que satisface el derecho penal, que deben ser entendidas desde la prevención general y la retribución. Posteriormente, en los numerales 2 y siguientes se desarrollan criterios de prevención especial que, como ya se demostró, deben ser aplicados con finalidades exclusivamente despenalizadoras.

Por último, el sistema de responsabilidad de adolescentes se desarrolla conforme a las exigencias constitucionales de protección de la sociedad y del interés superior del niño, lo que es apreciable en sus normas, que le conceden una amplia discrecionalidad al juez para valorar las condiciones personales de cada sujeto, así como un sistema de sanciones dirigido exclusivamente a la resocialización o educación del adolescente. Pero a su vez, tampoco descuida las necesidades de la sociedad, las cuales siempre son criterio en la tasación de la sanción.

Referencias

- BACIGALUPO, E. (1994). Manual de derecho penal, Editorial Temis, Bogotá.
- CILLERO BRUÑOL, M. (2007). La responsabilidad penal de adolescentes y el interés superior del niño, en UNIFEC, Justicia y derechos del niño, número 9, Santiago de Chile.
- COUSO, J. (2007). Principio Educativo y (re)socialización en el derecho penal juvenil en UNIFEC, Justicia y derechos del niño, número 9, Santiago de Chile.
- D'ANTONIO, D. (1992). El Menor Ante el Delito, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.
- FRIAS, CM. (2017). Fundamentos de la responsabilidad penal de adolescentes en la ley 1098 de 2006. Revista Criterios. Cuadernos de ciencias jurídicas y política internacional. Vol. 10. N.º 2 p. 95-121. julio-diciembre de 2017. <https://doi.org/10.21500/20115733.3787>
- GEISSE GRAEPP, F. (2003). Bases y Limites Para la Responsabilidad Penal de los Adolescentes. En Revista de Derecho, Vol. XIV.
- HALL GARCIA, A. (2004). La Responsabilidad Penal del Menor, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez.
- HOYOS BOTERO, C. (2013). Dilemas Psicojurídicos en materia de derecho penal juvenil, Medellín, Ediciones UNAULA.
- JESCHECK, H. (2002) Tratado de Derecho Penal Parte General, Granada, Quinta edición.
- JIMÉNEZ MARIN, D. (2009). Responsabilidad Penal Juvenil en Colombia: de la Ideología Tutelar a la Protección Integral. En Diálogos de Derecho y Política, Revista electrónica, Universidad de Antioquia.
- MANTILLA JÁCOME, R. (2008). La imputabilidad y la inimputabilidad penal, Editorial Leyer, Segunda Edición, Bogotá.
- MANTILLA JÁCOME, R. (2020). Teoría de la culpabilidad penal. Editorial Leyer. Bogotá, Primera Edición.
- ZAFFARONI, E. (2002). Derecho Penal, Parte General, Ediar, Buenos Aires.

Jurisprudencia

- COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia del 9 de marzo del 2009. Expediente número 32718, J. Zapata Ortiz.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia del 7 de julio del 2010. Expediente número: 33510, J. Socha Salamanca.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia del 22 de mayo del 2013.
Expediente número 35431, J. Zapata Ortiz.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia del 9 marzo del 2016. Expediente: 46614, E. Patiño Cabrera.

Colombia, Corte Constitucional

CORTE CONSTITUCIONAL, 23 de julio del 2008, C-740, J. Araujo Rentería.

CORTE CONSTITUCIONAL, 30 de septiembre del 2009, C-684, H. Sierra Porto.

CORTE CONSTITUCIONAL, 3 de febrero del 2010, C-055, J. Henao Pérez.

CORTE CONSTITUCIONAL, 29 de marzo del 2012, T-260, H. Sierra Porto.