

La política criminal en la ley de infancia y adolescencia

The criminal policy in the infancy and adolescents law

Laura Sofía Zambrano Salazar
Luz Amanda Pineda Jiménez
Anny Lucía Vargas Rojas*

Resumen

En este artículo pretendemos dilucidar la política criminal que el Estado colombiano quiso plasmar en la Ley 1098 de 2006. Con tal fin asumimos el estudio del Código de la Infancia y la Adolescencia desde una perspectiva crítica, contrastando sus principios con el sistema de responsabilidad penal, para identificar no solo sus beneficios sino las contradicciones y vacíos que presenta, y que vale la pena resaltar a fin de generar conciencia en la sociedad sobre la problemática que se esconde tras un texto de muchas garantías.

Palabras clave

Adolescente, política criminal, política social, principios.

* Estudiantes VIII Semestre de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia. Integrantes del Semillero de Investigación en Derecho Penal y Criminología "JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA".

Abstract

With this article we pretend to elucidate the criminal policy that the Colombian State through its legislative branch would translate into Law 1098, 200. With that aim we study the Children and Adolescents Code from a critical perspective, contrasting its principles with the criminal responsibility system in order to identify not only its benefits but the contradictions to generate awareness in society about the problems that exist behind the text that offers many guarantees.

Key words

Adolescent, criminal policy, social policy, principles.

Introducción

“La imposición de una pena sólo está justificada allí donde el comportamiento perjudique de manera insoportable la coexistencia libre y pacífica de los ciudadanos y no sean adecuados para impedirlo otros medios jurídicos y político sociales menos radicales”¹.

Este escrito desarrollará brevemente los aspectos sociales y políticos que subyacen tras el sistema de responsabilidad penal para adolescentes contenido en la Ley 1098 de 2006 (Ley de Infancia y Adolescencia), con el propósito de descubrir la política criminal que el Estado colombiano quiso plasmar en esta norma. Aunque describiremos algunos aspectos de esta ley, no limitaremos su estudio a lo dogmático simplemente, pues este necesariamente debe ir de la mano de una valoración político-criminal. En este sentido, FERNÁNDEZ CARRASQUILLA ha dicho:

“De este modo, el estudio dogmático o técnico jurídico de las normas y fenómenos del Derecho Penal va de la mano con su valoración político-criminal y con la investigación criminológica, extendiendo el objeto de estudio al comportamiento de

todos los agentes oficiales que intervienen en la generación y el funcionamiento del sistema punitivo (proceso de criminalización y descriminalización), y considerando a la vez todos esos fenómenos críticamente para determinar las funciones que realmente cumplen y no sólo las que deben cumplir según las normas vigentes y las exigencias de la política criminal en cada momento histórico y en cada organización social”².

1. Aproximación a los conceptos de derecho penal, criminología y política criminal

Para hablar acerca de la política criminal en la Ley de Infancia y Adolescencia, se requiere, en primer término, desarrollar el concepto de *política criminal* y diferenciarlo de otros términos como *derecho penal* o *criminología*, sin perder de vista que para algunos autores tal distinción exacta no es posible; por ejemplo, LISZT, quien propugnó por una *ciencia penal integral*, pretendiendo estudiar los fenómenos criminales con un método sincrético que atienda al mismo tiempo los aspectos causal-explicativos (criminológicos), normativos (dogmáticos) y valorativos (político criminales)³.

¹ ROXIN, Claus. *Iniciación al derecho penal de hoy*. Sevilla : Universidad de Sevilla, 1981. p.32.

² FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. *Derecho penal liberal de hoy*. Bogotá : Gustavo Ibáñez, 2002. p. 52.

³ *Ibid.* p. 53.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA ha planteado que la *criminología*, la *política criminal* y el *derecho penal* o *dogmática jurídico-penal*, constituyen las disciplinas centrales de todos los estudios relativos al crimen y ha hecho la siguiente clasificación de las ciencias penales, a fin de identificar el objeto de estudio de cada una de ellas.

Las ciencias penales se dividen en: disciplinas causal-explicativas, disciplinas sociales o culturales, disciplinas jurídicas, disciplinas críticas.

Dentro de las disciplinas causales explicativas, se encuentran las ciencias del ser o de la realidad, aquí encontramos la *criminología tradicional*. La característica de estas disciplinas es que toman los fenómenos criminales como hechos naturales, perceptibles y explicables completamente a la luz del principio de causalidad.

