

PROYECTO DE REFORMA AL CÓDIGO DEL MENOR

Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil Documento de Trabajo

Jairo Rogerio Téllez Ariza

Con este título la denominada *Cátedra por la Infancia Ciro Angarita*¹, con apoyo de la UNICEF, ha publicado un importante trabajo que será presentado al Congreso de Colombia en la próxima legislatura que se inicia en el mes de Marzo del año 2.000 y con el cual se pretende entronizar un cambio sustancial a la legislación de menores vigente y en particular al aspecto concerniente a la normatividad del derecho penal de menores de nuestro país.

El pasado 29 de Octubre de 1999, en el majestuoso escenario de la academia UNAB, Auditorio del Campus El Bosque, asistimos al "Foro Regional sobre Responsabilidad Penal Juvenil", nombre que se le dio al evento en cuestión, en el que con suficiencia, efectos de convicción y gran detalle, los doctores Nelson Ortiz Pinilla, Psicólogo Oficial de Proyectos de la UNICEF para Colombia, Carlos E. Tejeiro López, Abogado Investigador y escritor, Director Académico en la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes y Jesús A. Marín, abogado litigante espe-

cializado en temas de criminología y delincuencia juvenil, hicieron la presentación del proyecto, que sin duda, está llamado a generar toda suerte de polémicas provenientes de los distintos estamentos interesados en el tema, como suele ocurrir, siempre que se formulen iniciativas referentes a los problemas de la familia y de la niñez, de gran sensibilidad e impacto social.

De suerte que, por considerar absolutamente necesaria la participación activa de la Universidad en la invitación al debate público que los mentados e ilustres voceros del proyecto nos hicieran, para aportar ideas, discutir y mejorar la propuesta, es la razón que me ha motivado a escribir al respecto, para dar a conocer aspectos substanciales de la reforma y obviamente, dar inicio al foro, al cual, estoy seguro, se unirán otras voces estudiantiles y docentes para enriquecer de esta manera la discusión sobre el punto en Santander.

Dos hechos de indiscutible relevancia jurídica y una *realidad aterradora*, enmarcan la necesidad de introducir una reforma a la legislación penal de menores. La aprobación por el Congreso Nacional mediante la Ley 12 de 1991, de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y la expedición de la Constitución Política Colombiana en el mismo año, normatividad sistemática que ha producido un viraje casi total respecto de la doctrina y legislación tradicionales sobre los derechos diseñados para la niñez y la juventud, el cual parte de reconocer además del status jurídico de ciudadano al niño y al adolescente, la prevalencia de sus derechos y la obligación tanto de la familia como de la comunidad y del Estado de responder solidariamente para garantizar su efectividad.

Por otra parte, el recrudecimiento de la violencia política, de los argumentos sociales de la delincuencia organizada, la entronización cultural del narcotráfico en la sociedad colombiana y la corrupción generalizada, gravitan en los últimos diez años sobre la esfera sociofamiliar deprimente y degradada de nuestros niños y jóvenes, al punto que hoy son, en altos porcentajes, víctimas y victimarios ocasionales de los fenómenos protagónicos de la "violencia a la colombiana". No de otra manera se entiende que Colombia pueda verse desde el exterior como un país de es-

.....

paldas a su infancia, porque se permite el desconocimiento absoluto de todos sus derechos. Existen en nuestro país 16.722.708 menores de 18 años. Un poco menos de la mitad de la población, el 41.5 por ciento son jóvenes y niños. De esos el 39 por ciento vive en la pobreza y el 17.5 por ciento de estos vive en la miseria absoluta (1.137.500 niños y niñas). Diariamente mueren en promedio de 12 a 15 niños. Cinco son asesinados, tres mueren en accidentes de tránsito, 2 por suicidio y de tres a cinco en "otros accidentes" (como en el caso de los 140 niños y niñas violados y asesinados entre 1992 y el presente año, en distintos lugares del país por un espécimen con figura humana de nombre Luis Alfredo Garavito Cubillos y por sobrenombre "Tribilín", quien hasta ahora y luego de que se necesitó repetir tantas veces el macabro delito en diferentes lugares del país y también al otro lado de la frontera-en el Ecuador-, fue capturado por fin, para que él mismo confesara sus crímenes)². En cuanto a la niñez maltratada (Garavito, o mejor "Tribilín", fue víctima infantil de maltrato y violación), unos 7.859.673 niños y niñas son objeto de maltrato. De esta población 850.000 entre los 5 y los 14 años, lo son severamente. Resulta paradójico que las cifras en materia de violencia intrafamiliar y maltrato infantil y juvenil, se hayan acrecentado desde la expedición de la Ley 294 de 1993, que buscaba precisamente prevenir, corregir y castigar estos flagelos. Pareciera que para el Estado el maltrato infantil no es prioritario. La capacidad de respuesta institucional, de capacitación para su detección temprana, de educación y prevención es insuficiente. Al Estado le importa muy poco que en la sociedad se esté incubando un enorme ejército de niños maltratados que a su vez, cuando lleguen a la mayoría de edad- si es que no los matan antes- serán unos crueles maltratadores y asesinos, triste versión posmoderna de Luis Alfredo Garavito Cubillos, el múltiple violador y asesino de niños. Según datos de la Defensoría del Pueblo³ y de la UNICEF, en un dramático informe sobre el estado de la infancia en Colombia. Cerca de 7.000 niños y niñas están involucrados en alguno de los bandos en combate. Sostiene la UNICEF que: " No hay un sentimiento colectivo de vergüenza que ponga fin al horror de la infancia que es victimizada por la guerra" . " Los niños como arma son una muestra de la degradación a la cual el conflicto armado colombiano somete al núcleo familiar" ⁴.