Dentro de las disciplinas sociales o culturales está la *Política Criminal*, la *Sociología del Derecho*, la *Historia del Derecho Penal*, la *Filosofía del Derecho Penal*. En estas disciplinas, dice FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, se contiene ya una cierta actitud crítica frente a las normas, instituciones y teorías jurídico-penales, así como frente a los modos de funcionamiento del sistema penal. Para éstas, delito y pena existen por creación socio-cultural.

Las disciplinas jurídicas propiamente dichas, emplean de modo prevalente

el punto de vista normativo del “deber ser” legal o jurídico-positivo. (Se podría decir que su objeto de estudio se limita a las normas positivizadas dentro del ordenamiento jurídico). Dentro de estas disciplinas encontramos: *derecho penal científico* o *dogmática jurídico-penal*, *derecho comparado*, *derecho internacional penal*, *derecho probatorio penal*, *derecho penitenciario* o *de ejecución penal*.

En cuanto a las disciplinas críticas, afirma el autor que se comenta, no sólo se limitan al examen valorativo de los fenómenos del derecho penal en acción (funcionamiento del sistema penal) y las proposiciones del derecho penal propiamente dicho, sino que en él quedan igualmente comprendidas y son del mismo modo evaluadas las estimaciones vigentes en un momento dado en una comunidad determinada. De igual forma expresa que, a diferencia de los enfoques jurídicos que emplean valores positivos, las disciplinas críticas se valen de valores ideales con los que son enjuiciados los primeros y proyectados los horizontes de la política criminal, la criminología y el derecho penal. Hacen parte de estas disciplinas: la *criminología crítica*, el *derecho penal alternativo*, el *derecho penal liberal*, el *derecho penal mínimo*, el *derecho penal crítico*, el *derecho penal de la liberación*.

Luego de haber entendido la anterior clasificación, se hablará acerca del concepto y del objeto de estudio de las tres principales disciplinas del saber

penal: el *derecho penal*, la *criminología* y, por último, la *política criminal*, que es el punto de atención en este escrito.

El *derecho penal* -desde un punto de vista tradicional-, se puede decir que es el saber más “rígido” dentro de las disciplinas penales, porque su contenido prácticamente se reduce a las normas positivas que regulan lo concerniente a los delitos, las penas, etc.

El *derecho penal* puede entenderse desde dos puntos de vista⁴:

Derecho penal en sentido formal: es entendido como el conjunto de normas del derecho positivo que respetando dinámicamente (y no sólo pasivamente), los derechos fundamentales e internacionales, regulan de modo taxativo las materias de los delitos y las penas –y hoy también- de las contravenciones y de las medidas de seguridad para inimputables.

Su objeto constituye la regulación legal de los organismos estatales encargados de perseguir, investigar y declarar los delitos y de aplicar las penas. Pero, su fin es siempre preservar el orden y la paz sociales mediante la protección de bienes jurídicos fundamentales, contra modos de ataque voluntarios, imprudentes, especialmente graves e intolerables que están descritos en la ley.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, vale la pena aclarar que por ahora solo mencionamos lo que en teoría significan estos conceptos, porque si se observa la realidad, no se puede negar la inseparable relación que existe entre el poder político y el derecho penal, dentro de la cual no siempre es la paz social lo que se persigue.

Derecho penal en sentido material: el derecho penal aparece como un medio sancionatorio de control social y político de la conducta de las personas que conforman una determinada comunidad, cuyo límite lo constituyen la Constitución y los tratados internacionales.

Es decir, que desde este punto de vista estaríamos hablando del denominado *ius punendi*, o sea la facultad o potestad que tiene el Estado de “castigar” a quien ha infringido la ley, pero reiteramos que existe una barrera infranqueable a este poder punitivo del Estado, constituida por los derechos humanos, los principios y los valores que se establecen en el ordenamiento jurídico.

El derecho penal, afirma FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, se encarga de regular, controlar y aplicar en todos sus aspectos el conjunto de mecanismos estatales que se orientan a la lucha contra la criminalidad, o dicho de otra manera, a la lucha contra

⁴ Ibid. p. 57.

los factores generalmente reconocidos como fundamentales en los procesos sociales conflictivos de alteración de la paz y la justicia sociales en un determinado orden social.

Pero, el derecho penal no sólo se circunscribe al conjunto de normas penales positivizadas, sino que también comprende fenómenos tales como, jueces y procesos penales, pruebas, policía judicial, ejecución penal, etc.⁵, así como las denominadas medidas de seguridad pos delictuales para inimputables y las sanciones que trae la Ley 1098 de 2006 para menores de edad.

De igual manera, no es menos cierto, que el derecho penal para que pueda lograr su misión de proteger bienes jurídicos de los daños del delito requiere de la *criminología* y de la *política criminal*, pues de lo contrario devendría en un saber ciego que inspirado solamente en intereses parcializados crea o expone sus normas para favorecerlos. En virtud de ello, estas dos disciplinas colaboran proponiendo lineamientos a seguir con el fin de prevenir el delito y la criminalización, pues ellas, haciendo un estudio investigativo dentro de la sociedad pueden descubrir los errores en los que está incurriendo la normatividad penal y plantear alternativas a seguir.

Entonces ¿qué es la criminología y la política criminal?

Dentro de la primera, podemos distinguir una *criminología tradicional* que “es el conjunto de estudios interdisciplinarios y causal – explicativos del delito, el delincuente y la pena y en relación con ellos, la víctima y la prevención del crimen”⁶.

De esta manera, afirma FERNÁNDEZ, “las investigaciones criminológicas toman por objeto de estudio lo que las leyes penales definen como delito, delincuente, y pena, para someterlo a la observación empírica y al análisis inductivo que son propios de las ciencias naturales”⁷.

Pero no basta solo con mencionar la *criminología tradicional*, sino que es menester hablar de la *criminología crítica*, que empieza a surgir alrededor de la década del 70. Esta estudia los problemas y fenómenos de la “cuestión criminal” pero, como *crítica* que es, en la mayoría de los casos muestra las fallas del sistema penal y propone alternativas de solución.

“Para la criminología crítica, el delito no es un suceso ontológico, sino un fenómeno que se hace en el devenir jurídico-cultural de la comunidad”⁸; existen, además, unos procesos de *criminalización primaria* y de

⁵ Ibid. p. 61.

⁶ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Criminología*. 2 ed. Valencia : Tirant lo Blanch, 1994. p. 19 y ss.

⁷ FERNÁNDEZ C., Juan. Op. cit. p. 216.

⁸ Ibid. p. 217.

criminalización secundaria. Dentro de la primera, el legislador crea delitos y penas; la segunda se refiere a las acciones mediante las cuales los organismos y agentes oficiales del sistema penal convierten a una persona determinada en “delincuente” esto es, le imputan responsabilidad por la realización de una conducta valorada en su concepto como “delito”⁹.

La *criminología crítica* utiliza como método el análisis social y político que sin duda permite analizar los fenómenos criminales de manera más profunda. Es así como su objeto de estudio no reside ya en el individuo que comete un delito sino que se centra en todo el funcionamiento del sistema penal y sus mecanismos de criminalización, entendiéndose por estos últimos el “conjunto de dispositivos y expedientes por medio de los cuales la sociedad convierte a ciertos individuos en “desviados” y los etiqueta como delincuentes”¹⁰.

“El sistema penal no es otra cosa que el control social punitivo institucionalizado” (ZAFFARONI).

Así como no se puede deslindar totalmente el derecho penal de la criminología y de la política criminal, tampoco entre estas últimas puede existir un abismo, al contrario deben complementarse, pues bien lo ha

mostrado BERISTAIN, que “la criminología actual no permanece indiferente a las valoraciones sociales y político-criminales ya que tiene como fin la realización de la justicia social por medio del mejoramiento de la justicia penal”¹¹.

De acuerdo con ello y llegando ya al punto neurálgico de este trabajo, se explicará brevemente el concepto de *política criminal*.

Continuando con las enseñanzas de FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, “la política criminal es la ordenación o disposición de *medios sociales* para la prevención, lo más efectiva posible, de los fenómenos criminales y en último término por el recurso al Derecho Penal, siempre en el marco de los Derechos Humanos”¹². (Cursiva fuera de texto).

De este concepto se puede determinar que la política criminal está constituida por aquellas directrices que el Estado en un momento dado y en una posible coherencia con su sistema político, pone en práctica a fin de prevenir la criminalidad. Pero, vale la pena aclarar que esas directrices deben ser, ante todo, de contenido netamente social y ya en última instancia se puede hacer uso del derecho penal.

Es importante destacar que desde el punto de vista teórico, el único fin u

⁹ Ibid. p. 217.

¹⁰ Ibid. p. 218.

¹¹ Ibid. p. 220.

¹² Ibid. p. 225.

objetivo de una política criminal, es la *prevención* de la comisión de conductas punibles.