.....

En materia de delincuencia juvenil hoy hay alrededor de 30.000 adolescentes vinculados a procesos judiciales y en ellos la reincidencia es más del 97 por ciento. Cada dos días un niño es secuestrado y más de 2.5 millones de niños y niñas trabajan en condiciones de alto riesgo. De cada 10 que trabajan, 3 no van a la escuela. Solo 30 de cada 100 niños en edad preescolar ingresan al grado 0, y solo 60 de cada 100 que ingresan a la básica primaria terminan el 5° grado. La alta deserción escolar se calcula en más del 35 por ciento; es decir, se retiran a los primeros tres años de vida escolar. "Lo que la Defensoría detecta es una marcada institucionalización y feminización de la pobreza"³. Consecuencia de ello es la destrucción en pedazos de la unidad familiar y la desbordada explosión demográfica que amenaza con convertir a Colombia en un Estado de hambre.

Sigue en turno para señalar exofactores de la delincuencia juvenil, el de la población desplazada. De los casi dos millones de personas desplazadas en los últimos diez años por la violencia, cerca de un millón son menores de edad. Ni hablar de la magnitud del problema de los niños y niñas explotados sexualmente. Si Garavito, o "Tribilín" consiguió finalmente ocultar su infamia por tanto tiempo; ¿será posible imaginar la cantidad de infantes víctimas sexuales amenazados y padeciendo en silencio la desgracia de haber nacido en sus propios hogares, al acecho constante de desalmados padrastros y parientes mayores?

¿Qué clase de país vamos a tener en unos años? Si el actual nos parece terrible, negro y desquiciado, el del futuro cercano será entonces un verdadero infierno. No digamos más que los niños son el futuro del país. Son el presente y por eso, hagamos algo, pero hagámoslo ahora. Cambiar la legislación no será en últimas la única respuesta inteligente y eficaz, desde luego que no. Pero el tránsito civilizado del milenio, sobre la base de unas normas modernas y acordes con nuestra realidad familiar y de niñez, permitirán el cambio de la superestructura cultural de la violencia por la de la observancia de los derechos humanos y la tolerancia, acudiendo a soluciones integrales en el campo del desarrollo económico y social y del respeto a las demás personas, en especial de los niños y niñas, por princi-

.....

pios de autoridad superiores, consagrados como paradigmas de esperanza en la Constitución y en la Ley.

Señalan los autores del proyecto de reforma al Código del Menor "Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil", que "la legislación actual de menores está matriculada en una doctrina conocida como de la *Situación Irregular*, apoyada en las teorías patológicas de la criminalidad, que explicaban el fenómeno delincencial basado en características biológicas o psicológicas que diferenciaban a los sujetos criminales de los individuos "normales". En esta doctrina se observa la judicialización de los problemas vinculados a la infancia en situación de riesgo, con la clara tendencia a patologizar situaciones de origen estructural. El actual Código del Menor, es un Código para niños y adolescentes pobres. Evidencia un marcado sesgo a criminalizar la pobreza. Quien no cuenta con recursos materiales o con una familia "bien constituida", corre el riesgo de ser fácilmente privado de la libertad por un hecho irrelevante, con el pretexto de "protegerle". La normativa actual presenta graves dificultades para garantizar un adecuado juzgamiento y atribución de consecuencias jurídicas a las conductas punibles de personas menores de dieciocho años.

El uso indiscriminado de la privación de la libertad, la ausencia de garantías, la falta de segunda instancia, son claros ejemplos".

La propuesta pretende entonces adecuar el Derecho de menores a la normativa internacional y a los postulados de la Constitución Política de 1991, en buena parte inspirada en aquella, mucho más garantista de los derechos y prerrogativas para la infancia y la adolescencia en conflicto con la sociedad por propiciar el quebrantamiento de sus disposiciones penales.

Se trata entonces de que un joven no sea más objeto de tutela sino sujeto de derechos y obviamente de responsabilidades por sus actos, objetivamente, que su juzgamiento cuente con todas las garantías del debido proceso y sus infracciones entonces dejen de ser consideradas no como dependientes del medio social, sino correspondientes a una precisa

.....

categorización jurídica, esto, bajo tres aspectos fundamentales que allí se tocan a saber: El procedimiento, el tipo de sanciones y el lugar y forma de su cumplimiento.

La respuesta de la sociedad a la infracción cometida por el menor, debe tener en cuenta su edad y garantizar las condiciones suficientes para su desarrollo integral. Ocurrirá la aplicación de sanciones severas, sí, pero justas, mirando, en este caso, a la personalidad del sujeto y al hecho mismo fuera de la ley, mas que al contexto social del cual proviene o en el que actúa.

En síntesis, el proyecto plantea la necesidad de un sistema especial de justicia para menores de dieciocho años y así lo consagra, excluyendo de contera a esta población, no solamente del derecho penal ordinario sino del rótulo de *inimputables*, o lo que es igual "incapaces" como históricamente se han conocido, para atribuirles responsabilidades respecto de sus actos y del efecto dañoso de los mismos. Se propugnará entonces por hacer coincidir la justicia minoril con la simultánea reforma penal, procedimental y penitenciaria, actualmente a estudio del Congreso Nacional, para mayor coherencia de los sistemas propuestos, si la idea es la de contar con una reforma penal integral, que permita el desarrollo de una política criminal para el país, de la cual, el tema de la justicia penal juvenil es en extremo vital.

Por último y para facilitar una comprensión lo más pedagógica posible en torno a este tema de la reforma penal juvenil, en el siguiente esquema se visualizan los cambios más importantes que se introducen a la normatividad vigente por la propuesta de reforma.

CUADRO COMPARATIVO ENTRE LA NORMATIVIDAD ACTUAL Y
LA PROPUESTA DE REFORMA.
DOCUMENTO DE TRABAJO⁵

Código del Menor actual Dcto 2737/89	Convención Internacional de los Derechos del Niño. Ley 12 de 1991
Niño y niña objetos de protección.	Niño y niña sujetos de derechos y deberes.
Contempla a los niños que se encuentran en desventaja económica, social, afectiva, física o moral.	Para todos los niños, niñas y adolescentes todos los derechos, sin importar la situación en la que se encuentren. Protección integral: Políticas públicas. * Prevención. * Protección y asistencia. * Acceso a la justicia. Mecanismos de exigibilidad.
La intervención se realiza (Juez o Defensor de Familia) cuando se considera que hay "peligro material o moral" (concepto impreciso) lo cual permite "disponer del niño tomando la medida más conveniente y por tiempo indeterminado".	El juez sólo interviene cuando se trata de problemas jurídicos o conflictos con la ley penal, no puede tomar cualquier medida y si lo hace debe determinar su tiempo de duración. El Estado interviene como promotor de bienestar a través de políticas sociales, ya sean básicas (educación, salud), asistenciales o de protección.
Existe una marcada tendencia a judicializar los problemas de índole social, asistencial y cultural (adicción, criminalización de la pobreza).	Los problemas asistenciales son tratados desde la política pública pero descentralizadamente, multisectorialmente, con participación del Estado, la comunidad, la familia, y las ONGs, entre otros.
Considera abandono no sólo la falta de padres, sino también las situaciones generadas por la pobreza del grupo familiar, dando lugar a la separación del niño de su entorno.	La situación económica social nunca puede dar lugar a la separación del niño de su familia. Constituye por el contrario, un llamado para apoyar a la familia en programas de salud, vivienda, educación y empleo.