FERNÁNDEZ señala que la política criminal puede verse desde dos perspectivas: como *disciplina del ser* y dentro esta como *teoría* o como *praxis*. O como *disciplina del deber ser*.

Como *disciplina del ser* y como *teoría*, se refiere a la descripción de esas prácticas estatales, pero también a la fijación de los principios y recursos para ajustarla al *deber ser* tanto de los valores del ordenamiento como de sus fines en los planos *legislativo, administrativo, judicial* y *penitenciario*. No puede olvidarse que la política criminal del Estado debe ir relacionada con los principios superiores del ordenamiento jurídico y que aun cuando aparentemente exista tal coherencia no significa que su eficiencia esté dada como *praxis*, la política criminal hace referencia a los mecanismos con los que efectivamente el Estado pone en práctica oficialmente para prevenir la delincuencia.

Ahora, como *disciplina del deber ser*, la política criminal debe estar primero en absoluta relación con los valores superiores del ordenamiento jurídico nacional e internacional. Segundo: la política criminal hace una observación

y crítica externa de las normas, las teorías y de la propia práctica judicial del derecho penal, confrontándolas con los valores de dignidad, legitimidad, justicia, libertad, seguridad y solidaridad de la comunidad jurídica nacional e internacional.

La política criminal puede tener un contenido *ideal* y un contenido *real*. Tendría un contenido ideal cuando plantea o formula prescripciones tendientes a solucionar el problema social que subyace en el comportamiento delictivo y no solo cuando busca la represión del delito y del delincuente¹³.

Sin embargo, lo que se ha podido visualizar en nuestro Estado es que no existe una política criminal ideal, sino que al parecer este se ha caracterizado por poner en práctica diversas estrategias para reprimir el delito olvidando por completo la coherencia que debe existir entre su política criminal y los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico interno y externo. Lo cual trae como consecuencia que no se hable de política criminal sino meramente de política penal. Para ALESSANDRO BARATTA, la política penal es una respuesta a la cuestión criminal circunscrita en el ámbito del ejercicio de la función punitiva del Estado (ley penal y su aplicación, ejecución de la pena y de las medidas de seguridad).

¹³ GALÁN GONZÁLEZ, Óscar. ¿Política criminal alternativa o una alternativa a la política criminal? En : Revista Derecho Penal y Criminología. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales –UPTC-, Tunja. p. 34.

De igual forma, la política criminal puede dividirse en *tradicional* y en *alternativa*¹⁴. La primera lo único que hace es estar del lado del establecimiento, pretendiendo legitimar la ley penal, por esto la voluntad del legislador en este caso es incuestionable. La segunda asume que el sujeto bautizado como delincuente es una víctima del sistema penal. De ahí que se destierre la concepción de anormalidad del individuo que transgrede la ley penal.

Desde la política criminal alternativa, se postula la idea de reducir el alcance del sistema penal y de sustituirlo por otros mecanismos menos violentos que colaboren en la verdadera solución del conflicto social. Es decir, desde esta postura, el derecho penal va a ser netamente subsidiario, pues sólo será utilizado cuando no se puede solucionar el conflicto por otros medios.

“La política criminal alternativa es una política de transformación social e institucional”¹⁵.

BARATTA afirma que “una política criminal alternativa coherente con su propia base teórica no puede ser una política de “sustitutivos penales” que queden limitados a una perspectiva vagamente reformista y humanitaria, sino una política de grandes reformas sociales e institucionales para el

desarrollo de la igualdad, de la democracia, de formas de vida comunitaria y civil alternativas y más humanas y del contrapoder proletario, en vista de la transformación radical y de la superación de las relaciones sociales de producción capitalista”¹⁶.

La política criminal no implica que el Estado tenga que proponer lineamientos de prevención de la criminalidad sólo desde el área penal, es más, esos recursos son los últimos que se deben utilizar. Existen diversos mecanismos mediante los cuales el Estado puede –si quiere– prevenir la comisión de delitos, como una política social que propugne por la educación, el trabajo, la justicia, la igualdad material, la participación política, el acceso a la justicia, etc.

De acuerdo con lo mencionado anteriormente podemos entrar a analizar el sistema de responsabilidad para adolescentes y determinar cuál política criminal está implícita dentro de esta normatividad, pues bien lo ha dicho JUAN FERNÁNDEZ, “cada regulación jurídico-penal, sea que se la contemple en forma aislada o en conjuntos más o menos amplios, es el trasunto de una determinada orientación político-criminal, es decir, la realización positiva de un plexo de valoraciones y aspiraciones del legislador penal y por tanto del Estado”.

¹⁴ Ibid. p. 34.

¹⁵ BARATTA, Alessandro. Criminología crítica y crítica del derecho penal. s.l. : Siglo XXI, 1982. p. 214.

¹⁶ Ibid. p. 214.

2. La política criminal que trasciende de la Ley 1098 de 2006

Para poder establecer la política criminal que está plasmada dentro de la Ley 1098 de 2006, específicamente en lo que atañe al sistema de responsabilidad penal para adolescentes, vamos a señalar algunos de los principios que esta norma contiene en su parte inicial, posteriormente mencionaremos algunas de las obligaciones que el Estado tiene para con la infancia y la adolescencia, pues es finalmente en este acápite, donde se podrá vislumbrar lo que en teoría el Estado va a hacer para prevenir la criminalidad en los niños y adolescentes, y por último, nos referiremos a las sanciones que este régimen de responsabilidad penal impone para los adolescentes que infrinjan la ley penal, porque es allí donde el Estado deja ver lo que realmente va a hacer para prevenir o para reprimir el delito.

Se puede decir que la Ley 1098 de 2006 es una norma que trata de ofrecer a la infancia y a la adolescencia un cúmulo de derechos y garantías, de allí que su finalidad sea la de procurarles su pleno y armonioso desarrollo¹⁷, o en los propios términos de la ley, una protección integral. Pero, ¿cómo llevar a cabo esta protección integral? El artículo 7° de la misma, sostiene que se materializa en el conjunto de

políticas, planes, programas y acciones que se ejecutan en los ámbitos nacional, departamental, distrital y municipal con la correspondiente asignación de recursos financieros, físicos y humanos.

Esta norma es el desarrollo de los derechos reconocidos a la infancia y a la adolescencia por la Constitución Política. De este modo, encontramos que los artículos 9° y 10° de la Ley 1098, se corresponden con el artículo 44 constitucional, pues expresan la prevalencia que tienen los derechos de los niños y la corresponsabilidad que tiene la familia, la sociedad y el Estado para garantizar el ejercicio de estos.

Derechos tales como: a la vida y a la calidad de vida y a un ambiente sano, a la integridad personal, a la rehabilitación y la resocialización, a la protección, a la libertad y seguridad social, el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella, al cuidado personal, a una alimentación equilibrada, a la identidad, al debido proceso, a la salud, a la educación, al desarrollo integral en la primera infancia, a la recreación, participación en la vida cultural y en las artes, a la participación, a la intimidad, etc., son los que esta norma de manera rigurosa explica y desarrolla, pero que no son otra cosa que los ya ha reconocido nuestra Carta para todas las personas pero en especial para la infancia y la adolescencia.

¹⁷ Código de la Infancia y la Adolescencia. Ley 1098 de 2006. Art. 1°.

Y, ¿cuál es el papel que el Estado tiene que desempeñar para garantizar que todos estos derechos se cumplan en la realidad?

La ley consagra una serie de obligaciones que debe asumir el Estado, por ser el contexto institucional en el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes. Algunas de ellas son:

1. Asegurar las condiciones para el ejercicio de los derechos y prevenir su amenaza o afectación por medio del diseño y la ejecución de políticas públicas sobre infancia y adolescencia.
2. Garantizar la asignación de los recursos necesarios para el cumplimiento de las políticas públicas de niñez y adolescencia, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal para asegurar la prevalencia de sus derechos.
3. Formar a los niños, las niñas y los adolescentes y a las familias en la cultura del respeto a la dignidad, el reconocimiento de los derechos de los demás, la convivencia democrática y los valores humanos y en la solución pacífica de los conflictos.
4. Apoyar a las familias para que puedan asegurarle a sus hijos e hijas, desde su gestación, los alimentos necesarios para su desarrollo físico, psicológico e intelectual, por lo menos hasta que cumplan los 18 años de edad.

5. Garantizar que los niños, las niñas y los adolescentes tengan acceso al sistema de seguridad social en salud de manera oportuna.
6. Garantizar las condiciones para que los niños y las niñas desde su nacimiento, tengan acceso a una educación idónea y de calidad.

Pero, ¿acaso no son estas las obligaciones y los deberes que tiene un Estado social de derecho como el nuestro y que se plasmaron hace 18 años en la Constitución Nacional, sin que hasta el momento se hayan aplicado?, ¿qué garantizaría que debido a la expedición de la Ley 1098, ahora sí se cumplieran?