En la práctica, el infractor de la ley penal puede ser privado de la libertad aunque no quede demostrado que él fue el autor o participe de la infracción e inclusive si resultare completamente inocente, con el argumento de "protegerle".	Sólo se puede privar de la libertad o restringir los derechos del niño si se le ha comprobado que ha cometido infracción grave a la ley penal.
Enuncia derechos sin responsabilidades directas ni mecanismos de efectividad.	Establece y desarrolla el principio de corresponsabilidad o de responsabilidad concurrente, no excluyente ni subsidiaria, entre el Estado, la sociedad y la familia.
El fin del Código actual es proteger al menor que se encuentra en situación irregular.	El fin de la Convención es garantizar el pleno desarrollo de los niños a partir de la efectividad de sus derechos.
Enuncia el Interés superior del menor en el Art. 20.	Desarrolla el principio del Interés Superior del Niño: <ul style="list-style-type: none"> * Primacía para recibir protección y socorro en cualquier circunstancia. * Prevalencia de la política de protección integral de los niños sobre otras políticas. * Las medidas tendientes a proteger y favorecer a la niñez tienen prioridad en el presupuesto de gastos y en la formulación y ejecución de planes y programas. * Prioridad en la prestación de los servicios públicos y en cualquier otra circunstancia.
Plantea la protección para niños en situación irregular, política distributiva. No se ocupa de los derechos de los niños y sus necesidades, la protección está encaminada únicamente a los niños en situación irregular, de conformidad con el art. 30 del C.M.	Enfoque solidario de la Protección Integral: <ul style="list-style-type: none"> * Garantizar la efectividad de los derechos y garantías consagrados en favor del niño. * Garantizar el desarrollo integral de la personalidad de los niños en condiciones de justicia e igualdad. * Asegurar a los niños el ejercicio de las acciones indispensables para hacer exigibles del Estado, de la sociedad y de la familia sus derechos y garantías. * Elevar el nivel de vida de la niñez en todos sus aspectos.



MENOR AUTOR O PÁRTIcipe DE UNA INFRACCIÓN PENAL Título V	SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL JUVENIL -Propuesta-
Los menores de 12 años que infrinjan la ley son sujetos de acciones administrativas por parte de los defensores de familia, con el fin de "ofrecerles" protección especial y procurar su formación integral. Lo anterior permite la aplicación de las medidas contempladas en el art. 57 ídem, incluida la internación en un centro de protección especial, es decir, la privación de la libertad.	Los menores de 12 años no son sujetos del derecho penal. Tampoco pueden ser sometidos a medidas administrativas cuando han infringido la ley su captura procede únicamente en casos de flagrancia y con el sólo propósito de identificarle. En principio reconoce que la mayor cuota de responsabilidad en estos casos recae sobre la familia, la sociedad y el Estado.
Para todos los efectos se considera penalmente inimputable al menor de 18 años.	Para todos los efectos el menor entre doce y 18 años es penalmente responsable. Se supera el concepto de minusvalía implícito en la inimputabilidad y reconoce al menor de edad como sujeto de derecho y de derechos; derivando una responsabilidad que tiene en cuenta sus particulares condiciones de desarrollo.
Confunde las funciones administrativas con las judiciales. Vgr: El defensor de familia conoce de los delitos cometidos por menores de 12 años y contravenciones cometidas por mayores de 12 y menores de 18.	Separa las funciones administrativas de las judiciales (Principio de Jurisdiccionalidad) La jurisdicción interviene únicamente cuando a un niño se le imputa la comisión de un hecho punible. La administración no interviene durante el proceso, se le asignan funciones específicas en la administración de servicios y medidas socioeducativas.
El art. 209 hace obligatoria la privación de libertad por infracción a la ley penal cometida mediante grave amenaza o violencia a las personas; por reiterada comisión de infracciones; por incumplimiento injustificado de la medida anterior.	La privación de la libertad se consagra como último recurso, únicamente para delitos calificados como graves y por el tiempo más breve posible. Establece además, la edad de 15 años, por debajo de la cual, si bien el niño puede ser procesado penalmente, no puede ser detenido preventivamente, ni privado de la libertad.



Tiempo máximo de las medidas: tres años.	Tiempo máximo de la privación de la libertad: 5 años.
Las contravenciones son conocidas por el defensor de familia y pueden dar lugar a una medida de protección especial en centro especializado.	Se establece la irresponsabilidad penal de los niños frente a las contravenciones especiales de las leyes 23 y 228; las contravenciones nacionales de policía se consideran aplicables a los niños, por regular las relaciones cotidianas de convivencia.
El juez de menores investiga y juzga.	Se constitucionaliza el proceso, se distinguen dos fases: una de investigación, a cargo de los Fiscales delegados ante los jueces de los niños y otra de juzgamiento a cargo del juez de los niños.
El defensor de familia entre las múltiples funciones asignadas en el art. 277 del C.M. tiene la de asistir al menor infractor	Se vincula al proceso el defensor público, encargado de la asistencia técnica y representación del niño. Igualmente entra a jugar papel preponderante el Ministerio Público en defensa del orden jurídico, del Estado y como representante de la sociedad.
Única instancia.	Se crea la segunda instancia especializada.
Las medidas no tienen carácter definitivo y pueden ser modificadas o dejadas sin efecto por el juez, de oficio, a instancias del defensor de familia entre otros.	Las medidas son por término definido. Su cambio debe ceñirse a lo establecido legalmente y siempre de grave a menos grave.
El juez de menores al iniciar la investigación puede aplicar en forma provisional una de las medidas del art. 204, incluida la ubicación institucional. Una vez escuchado el niño de conformidad con el art. 185, dentro de los 5 días siguientes, resolverá la situación jurídica y adoptará provisionalmente una de las medidas del art. 204 o remitirá al menor a un centro de observación que ofrezca las debidas seguridades hasta por 90 días.	El principio de la presunción de inocencia es desarrollado ampliamente en el proceso. En él se prescinde en la gran mayoría de los casos de la llamada definición de la situación jurídica y el principio que reina es la libertad. Las medidas que afectan a la persona o sus bienes, sólo se toman en la sentencia, en caso de ser condenatoria. Cuando el caso es de flagrancia en mayor de 15 y menor de 18, frente a la necesidad de resolverle la situación preventiva, proceden la detención preventiva o la detención domiciliaria.

.....

No consagra el principio de oportunidad, los menores son procesados inclusive por las contravenciones, o delitos leves.	Consagra el principio de oportunidad para el caso de contravenciones y delitos leves, frente a los cuales se podrá decretar el archivo de las diligencias, atendida la menor gravedad del hecho y los perjuicios que al niño se le puedan causar con el proceso. Se consagra el principio de la responsabilidad solidaria del Estado, de los padres o personas a cuyo cargo se encuentre el niño. El alcance es no sólo sobre el infractor sino para proteger a la víctima.
No desarrolla mecanismos para el control de legalidad de las medidas.	Crea el Juez de ejecución de las medidas para niños e intenta una propuesta para desarrollar el principio de legalidad en la ejecución de las medidas. Desde el ingreso al programa o institución, el registro, las medidas disciplinarias durante la ejecución, y la destrucción misma del expediente. Las medidas están concebidas de manera que no perturben el ciclo escolar del niño y que respete los derechos que la sentencia no conculca. Clasifica las infracciones en graves, que en la legislación penal tienen una pena mínima de 10 años, de gravedad intermedia entre dos y diez años y leves con pena menor de dos años.

BIBLIOGRAFÍA

- TEORÍA GENERAL DE NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. CARLOS ENRIQUE TEJEIRO LÓPEZ. UNICEF COLOMBIA. 1998
- DERECHO DE LA INFANCIA - ADOLESCENCIA EN AMERICA LATINA: DE LA SITUACIÓN IRREGULAR A LA PROTECCIÓN INTEGRAL. EMILIO GARCÍA MÉNDEZ. UNICEF COLOMBIA. 1998
- PROYECTO DE REFORMA AL CÓDIGO DEL MENOR. SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL JUVENIL DOCUMENTO DE TRABAJO. SANTA FE DE BOGOTÁ, ABRIL DE 1999. CÁTEDRA CIRO ANGARITA. CON APOYO DE UNICEF.

.....

- DEFENSORÍA DEL PUEBLO- VI INFORME ANUAL DEL CIUDADANO DEFENSOR DEL PUEBLO AL CONGRESO DE COLOMBIA 1998.
- SANTOS, RAFAEL, EL TIEMPO, PERFIL, EL INFIERNO DE LOS NIÑOS- DOMINGO 22 DE MARZO DE 1999, PÁGINAS EDITORIALES.
- EL TIEMPO, PÁGINA 6A, DOMINGO 31 DE OCTUBRE DE 1999.

NOTAS

- ¹ Nombre asignado en memoria del insigne jurista y ex-magistrado ya fallecido.
- ² El Tiempo, página 6A, domingo 31 de Octubre de 1999
- ³ Defensoría del Pueblo- VI Informe anual del Ciudadano Defensor del Pueblo al Congreso de Colombia 1998
- ⁴ SANTOS, Rafael, El Tiempo, PERFIL, El Infierno de los Niños- Domingo 22 de Marzo de 1999, Páginas editoriales.
- ⁵ COLOMBIA- Proyecto de Reforma al Código del Menor- Sistema de responsabilidad penal juvenil- Documento de trabajo, Santafé de Bogotá, Abril de 1999, páginas 102 a 108.

.....

LA DILACIÓN INJUSTIFICADA DEL TÉRMINO DE INSTRUCCIÓN EN EL PROCESO PENAL

Luis Francisco Casas Farfán

.....