Pues, la verdad es que no se requiere ser escéptico para que parezca que la ley es demasiado utópica en este sentido, máxime cuando nuestra sociedad no va a dejar de desarrollarse como hasta ahora lo ha venido haciendo, es decir, en un contexto de desigualdad, injusticia y miseria. No obstante, estamos de acuerdo con la intención del legislador, en el sentido de que estas garantías son las que debe brindar el Estado, pero no sólo esto, sino que además se requieren grandes transformaciones económicas, políticas y culturales, que permitan el desarrollo de principios como la justicia social. En este sentido, el maestro FERNÁNDEZ CARRASQUILLA ha expresado: “la promoción de los valores superiores por parte del Estado social y democrático de derecho se realiza al igual que la de los derechos

fundamentales, creando condiciones de igualdad y libertad, para su desarrollo hacia un orden justo”¹⁸.

Sin duda, estas obligaciones hacen parte de la política criminal del Estado y más específicamente de la política social que se debe llevar a cabo en un Estado social y democrático de derecho como el nuestro. Pues, a pesar de que no se exprese directa y específicamente que son formas de prevención de la comisión de delitos, con razón se ha destacado que la mejor prevención de la criminalidad es una *buena política social*, lo cual incluye medidas de intervención social del Estado, en asuntos como la educación, el acceso al trabajo, la igualdad de oportunidades para el libre desarrollo de la personalidad, el acceso a la justicia, etc.¹⁹

Ahora bien, en cuanto al sistema de responsabilidad penal para adolescentes, entendido este, según el artículo 139 de la Ley 1098, como el conjunto de principios, normas, procedimientos, autoridades judiciales especializadas y entes administrativos que rigen o intervienen en la investigación y juzgamiento de delitos cometidos por personas que tengan entre 14 y 18 años, podemos decir, que es una “innovación” de esta ley, pues con el anterior Código del Menor, las personas menores de 18 años, eran consideradas

inimputables, lo cual quería decir, que el niño o el adolescente no tenía la aptitud para comprender el carácter injusto de su conducta y para dirigir su accionar conforme a dicha comprensión²⁰. De acuerdo con esto, ellos no respondían penalmente por las infracciones que cometían de la ley penal y por ello, en estricto sentido, no eran merecedores de sanciones, aunque sí se les podía imponer medidas de seguridad, tales como: la amonestación al menor y a las personas de quienes dependía, la imposición de reglas de conducta, la libertad asistida, la ubicación institucional.

Debido a lo anterior, nos surgen las siguientes preguntas: ¿por qué con la Ley 1098 de 2006 sí se consideran imputables los menores de 18 años de edad y mayores de 14?. ¿Será que antes de expedirse esta ley, todos los adolescentes no podían comprender el carácter injusto de su conducta, pero con la promulgación de la misma ya adquieren tal aptitud? Pues, lógicamente, la respuesta es negativa, por cuanto este cambio responde a una política de Estado, a una política criminal, ¿cuál? La respuesta es a una política penal, porque lo que se busca es reprimir la criminalidad en los adolescentes, mas no prevenirla; basta con mirar la cantidad de noticias que día tras día informan la comisión de un delito por parte de un adolescente.

¹⁸ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA. Juan. Op. cit., p. 66.

¹⁹ Ibid. p. 236.

²⁰ VELÁSQUEZ, Fernando. Manual de derecho penal. Bogotá : Temis, 2004. p. 416.

Además, nos surgen otras inquietudes: ¿por qué la edad de 14 años como mínimo para ser considerado como imputable? ¿Será que un niño de 12 o 13 años e incluso con menor edad, no puede empuñar un arma e infringir la ley? Con esto no estamos diciendo que la solución sea volver imputables también a los menores de 14 años de edad; por el contrario, lo que queremos es mostrar que la solución para prevenir la comisión de conductas punibles por adolescentes o niños no radica en la imposición de sanciones, sino en la puesta en práctica de todas esas obligaciones que el Estado tiene para con la infancia y la adolescencia, en la construcción de una sociedad libre, justa, sin hambre, sin desempleo, sin violencia, sin explotación, pues bien lo menciona BARATTA: “Sabemos que sustituir el derecho penal por algo mejor, será posible sólo cuando sustituyamos nuestra sociedad por una sociedad mejor”²¹.

Como consecuencia de la decisión de que los adolescentes sean imputables, el nuevo Código de Infancia y Adolescencia introdujo las sanciones correspondientes para aquellos adolescentes entre 14 y 18 años que cometan algún delito. Estas son:

1. Amonestación: es la recriminación que la autoridad judicial le hace al adolescente sobre las consecuencias del hecho delictivo y la exigencia de

la reparación del daño.

2. Reglas de conducta: es la imposición por la autoridad judicial al adolescente de obligaciones o prohibiciones para regular su modo de vida, así como promover y asegurar su formación.
3. Prestación de servicios sociales a la comunidad: es la realización de tareas de interés general.
4. Libertad vigilada: consiste en la libertad con la condición obligatoria de someterse a la supervisión, la asistencia y la orientación de un programa de atención especializada.
5. La internación en medio semi cerrado: es la vinculación del adolescente a un programa de atención especializada al cual deberá asistir obligatoriamente durante horario no escolar o en los fines de semana.
6. Privación de la libertad: es toda forma de internamiento en un establecimiento público o privado, ordenada por autoridad judicial, del que no se permite al adolescente salir por su propia voluntad. Se aplicará a los adolescentes mayores de 16 y menores de 18 años, delitos cuya pena mínima establecida en el Código Penal sea o exceda de 6 años de prisión. Y a los adolescentes entre 14 y 18 años de edad cuando sean responsables de homicidio doloso, secuestro o extorsión en todas las modalidades. Afirma la ley que esta privación de

²¹ BARATTA, Alessandro. Op. cit., p. 221.

la libertad solo procede como medida pedagógica.

A pesar de que las cinco primeras sanciones no son tan drásticas y permiten que el adolescente esté en permanente contacto con la sociedad, y por lo tanto harían que éste en verdad se reeduce, no es menos cierto que existe una profunda contradicción entre la parte “dogmática” de la ley y el sistema de responsabilidad penal para adolescentes. Y es precisamente en este punto, donde se aplica la siguiente frase de BARATTA: “Cuanto más desigual es una sociedad, tanto más tiene necesidad de un sistema de control social de la desviación de tipo represivo, como el que se realiza a través del aparato penal del derecho burgués”²².

Si el Estado estuviera cumpliendo a cabalidad con sus funciones y estuviera garantizando todos los derechos de la infancia y la adolescencia, no se requeriría del Derecho Penal, pues éste, como bien se sabe, debe ser siempre la *última ratio*; pero, al parecer, en el país no es así; pues está el caso concreto de esta ley. El aparato penal debiera ser lo último en utilizarse para “prevenir” o reeducar a un adolescente, primero se deben aplicar todas las políticas y estrategias de tipo social tendientes a la prevención de la criminalidad y a la protección de bienes jurídicos, pues

vale la pena recordar que “la pena es inexorablemente un mal social para todos y no deja de serlo porque sea necesaria o limitada”. Si la pena fuera un bien, no se necesitaría tanta prudencia para aplicarla²³.

Teniendo en cuenta las sanciones mencionadas anteriormente, ¿el legislador plasmó una política criminal tradicional o una política criminal alternativa? Recordemos que para la primera, la legitimidad de la ley penal no es cuestionada pues se limita al concepto de legalidad. Este rasgo lo podemos encontrar en la Ley 1098 en su artículo 21, cuando se refiere al derecho a la libertad: los niños, las niñas y los adolescentes no podrán ser detenidos ni privados de su libertad, salvo por las causas y con arreglo a los procedimientos previamente definidos en el código. Es decir, sin reparar acerca de las consecuencias que podrá tener esta sanción, la ley le otorga el status de reeducativa y la entiende legítima por el sólo hecho de cumplir un formalismo y de estar tipificada en la ley.

De igual manera, otra característica de la política criminal tradicional es que para ésta el delincuente es una persona anormal o su comportamiento es calificado como anormal²⁴, de allí que resulta necesaria la aplicación de un tratamiento con miras a reincorporar a ese sujeto al marco social. En este

²² Ibid. p. 220.

²³ FERNÁNDEZ, Juan. Op.cit.

²⁴ GALÁN, Óscar. Op.cit.

sentido, la Ley 1098 afirma que los niños y adolescentes que hayan cometido una infracción a la ley, tienen derecho a la rehabilitación y resocialización. De allí, que se les tome como personas que se han extraviado de los cauces por donde marcha la sociedad y se les aplique una sanción para que una vez cumplida esta, el adolescente ya esté en capacidad de volver a la sociedad. Pero, a la ley se le olvida que los valores de la sociedad actual no son el mejor ejemplo a seguir por parte de un adolescente que ha infringido la ley, bien lo decía BARATTA: “Antes de hablar de educación y reinserción, es pues, menester hacer un examen del sistema de valores y de modelos de comportamiento presentes en la sociedad en que se quiere reinsertar al detenido. Tal examen, no puede, creemos sino llevar a la conclusión de que la verdadera reeducación debería comenzar por la sociedad antes que por el condenado”²⁵.

Una tercera característica de la política criminal tradicional es que asume que la pena es útil y necesaria porque permitirá prevenir el delito y resocializar al condenado. Este aspecto también se encuentra muy bien marcado pues el artículo 140 de la ley, expresa que tanto el proceso como las medidas que se tomen son de carácter pedagógico, específico, etc. De ahí que le otorgue cierto grado de utilidad a las sanciones a imponer.

De acuerdo con lo anterior, podríamos estar concluyendo que la Ley 1098 tiene marcada una política criminal tradicional, pero ¿por qué no una política criminal alternativa?

En primer lugar, porque la política criminal alternativa, en palabras de BARATTA, debe ser una política de grandes reformas sociales e institucionales, por ejemplo, una reforma profunda del proceso, de la organización judicial y de la policía con el fin de democratizar estos sectores del aparato punitivo del Estado. En pocas palabras, la política criminal alternativa propende por la abolición de la institución carcelaria y por la contracción del sistema penal sustituyéndolo por otros mecanismos menos violentos que en verdad busquen una solución a los problemas y necesidades sociales que están detrás de la comisión de un delito. De esta forma, la política criminal alternativa se expresa en *descriminalización*, *despenalización*, *desprisionalización* y *desjudicialización*.

De este modo, queda muy claro, que la política criminal alternativa además de no ser parte de la Ley 1098 de 2006, no es política del Estado colombiano. No está presente en la ley pues, al contrario, lo que se hizo fue “criminalizar”, “penalizar”, “prisionalizar” y “judicializar” a los adolescentes que con el anterior Código del Menor eran considerados inimputables. La política

²⁵ BARATTA, Alessandro. Op.cit.

criminal alternativa tampoco se lleva a cabo en el resto del ordenamiento jurídico, pues cada día se quieren tipificar más delitos e incrementar penas llegando incluso a la cadena perpetua.

Finalmente y como conclusión a la que se puede llegar, la Ley 1098 de 2006 en lo que respecta al sistema de responsabilidad penal para adolescentes, contiene una política criminal basada en una política social en el papel o como “deber ser”. Una política criminal basada en una política penal, como “ser” del sistema de responsabilidad penal, es decir, que en la realidad lo que está poniendo en práctica son las sanciones mencionadas con el fin, no tanto de prevenir el delito, como sí de reprimirlo, pues vale la pena recordar que la política penal es aquella que sin considerar las verdaderas causas que subyacen en el delito, se ocupa simplemente de coartarlo.

Entonces, la propuesta es la realización de una política criminal alternativa, pero como se pudo entender, es un poco difícil su puesta en práctica y más aún, en un Estado como el nuestro. Aunque se puede iniciar realizando o materializando una verdadera política social, que al satisfacer las necesidades existentes en la sociedad, prevenga la comisión de un delito. Nuestro país está agobiado por tanta discriminación, represión, injusticia, desigualdad, miseria e ignorancia, que son estas las causas del delito, por lo tanto, al contrarrestarlas, se estaría en verdad previniendo y nos ahorraríamos tanto dolor y pérdida de seres humanos que conlleva la aplicación del Derecho Penal.

“No hay clases, ni hombres delincuentes en su ser, ni “delincuentes incorregibles” ni por ventura ángeles humanos que pudieran descubrirse en su ser como exentos de toda posibilidad delincencial”²⁶.

Lista de Referencias

- BARATA, Alessandro. Criminología crítica y crítica del derecho penal. s.l.: Siglo XXI, 1982.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. Criminología. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1994.
- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. Derecho penal liberal de hoy. Bogotá: Gustavo Ibáñez, 2002.
- GALÁN GONZÁLEZ, Óscar. ¿Política criminal alternativa o una alternativa a la política criminal? En: Revista Derecho Penal y Criminología. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UPTC, Tunja.
- ROXIN, Claus. Iniciación al derecho penal de hoy. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1981.
- VELÁSQUEZ, Fernando. Manual de Derecho Penal. Bogotá: Temis, 2004.

²⁶ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. Op.cit., p. 103.